

sentenza
30 gennaio 2007
n. 124

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
Sezione 2[^]

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sui ricorsi n. 2142/03, n. 3049/04, n. 3278/05 proposti da
IMMOBILIARE MILO s.r.l.

con sede in Loano, in persona del legale rappresentante p.t. signor Vincenzo Cappelluto, rappresentata e difesa dall'avv. Bruno Santamaria, elettivamente domiciliata presso lo studio del medesimo in Milano, Galleria del Corso 2

c o n t r o

COMUNE di MONZA, in persona del Sindaco, arch. Michele Faglia, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Milano, corso Vittorio Emanuele II n. 15

per l'annullamento

dei provvedimenti 16 luglio 2003 (notificato il 17.7.03), 25 marzo 2004 (notificato il 29.3.04), 22 settembre 2005 (notificato il 23.9.05), con cui il direttore del Settore Edilizia ha ordinato di non eseguire, in assenza di piano attuativo, i lavori di cui alle d.i.a. 2.7.03 (atti n. 273/03), 27.2.04 (atti n. 109/04) e 7.9.05 (atti n. 362/05); e per la condanna del Comune al risarcimento del danno.

Visti i ricorsi, notificati il 18.7.03, il 24.5.04 ed il 16.11.05, depositati rispettivamente il 22.7.03, il 14.6.04 ed il 29.11.05;

Visti i controricorsi del Comune;

Visti atti, memorie delle parti e documenti di causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 17 gennaio 2007, relatore il dott. Carmine Spadavecchia, l'avv. Santamaria e (per delega dell'avv. Ferrari) l'avv. Simona Motta;

Considerato quanto segue in

FATTO e DIRITTO

1. La Società ricorrente, proprietaria di un'area di 2.968 mq sita in Monza, in fregio alla via Monviso, identificata in catasto al mapp. 130 del foglio 37, inclusa dal vigente piano regolatore generale (risalente al 1971) in zona C-residenziale, normata dall'art. 12 delle norme tecniche di attuazione (n.t.a.), che prevede un indice edilizio di 5,5 mc/mq, ha presentato, nel tempo, diverse denunce di inizio attività (d.i.a), per la costruzione di un edificio residenziale composto da un piano interrato, un piano seminterrato e cinque piani fuori terra, per un totale di venti appartamenti.

Con provvedimenti dirigenziali del Settore Edilizia, il Comune ha sempre interdetto i lavori per contrasto con il piano regolatore vigente (PRG), ribadendo costantemente la necessità di un piano attuativo.

Nel primo provvedimento, in data 16 luglio 2003, relativo alla d.i.a. 2.7.03 (atti n. 273/03), impugnato con ricorso n. 2142/03, il contrasto con il PRG è motivato su un duplice rilievo:

- "la zona in cui avviene l'intervento (situata in Zona omogenea C) è di

Sezione 2[^]

n.
reg. sent.

nn.
2142/03
3049/04
3278/05
reg. ric.

nuovo impianto urbanistico, con carenza complessiva di urbanizzazioni primarie e secondarie, pertanto l'intervento è soggetto a piano attuativo";
- "il progetto risulta non conforme alla normativa del PRG vigente in ordine alla volumetria prevista che supera quella derivante dal corretto inserimento dell'azzonamento del PRG sul lotto".

Il TAR ha respinto la domanda cautelare (ord.za 24.7.03 n. 1364) osservando che la necessità di un piano attuativo "appare confermata dallo stato dell'area emergente dalla documentazione versata in atti, anche considerando che alla programmazione urbanistica di terzo grado non è estranea la preordinazione del raccordo dei nuovi interventi edilizi con quelli preesistenti".

Il secondo provvedimento, in data 25 marzo 2004, relativo alla d.i.a. 27.2.04 (atti n. 109/04), impugnato con ricorso n. 3049/04, è anch'esso motivato sul rilievo che "la zona in cui avviene l'intervento (situata in zona omogenea C) è di nuovo impianto urbanistico e con carenza complessiva di urbanizzazioni primarie e secondarie, e quindi l'intervento è soggetto a piano attuativo, considerate anche le motivazioni dell'ordinanza TAR Lombardia n. 1364 del 24.07.2003".

Motivazione sostanzialmente identica regge il terzo provvedimento, in data 22 settembre 2005, relativo alla d.i.a. 7.9.05 (atti n. 362/05), impugnato con ricorso n. 3278/05, ricorso munito di domanda cautelare parimenti respinta (ord.za 15.12.05 n. 3091).

