

sentenza
8 novembre 2007
n. 6207

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. 5118/04 e n. 1891/05 proposto da

BASEVI GAMBARANA Enrica

nel primo ricorso rappresentata e difesa dagli avv.ti M. Alberto Quaglia e Sergio D'Arienzo, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Milano, via Borgogna 9, nel secondo ricorso rappresentata e difesa dagli avv.ti M. Alberto Quaglia, Rosa Pellerano, Bruno Becchi e Sergio D'Arienzo, con domicilio eletto presso gli ultimi due in Milano, via G. Serbelloni 2

c o n t r o

COMUNE di MILANO, in persona del Sindaco *pro tempore*, dr. Gabriele Albertini, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Rita Surano, Maria Redondi, Armando Tempesta, Antonello Mandarano e Anna Maria Moramarco, presso i quali è elettivamente domiciliato in Milano, via della Guastalla 8, negli uffici dell'Avvocatura comunale

nei confronti di

PAPETTI Sergio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giuseppe Sala e Claudio Sala, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, via Hoepli 3 per l'annullamento

dei seguenti atti:

[ricorso n. 5118/04]

- permesso di costruire n. 138 del 27 luglio 2004 rilasciato al signor Papetti per il recupero abitativo di un sottotetto nello stabile condominiale di via Amedei n. 6 (pratica n. 6335/2003), con ogni atto presupposto, conseguente o connesso, compresi, ove occorra, il parere 20 aprile 2004 della ASL Città di Milano e il parere 29 gennaio 2004 della Commissione edilizia integrata [ricorso introduttivo, notificato il 13 e il 16 novembre, depositato il 13 dicembre 2004];

- provvedimenti 2 agosto 2005 (prot. n. 145) e 27 settembre 2005 (prot. n. 179), il secondo in rettifica del primo, aventi ad oggetto la proroga del termine di inizio lavori assentiti col permesso di costruire n. 138 del 2004 [motivi aggiunti notificati l'11 e il 12 gennaio, depositati il 1 febbraio 2006];

- provvedimento 31 luglio 2006 (prot. n. 759719/2006) con cui il Comune ha ricusato di dichiarare la decadenza del titolo abilitativo, ravvisando nelle opere poste in essere un effettivo inizio dei lavori, nonché, ove occorra, verbale 19 dicembre 2005 relativo al sopralluogo del 16.12.05 [motivi aggiunti notificati il 10 e depositati il 30 ottobre 2006];

[ricorso n. 1891/05]

- provvedimento dirigenziale 10 maggio 2005 (PG 463061/2005) con cui il Comune ha ricusato di dichiarare la decadenza del permesso di costruire n. 138 del 2004, ritenendolo tuttora efficace, e per l'accertamento dell'intervenuta decadenza del permesso di costruire [ricorso notificato il 17

Sezione 2[^]

n.
reg. sent.

nn.
5118/04
1891/05
reg. ric.

giugno e depositato il 1 luglio 2005].

Visti i ricorsi;

Visti i motivi aggiunti al primo ricorso;

Visti gli atti di costituzione e difesa del Comune e del controinteressato;

Visti atti, memorie e documenti di causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 31 ottobre 2007, relatore il dott. Carmine Spadavecchia, l'avv. Rosa Pellerano (per delega dell'avv. Quaglia), l'avv. Alessandra Montagnani (per delega dell'avv. Surano) e l'avv. Nicola Thiebat (per delega dell'avv. Sala);

Considerato quanto segue in

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente è proprietaria di un appartamento nello stabile condominiale di via Amedei 4/6, sito nel centro storico cittadino, ove risiede. L'appartamento è immediatamente prospiciente e sottostante rispetto a quello interessato dall'intervento edilizio in contestazione.

Con un primo ricorso (n. 5118/04) ha impugnato il permesso di costruire n. 138 del 27 luglio 2004 rilasciato al controinteressato (signor Papetti) per il recupero abitativo del sottotetto nello stesso stabile, recupero volto a realizzare, mediante sopraelevazione, una nuova unità immobiliare della superficie lorda di mq 216,32, il tutto in deroga agli indici e parametri urbanistici ed edilizi, ai sensi dell'art. 3 della legge regionale lombarda 15 luglio 1996 n. 15 e successive modifiche, concernente il recupero ai fini abitativi dei sottotetti esistenti.