2. A sostegno dei ricorsi la Società, premessa l'esposizione delle vicende urbanistiche nel comune di Monza - caratterizzate dalla vigenza di un piano regolatore risalente al 1971 e dall'adozione reiterata di varianti mai trasmesse alla Regione per l'approvazione - deduce motivi sostanzialmente analoghi: violazione degli artt. 16 comma 2, 22 e 23 del d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380 (TU edilizia), dell'art. 4 legge regionale lombarda 19 novembre 1999 n. 22, degli artt. 42 e 45 legge regionale 11 marzo 2005 n. 12 (sul governo del territorio), degli artt. 42 e 97 della Costituzione; eccesso di potere sotto vari profili (contrasto con prescrizioni dello strumento urbanistico, illogicità e ingiustizia manifeste, contraddittorietà con precedenti determinazioni, errata valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, carenza di istruttoria e di motivazione).

Secondo la ricorrente, l'area sarebbe edificabile con concessione semplice, a termini dell'art. 5 n.t.a., senza necessità di piano attuativo, sia perché nessun piano attuativo è previsto per la zona in questione, compiutamente urbanizzata, sia perché la volumetria in progetto sarebbe contenuta al di sotto di 3 mc/mq.

L'urbanizzazione dell'area sarebbe attestata da una perizia giurata del 14.9.2004, nonché dalla circostanza che già nel 1992 il Comune si era dichiarato disponibile al rilascio della concessione.

In ogni caso, la mancanza o l'inadeguatezza delle opere di urbanizzazione può essere supplita, a termini del citato art. 5 n.t.a., dall'impegno dell'interessato a provvedervi direttamente, impegno unilaterale che la Società avrebbe assunto.

Di qui l'illegittimità degli atti impugnati, emanati dal Comune senza valutazione analitica dello stato di urbanizzazione dell'area (documentato, da ultimo, con perizia giurata di parte) e senza alcuna specifica indicazione in merito alle dotazioni urbanizzative di cui l'area sarebbe carente.

Su tali premesse la Società ha chiesto l'annullamento degli atti impugnati, e, con il secondo e il terzo ricorso, il risarcimento del danno. In via principale, essa chiede il risarcimento in forma specifica (per l'ipotesi in cui l'intervento edificatorio sia ancora realizzabile), ferma la riparazione pecuniaria del danno da ritardo (quantificato in: €282.250 annui per interessi sul presumibile ricavo ritraibile dall'intervento edificatorio; € 1.129 all'anno, per mancato reinvestimento dell'utile; € 100.000 per spese progettuali; € 440.000 ed €900.000 all'anno rispettivamente per aumento dei costi di costruzione e mancata disponibilità degli alloggi fino alla loro realizzazione). In via subordinata, per l'ipotesi di "definitiva mancata realizzazione della volumetria in progetto", chiede il risarcimento per equivalente, in misura quantificata in €5.645.000, oltre al danno da mancato reinvestimento di utili (€1.129.000 annui), alle spese di progettazione (€1.000.000), alla mancata disponibilità di alloggi e mancato reinvestimento utili (€900.000), con interessi e rivalutazione monetaria, salvo verifica tramite c.t.u., secondo i principi di cui all'ordinanza 5.8.03 n. 4460 del Consiglio di Stato, Sez. VI.

Il Comune ha controdedotto, assumendo che la necessità del piano attuativo si imporrebbe sia in ragione dell'obiettiva carenza di urbanizzazione della zona (con particolare riferimento alla viabilità e ai parcheggi, per quanto concerne l'urbanizzazione primaria, nonché alle attrezzature scolastiche e al verde attrezzato, per quanto concerne l'urbanizzazione secondaria), sia in ragione del fatto che la volumetria in progetto supera il limite posto dall'art. 5 n.t.a. per edificare con concessione semplice.

3. Stante la connessione soggettiva e oggettiva (i progetti edilizi riguardano la stessa area e sono stati interdetti sulla base di motivi comuni), i ricorsi possono essere riuniti e definiti contestualmente.

Va premesso che appaiono inconferenti i richiami della ricorrente alle vicende urbanistiche del Comune di Monza, al susseguirsi delle (mai perfezionate) varianti al piano regolatore (risalente al 1971) e, in particolare, alla variante generale del 2002 (che la ricorrente non ha impugnato), posto che i provvedimenti in esame sono incentrati soltanto sul contrasto tra progetti edilizi e p.r.g. *vigente*, senza riferimento alcuno a varianti *in itinere*.

E tuttavia il p.r.g. *vigente* non esclude, nella sussistenza di determinati presupposti, l'edificabilità dell'area a concessione semplice, senza necessità di piano attuativo.

A questa conclusione conduce l'esame della disciplina delle singole zone (artt. 9 e seguenti n.t.a.), coordinata con la disciplina della parte generale della normativa tecnica concernente le modalità di esecuzione del piano regolatore (artt. 2 ~ 5 n.t.a.).

L'art. 12 n.t.a., che disciplina l'edificazione in zona C (ove l'area è situata), si limita a prescrivere le caratteristiche che devono avere le costruzioni in detta zona, senza precisare il titolo o lo strumento (concessione semplice o piano attuativo) necessario alla loro realizzazione.

La disciplina di questo profilo va ricercata dunque altrove.

Ora, dagli artt. 2-3-4-5 n.t.a. si desume che il piano regolatore è attuato:

- mediante piani particolareggiati di esecuzione di iniziativa comunale, ovvero mediante piani di lottizzazione di iniziativa privata, laddove ciò sia stabilito nel "programma urbanistico" di cui all'art. 3 (cioè nei "programmi urbanistici annuali-pluriennali" di esecuzione del p.r.g., finalizzati alla graduale e concomitante realizzazione degli impianti urbanistici primari e se-

condari destinati a servire i correlativi insediamenti);

- mediante semplice concessione edilizia, secondo le modalità del regolamento edilizio e nel rispetto del PRG, nei modi stabiliti dall'art. 5.

L'art. 3 (ultima parte) dispone poi che le zone nelle quali il PRG è attuabile con semplice concessione "verranno individuate in aggiunta a quelle per le quali l'edificazione a licenza edilizia è già ammessa in base al successivo articolo 5".

E l'art. 5, premesso (comma 2) che la concessione non può essere rilasciata in assenza delle necessarie opere di urbanizzazione primaria, dispone (comma 5) che "non potrà altresì essere rilasciata concessione edilizia semplice per fabbricati siti nelle zone B-C-D non comprese nei programmi urbanistici, nei piani particolareggiati o piani di lottizzazione convenzionati, per cubature eccedenti i 3 mc/mq".

Nel caso in esame l'area *de qua* non è compresa in alcuno di detti piani o programmi. Si tratta dunque di verificare se ricorrano gli altri due presupposti cui è ancorata la possibilità di edificazione a concessione semplice: vale a dire, l'urbanizzazione dell'area e il contenimento della volumetria entro l'indice di 3 mc/mq (ancorché la disciplina di zona preveda indici superiori).

4. Nei casi prospettati con i primi due ricorsi manca il presupposto volumetrico.

Che la superficie fondiaria (Sf) sia di mq. 2664,50 (come attestato dalla scheda tecnica 14 luglio 2003 dell'Ufficio comunale: doc. 3 fasc. Comune, ricorso n. 2142/03), oppure di mq 2667,00 (come risulta dai "dati tecnici" ricavabili da un documento formato e prodotto dalla stessa ricorrente nel ricorso n. 3278/05: cfr. tavola 54, doc. 14), la volumetria in progetto (mc 8.260,40: cfr. doc. 15 ric. 2142/03, nonché doc. 14 ric. 3049/04), eccede comunque, sia pure in misura lieve, l'indice (3 mc/mq) oltre il quale è necessario un piano attuativo (il rapporto è infatti, rispettivamente, di 3,1 mc/mq e di 3,09 mc/mq).

Ciò costituisce ragione sufficiente a legittimare i provvedimenti interdittivi assunti in date 2.7.03 e 27.2.04, e comporta il rigetto dei correlativi ricorsi (n. 2142/03 e n. 3049/04).

5. Nel progetto di cui al terzo ricorso (n. 3278/05) la volumetria in progetto, ridotta a mc 7998,40, risulta invece contenuta entro l'indice di 3 mc/mq (ancorché l'art. 13 n.t.a. preveda un indice superiore): nessun dato o documento supporta infatti la tesi, ribadita dalla difesa del Comune nella memoria finale, secondo cui la superficie fondiaria effettiva del lotto (attestata dal Comune stesso in 2664,50 mq) sarebbe inferiore a quella indicata in progetto, con conseguente superamento del limite (3mc/mq) oltre il quale l'edificazione non è attuabile a concessione semplice.