Col secondo ricorso (n. 1891/05), premesso che l'intervento in questione sarebbe incompatibile con la nuova disciplina del recupero dei sottotetti introdotta dalla legge regionale 11 marzo 2005 n. 11 (legge per il governo del territorio), e che ciò comporterebbe la decadenza dal permesso di costruire ai sensi dell'art. 15 d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380, non essendo i lavori ancora iniziati nel momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina (31 marzo 2005), la ricorrente ha impugnato il provvedimento dirigenziale 10 maggio 2005 con cui il Comune di Milano ha viceversa ricusato di dichiarare detta decadenza ritenendo il titolo edilizio tuttora efficace.

Con motivi aggiunti al primo ricorso la ricorrente ha poi impugnato i provvedimenti dirigenziali in data 2 agosto e 27 settembre 2005 (il secondo in rettifica del primo) aventi ad oggetto la proroga del termine per l'inizio dei lavori assentiti con il menzionato permesso di costruire n. 138/04.

Con ulteriori motivi aggiunti al primo ricorso, infine, ha impugnato il provvedimento 31 luglio 2006 con cui il Comune ha ricusato di dichiarare la decadenza del titolo abilitativo considerando le opere poste in essere come effettivo inizio dei lavori; ha impugnato altresì il verbale 19 dicembre 2005 relativo al sopralluogo effettuato il 16.12.05 per la verifica dell'inizio dei lavori, ed ha chiesto che il TAR, in sede di giurisdizione esclusiva, dichiari l'avvenuta decadenza del permesso di costruire n. 138 del 2004.

2. Questi i motivi dedotti a sostegno del primo ricorso, che investe il permesso di recupero abitativo del sottotetto:

- essendo l'edificio ubicato in zona A, e di fabbricazione anteriore al 1940, non sono ammissibili interventi di recupero del sottotetto che comportino alterazione delle altezze di colmo e di gronda ovvero della pendenza delle falde, ostandovi l'art. 18 delle n.t.a. del piano regolatore, come modificato dal Consiglio comunale con deliberazione 3.2.2003 n. 4 (primo motivo);

- l'ala del palazzo interessata dal recupero del sottotetto non è stata demolita nel corso dell'intervento di ristrutturazione effettuato negli anni 1968/70, e pertanto risale anch'essa ad epoca anteriore al 1940 (secondo motivo);
- la sopraelevazione in progetto non è in linea con gli immobili del contesto di via Amedei, in quanto renderebbe lo stabile più alto degli immobili adiacenti di via Amedei 2 e via Amedei 8 (terzo motivo);
- lo spazio di sottotetto interessato dal progetto di recupero è di proprietà condominiale, il che esclude la legittimazione del controinteressato a disporne senza l'assenso del condominio (quarto motivo);
- a norma del regolamento condominiale il tetto di copertura è di proprietà del condominio, e pertanto non è modificabile senza l'assenso del medesimo (quinto motivo);
- il Comune ha omesso di verificare, nonostante il dissenso del condominio, se il controinteressato avesse la disponibilità del bene oggetto dell'intervento edificatorio (sesto motivo), nonché le modalità di accesso al nuovo appartamento, usufruibile solo con opere (prolungamento delle scale condominiali e dell'ascensore) la cui progettazione è rimandata ad un momento futuro ed incerto (settimo motivo);
- la Commissione edilizia integrata (dall'esperto ambientale) non ha il potere di suggerire modifiche idonee a rendere assentibile un progetto ritenuto in prima battuta (parere sospensivo del 23.10.2003) "incompatibile" (ottavo motivo);
- il parere favorevole reso, infine, dalla Commissione edilizia è immotivato (nono motivo);
- il Comune, dopo avere fissato un termine per la presentazione di documenti integrativi, ha accettato le nuove tavole progettuali a termine scaduto (decimo motivo);
- non è stato acquisito il parere della Soprintendenza ai beni ambientali e architettonici (undecimo motivo);
- nel rendere parere favorevole all'intervento (20.4.2004), l'ASL Città di Milano ha omesso di motivare le ragioni per cui ha ritenuto superabile un precedente parere negativo (reso il 28.10.2003) relativamente al rispetto dell'art. 51 del Regolamento edilizio, che concerne i cortili interni ai corpi di fabbrica e l'osservanza di un corretto rapporto tra le superfici del cortile e delle pareti che lo delimitano (dodicesimo motivo).