Resta allora da esaminare la problematica relativa alle opere di urbanizzazione.

Come accennato, l'art. 5 n.t.a. preclude (secondo comma) il rilascio di concessione edilizia su aree prive di idoneo accesso da esistenti strade pubbliche o private, adeguatamente dotate di illuminazione, ovvero su aree prive di adeguato allacciamento alle reti dei servizi (energia elettrica, acquedotto, fognatura, gas), o che non dispongano di aree riservate ai parcheggi.

Aggiunge però lo stesso art. 5 (quarto comma): "La valutazione dell'adeguatezza dei servizi di cui sopra è operata dal Comune. I richiedenti la concessione devono fornire garanzie circa l'esecuzione e l'adeguamento

dei predetti impianti, nel caso di mancanza totale o parziale oppure di inadeguatezza dei predetti impianti, contemporaneamente alla costruzione o comunque entro il termine che sarà fissato dal Comune e riportato nella concessione edilizia”.

Le disposizioni riportate riflettono dunque il principio, tipico della normativa di settore (art. 31 legge urbanistica 17 agosto 1942 n. 1150; art. 12, comma 2, d.p.r. 380/01, t.u. edilizia; art. 36, comma 2, legge regionale 11 marzo 2005 n. 12), secondo cui il permesso di costruire è comunque subordinato all'esistenza delle opere di urbanizzazione primaria o alla previsione da parte del comune di attuarle nel successivo triennio, ovvero all'impegno degli interessati di procedere all'attuazione delle medesime contemporaneamente alla realizzazione dell'intervento oggetto del permesso.

Ciò significa che la mancanza di opere di urbanizzazione primaria non è *ex se* di ostacolo al rilascio della concessione edilizia (ora, permesso di costruire), spettando al Comune dettare al riguardo le opportune prescrizioni una volta acquisite le impegnative e le garanzie dovute.

Non è pertinente il richiamo della difesa comunale ad una decisione del Consiglio di Stato (Sez. VI, 3.12.2004 n. 7847), che ha riconosciuto al comune il potere-dovere di prescrivere la redazione di un piano attuativo anche se per la zona di espansione lo strumento urbanistico non richieda un piano di lottizzazione. Quella decisione si riferisce infatti a un intervento edilizio di dimensioni esorbitanti, che richieda una valutazione discrezionale sull'esigenza di raccordare i nuovi fabbricati col preesistente aggregato abitativo, mentre nel caso in esame tale valutazione è implicita nel dettato dell'art. 5 ultimo comma n.t.a., che esclude in via generalizzata la necessità del piano attuativo relativamente ad interventi contenuti, che non superino il rapporto di 3 mc/mq. (cfr. pure, in argomento, Cons. Stato IV 22.8.03 n. 4766).

Quanto alle opere di urbanizzazione secondaria, è sufficiente la partecipazione del richiedente ai relativi oneri mediante pagamento (o impegno di pagamento) della corrispondente quota di contributo.

6. Ora, la carenza di opere di urbanizzazione è stata ammessa dalla stessa Società ricorrente, che con atto d'obbligo unilaterale ha riconosciuto, oltre al fabbisogno aggiuntivo di standard per urbanizzazione secondaria (da soddisfare con il pagamento della corrispondente quota di contributo), anche la necessità di parcheggi pubblici, impegnandosi alla loro realizzazione e all'asservimento della correlativa porzione di area.

Il Comune insiste nei propri atti (doc. 7) e nelle proprie difese giudiziali sull'inadeguatezza della viabilità, dei parcheggi e del verde. La perizia di parte non è idonea a smentire tale assunto, non essendo chiaro quale sia l'area di riferimento servita dal parcheggio pubblico di via Monviso con 54 posti macchina, e tanto meno quella servita dai parcheggi situati a distanze comprese tra 300 e 700 metri; né risulta l'area di riferimento del verde pubblico rilevato nel raggio compreso tra 400 e 700 mt.

Peraltro l'atto impugnato, radicato nell'erroneo convincimento che l'inadeguatezza delle dotazioni determini di per sé la necessità di un piano attuativo, trascura la verifica analitica dello stato di urbanizzazione della zona (che postula il raffronto tra area di riferimento e dotazioni necessarie, esistenti e mancanti), omettendo, all'esito della verifica, l'indicazione specifica delle opere da realizzare o potenziare ai fini del corretto inserimento

urbanistico dell'insediamento in progetto.

Il ricorso n. 3278/05 va pertanto accolto, con conseguente annullamento dell'atto impugnato in quanto ritiene necessaria la predisposizione di un piano attuativo, anziché indicare le opere di urbanizzazione primaria che l'intervento (realizzabile a concessione semplice) richiede. Ne discende l'obbligo del Comune di riesaminare il progetto di cui alla d.i.a. 7.9.2005 e di individuare le opere da realizzare per rendere assentibile l'intervento.

7. Quanto alla domanda risarcitoria, essa è allo stato inammissibile.

Nella situazione descritta, in cui è rimessa al Comune una valutazione discrezionale circa l'adeguatezza delle urbanizzazioni, con la connessa potestà di impartire prescrizioni di adeguamento, e di fissarne termini e modalità di esecuzione (art. 5, comma 4, n.t.a.), l'assetto urbanistico dell'area non può ritenersi compiutamente definito - e il diritto di costruire non può dirsi compiutamente "conformato" - fino a quando il Comune non operi tale (doverosa) valutazione e il progetto edilizio non risulti conforme ad essa.

Fermo restando, dunque, l'obbligo del Comune di (ri)provvedere tempestivamente al riguardo, deve applicarsi il principio secondo cui, in caso di annullamento giurisdizionale per vizi (difetto di istruttoria o di motivazione, vizi formali, ecc.) che non escludono il riesercizio del potere, la domanda di risarcimento del danno non può essere valutata se non all'esito del nuovo esercizio del potere (cfr. Cons. Stato IV 30.6.06 n. 4231 in tema di esclusione da una gara per la gestione di sale da gioco in regime di concessione; VI 22.8.06 n. 4932, in tema di riconoscimento di titolo di studio rilasciati all'estero; VI 4.9.02 n. 4435, in tema di esclusione da una gara d'appalto).

Anche nel caso di illegittimo diniego di concessione edilizia (o di illegittimo ordine di non effettuare lavori), la domanda di risarcimento del danno per il ritardo può essere proposta solo dopo il rilascio della concessione, o la formazione di equivalente titolo edilizio (cfr. TAR Milano 2[^], 15.4.99 n. 1190).

L'annullamento del diniego per difetto di motivazione non conferisce infatti di per sé solo il diritto al risarcimento, giacché esso non comporta che il progetto dovesse essere necessariamente approvato così come è stato redatto (cfr. Cons. Stato IV 27.6.01 n. 3487).

Nel caso in esame mancano i parametri di riferimento per valutare non tanto la misura del risarcimento (determinabile tramite consulenza tecnica d'ufficio), quanto l'estensione dell'*an*, la stessa ricorrente essendo incerta in ordine alla realizzabilità, seppure tardiva, dell'intervento.

Il fondamento della domanda risarcitoria - che presuppone l'accertamento, oltre ogni ragionevole dubbio (Cons. Stato IV, n. 4231/06 cit.), circa la spettanza sostanziale dell'utilità finale perseguita dall'interessato (utilità rappresentata, nella specie, dal diritto di realizzare il progetto) - è infatti dubbio nella stessa prospettazione di parte: giacché la ricorrente assume, da un lato, che "l'area, pur essendo agricola in base alla variante adottata, ben può essere ripristinata nella sua totale edificabilità, visto che non ha destinazione irreversibile" (pag. 16, ricorso n. 3049/04); dall'altro prospetta, a sostegno della domanda risarcitoria subordinata, l'ipotesi di una "definitiva mancata realizzazione della volumetria" (pag. 22, ricorso n. 3278/05); sicché non v'è, allo stato, certezza alcuna in ordine al verificarsi dell'una o dell'altra ipotesi.

8. Per le considerazioni esposte devono essere respinti i ricorsi nn. 2142/03 e 3049/04; va accolto in parte il ricorso n. 3278/05 con conseguente annul-

lamento dell'atto impugnato.

Le spese di causa possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, riuniti i ricorsi in epigrafe:

- respinge i ricorsi n. 2142/03 e n. 3049/04;

- accoglie in parte il ricorso n. 3278/05 e per l'effetto annulla il provvedimento dirigenziale 22 settembre 2005.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 17 gennaio 2007, con l'intervento dei magistrati:

Mario	Arosio	presidente
Carmine	Spadavecchia	consigliere, estensore
Alessio	Liberati	referendario
L'estensore		Il presidente