3. I provvedimenti di proroga del termine di inizio lavori sono stati impugnati - con motivi aggiunti al primo ricorso - per illegittimità derivata (dai vizi del permesso di costruire) e per vizi propri, così sintetizzabili:

- mancano i presupposti per accordare la proroga del termine, giustificabile solo in presenza di fatti estranei alla volontà del titolare del permesso, tali non potendosi considerare né la pendenza di un contenzioso sulla legittimità del titolo edilizio (non sospeso dal giudice), né l'opposizione del condominio (il cui assenso il controinteressato avrebbe dovuto ottenere prima, e non dopo il rilascio del permesso di costruire), tanto più che il dissenso condominiale non è stato avvertito come ostativo nel momento in cui il controinteressato ha proceduto all'apertura (ancorché fittizia) di un "cantiere" (tredicesimo motivo);
- la concessione della proroga non è motivata, né supportata da una istruttoria volta a verificarne i presupposti (quattordicesimo motivo);
- non è pertinente, e non è idoneo a legittimare la proroga, il richiamo

all'art. 90 del Regolamento edilizio, che concerne la diversa ipotesi della proroga del termine di ultimazione lavori (quindicesimo motivo).

4. Quanto al rifiuto del Comune di dichiarare la decadenza del titolo edilizio per mancato inizio lavori (provvedimento 31 luglio 2006), esso è impugnato per i seguenti motivi (anch'essi aggiunti al primo ricorso):

- le opere edilizie poste in essere dal controinteressato (consistenti in una "apertura" di ispezione effettuata sul manto di copertura e nel posizionamento di una semi-impalcatura per l'accesso al tetto) sono di entità talmente modesta da palesare la natura fittizia del "cantiere", e non sono idonee a dimostrare l'effettiva volontà di realizzare un manufatto, tanto è vero che ad oggi la situazione dei luoghi è rimasta immutata e l'intervento edilizio non è progredito sotto alcun profilo (sedicesimo motivo);

- sebbene accertata durante il sopralluogo del 16.12.2005, l'apertura sul manto di tegole è avvenuta dopo la scadenza del termine di inizio lavori (24.11.2005), e non riveste comunque, per dimensioni e posizione, alcuna funzionalità rispetto all'avvio dei lavori di recupero del sottotetto; il diverso avviso del Comune non terrebbe conto della documentazione fotografica inviata dalla ricorrente, raffigurante la situazione dei luoghi prima del sopralluogo (diciassettesimo motivo);

- il contenzioso tra condominio e controinteressato, promosso dal secondo per l'annullamento della delibera assembleare contraria all'intervento, era già pendente alla data di inizio lavori, e se non è stato inteso dal controinteressato come idoneo ad inibire l'inizio dei lavori non poteva neppure giustificare la sospensione, che è stata effettuata nel dicembre 2005 e che dura tuttora (diciottesimo motivo);

- illogicamente il Comune ha ritenuto avviati i lavori dopo avere giudicato "modestissime" le opere di "avvio" (diciannovesimo motivo), senza controdedurre alle osservazioni della ricorrente sul punto (ventesimo motivo), senza acquisire il parere della commissione edilizia e senza dare alla ricorrente il preavviso di cui all'art. 10-bis legge n. 241/90 (ventunesimo motivo).

5. Il Comune e il controinteressato, costituiti in giudizio, hanno controdedotto nel merito, previa eccezione di tardività dell'impugnativa avverso il permesso di costruire.

Le domande cautelari proposte in entrambi i ricorsi sono state respinte dalla Sezione. La prima (ord.za 13.1.2005 n. 110, nel giudizio sul permesso di costruire), per carenza di *periculum in mora* ("non essendo stati evidenziati specifici elementi di gravità e irreparabilità del danno") e *fumus boni juris* (in relazione alla tardività del ricorso, nonché "per essere il permesso impugnato relativo a porzione di edificio demolita e ricostruita nel 1968"). La seconda (ord.za 14.7.2005 n. 1838, nel giudizio sul diniego di decadenza del permesso di costruire per sopravvenienza normativa), sul rilievo che l'art. 63 della sopravvenuta legge regionale lombarda n. 12/2005 non osta al recupero dei sottotetti anche in deroga agli indici previsti dalla normativa di piano.

6. Data l'evidente connessione soggettiva e oggettiva (inerendo i provvedimenti impugnati alla medesima vicenda) i ricorsi possono essere riuniti e decisi con un'unica sentenza.

Ritiene il Collegio di prendere le mosse dal secondo ricorso, il cui accoglimento comporterebbe l'improcedibilità del primo.

Il ricorso è fondato.

L'ordinanza cautelare di questa Sezione (n. 1838 del 2005) era basata sul presupposto che la nuova disciplina del recupero dei sottotetti introdotta dagli artt. 63-65 della legge regionale 11 marzo 2005 n. 12 (legge per il governo del territorio) non avesse modificato sostanzialmente il previgente regime, e dovesse dunque intendersi, al pari di questa, come intesa a consentire il recupero abitativo dei sottotetti anche in deroga alla normativa dettata dallo strumento urbanistico.

Questa tesi non è stata condivisa dal giudice di appello, la cui giurisprudenza si è indirizzata in senso opposto: nel senso cioè che in Lombardia, in materia di recupero di sottotetti a fini abitativi, la legge regionale 11 marzo 2005 n. 12 (testo originario) non consente trasformazioni in deroga agli indici e parametri stabiliti dagli strumenti urbanistici comunali, in particolare per ciò che riguarda altezze e/o distacchi nonché superfici e/o volumetrie dei fabbricati, con la sola eccezione delle condizioni di abitabilità previste dai regolamenti comunali in relazione alle quali si preveda un'altezza media ponderale di m. 2,40, ulteriormente ridotta a m. 2,10 per i comuni montani (cfr. Cons. Stato IV, 21.12.06 n. 7770, 22.3.07 n. 1408; in sede cautelare, cfr. ord.ze 13.1.06 n. 29, 27.9.05 n. 4459, 30.8.05 n. 4116).

7. Ora, non può contestarsi che nel caso in esame il progetto di recupero sia stato assentito dal Comune in deroga ai parametri fissati dalle norme tecniche di attuazione del piano regolatore.

Se non altro perché, anche volendo qualificare l'intervento come ristrutturazione (nonostante l'incremento di volumetria indotto dalla realizzazione di una nuova unità abitativa), e non come nuova costruzione [per la quale l'art. 18.4.1 n.t.a. stabilisce una densità fondiaria (If) non superiore al 50% della densità fondiaria media della zona, e comunque non superiore ai 5 mc/mq], per gli interventi di restauro e di ristrutturazione in zona A l'art. 18.4.2 vieta di superare la densità edilizia esistente: e tale superamento è sicuramente indotto dalla realizzazione di una nuova unità abitativa di mq 216 in luogo di un sottotetto.

Va pure rilevato che il progetto non prevede i parcheggi pertinenziali di cui all'art. 41-sexies della legge 17 agosto 1942 n. 1150, il che integra un altro profilo che, aggiunto al precedente, qualifica l'intervento assentito come "in deroga" alla normativa urbanistica.

Ciò esime il Collegio dalla disamina degli ulteriori profili di deroga dedotti al riguardo, e specialmente di quelli attinenti all'epoca di costruzione del fabbricato (anteriore o posteriore al 1940), dalla quale dipenderebbe l'applicabilità o meno dell'art. 18.5.2 n.t.a. relativamente alla possibilità di modifica di altezze (di colmo e di gronda) dei fabbricati e di pendenza delle falde.

8. Ora, il permesso di costruire rilasciato in deroga a previsioni urbanistiche, sulla base di una normativa che ciò legittimava, decade qualora, prima che siano iniziati i lavori, sopravvenga una nuova normativa che non ammette le deroghe consentite in precedenza.

L'art. 15, quarto comma, del t.u. edilizia (d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380) stabilisce infatti che "il permesso decade con l'entrata in vigore di contrastanti previsioni urbanistiche, salvo che i lavori siano già iniziati e vengano completati entro il termine di tre anni dalla data di inizio".

Non c'è dubbio che nel novero delle "previsioni urbanistiche" contrastanti con un titolo edilizio già rilasciato rientrino non soltanto le fonti secondarie

(quelle, cioè, introdotte da un nuovo strumento urbanistico, dalle sue varianti, dalle relative norme tecniche di attuazione), ma anche le fonti primarie, cioè le leggi - statali o regionali - che introducano disposizioni innovative tali da non consentire quanto in passato era permesso.

Tale è il caso della legge regionale n. 12 del 2005, che, entrata in vigore il 31 marzo 2005, prima dell'inizio dei lavori (che il controinteressato ha dichiarato di avviare il 22.11.2005), ha eliminato – secondo la lettura datane dal giudice di appello – la possibilità di recupero dei sottotetti in deroga agli indici e ai parametri fissati dallo strumento urbanistico.

La sopravvenienza di una ulteriore legge regionale (l.r. 20 dicembre 2005 n. 20) che ha nuovamente modificato il regime giuridico del recupero di sottotetti, ripristinando la possibilità di “deroga ai limiti ed alle prescrizioni degli strumenti di pianificazione comunale vigenti ed adottati” (cfr. art. 64, secondo comma, legge regionale n. 12/2005, testo novellato), non determina sopravvenuta carenza di interesse (come sostenuto dal controinteressato), perché tale possibilità soffre di una serie limiti ed eccezioni (specie per quanto riguarda la necessità di reperire spazi per parcheggi pertinenziali: art. 64 cit., secondo e terzo comma), di cui non è stata dimostrata la ricorrenza nel caso in esame, e la cui verifica comunque compete in prima battuta al Comune, titolare delle potestà amministrativa in materia.

Ne consegue che il permesso di costruire n. 138 del 2004 deve ritenersi decaduto ai sensi dell'art. 15 del d.p.r. 380/2001, il che conferisce fondamento alle censure dedotte con il ricorso n. 1891/05 e comporta l'annullamento dell'impugnato atto dirigenziale 10 maggio 2005, che ha viceversa ritenuto efficace il permesso di costruire, ricusando di dichiararne la decadenza.

9. La decadenza del permesso di costruire rende improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso n. 5118/04, inizialmente rivolto contro il permesso, poi esteso (tramite motivi aggiunti) ai provvedimenti di proroga del termine di inizio lavori (provvedimenti 2 agosto e 27 settembre 2005) e al diniego di decadenza del permesso per mancato inizio lavori nel termine prorogato (provvedimento 31 luglio 2006).

Il Collegio non può esimersi tuttavia dal rilevare come, ove il permesso di costruire non dovesse ritenersi decaduto per incompatibilità con sopravvenute previsioni urbanistiche, esso non si sottrarrebbe ad altre autonome ragioni di decadenza.

Ciò in quanto:

- la proroga del termine di inizio lavori accordata dal Comune non può ritenersi legittima, in quanto il mancato avvio dei lavori non è dipeso da “fatti sopravvenuti estranei alla volontà del titolare del permesso” (art. 15, secondo comma, t.u. edilizia): tale non può ritenersi il contenzioso innescatosi tra la ricorrente e il controinteressato (in sede di giurisdizione amministrativa), nonché tra quest'ultimo e il condominio dissenziente (in sede civile), non essendosi verificato alcun evento (quale, in ipotesi, la sospensione cautelare del permesso di costruire, la pronuncia di provvedimenti interdittivi, ecc.) giuridicamente idoneo ad impedire la realizzazione dei lavori;

- neppure può ritenersi legittimo il provvedimento con cui il Comune ha ritenuto iniziati i lavori, perché non possono considerarsi significative a tal fine le modestissime opere - tali giudicate dal Comune stesso - consistenti nella posa di un ponteggio su un terrazzino e nell'apertura praticata sul tetto dello stabile, tanto più ove si consideri il comportamento complessivo e

successivo del controinteressato, che a tali “opere” iniziali non ha dato seguito alcuno.

10. Per le considerazioni esposte, che assorbono ogni altro motivo di censura, il ricorso n. 1891/05 va accolto, con conseguente annullamento del provvedimento dirigenziale 10 maggio 2005; il ricorso n. 5118/04 va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

La complessità della vicenda giustifica la compensazione integrale tra le parti delle spese di causa.

P.Q.M.

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

- accoglie il ricorso n. 1891/05 e per l'effetto annulla il provvedimento dirigenziale 10 maggio 2005;
- dichiara il ricorso n. 5118/04 improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 31 ottobre 2007, con l'intervento dei magistrati:

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