

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA

LOMBARDIA

(Sezione II)

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sui ricorsi riuniti nn. 4586/2004, con motivi aggiunti, e 2527/2006
proposti da

Ballerio Giovanna, rappresentata e difesa dagli Avv. Giancarlo
Tanzarella e Stefano Fusco, elettivamente domiciliata in Milano, Piazza
Velasca 5;

contro

Comune di Cardano al Campo, in persona del Sindaco pro tempore,
n.c.;

e nei confronti di

Daniela Ribaldone, rappresentata e difesa dall'Avv. Angelo Ravizzoli,
domiciliata ex lege presso la Segreteria del TAR, Via del Conservatorio
13;

Italiana Bulding srl, rappresentata e difesa dall'Avv. Angelo Ravizzoli,
domiciliata ex lege presso la Segreteria del TAR, Via del Conservatorio
13;

per l'annullamento

I) con il ricorso n. 4586/2004

- della DIA 24.12.2003 n. 252 per la nuova costruzione di due case bifamiliari in via del Moncone, nella parte in cui si prevede la realizzazione dei locali con destinazione sottotetto non accessibile;
- di ogni altro atto connesso e conseguente, ivi incluso il parere della Polizia Locale n. 47/2004;

II) con motivi aggiunti depositati in data 27.3.2006

- delle opere edili di cui alla DIA 19.1.2006 n. 4/252/2003 avente ad oggetto "il recupero del sottotetto a scopo residenziale ex L.R. 20/2005";

III) con ricorso n. 2527/2006

- del provvedimento 3.8.2006 n. 16007 con cui il Responsabile del Settore Programmazione e Sviluppo del Territorio del Comune di Cardana al Campo ha ritenuto di non dover adottare alcun atto di autotutela nei confronti delle opere edili di cui alla DIA presentata in data 19.1.2006 da Italian Bulding e dalla Sig. Daniela Ribaldone n. 4/252/2003 per il recupero del sottotetto non abitabile;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente e comunque connesso, ivi incluse le opere edili di cui alla DIA 19.1.2006;

VISTI i ricorsi ed i motivi aggiunti con i relativi allegati;

VISTI gli atti di costituzione in giudizio dei controinteressati;

VISTE le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

VISTI gli atti tutti della causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 2.7.2008, relatore il Ref. Silvana Bini, l'Avv. Tanzarella per la ricorrente, e l'Avv. Ravizzoli per i controinteressati;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

La ricorrente espone:

- di essere proprietaria di un immobile nel Comune di Cardano al Campo, identificato al mapp. 7002 fg.5, area che confina ad ovest con i mapp. 9472 e 9473 fg.5, complessivamente di mq 1640, alienati nel corso del 2003 a favore degli odierni controinteressati;
- le aree *de quibus* sono incluse nella zona B4 del PRG vigente, per la quale l'art 24 delle NTA prevede interventi edilizi con destinazione residenziale nel rispetto di un rapporto tra indice fondiario e indice territoriale pari a 0,60 mc/mq e quello dell'altezza massima di m 7,50. Secondo l'art 18 delle stesse NTA il volume in detta zona si calcola

moltiplicando la SLP di ciascun piano per l'altezza virtuale di m 3 per edifici o parti di edifici con destinazione residenziale e ricettivo alberghiera; in base all'art 14 l'altezza si misura fino all'intradosso del solaio di copertura dell'ultimo piano abitabile. Dal computo dell'altezza sono esclusi il solaio di copertura nonché le coperture a falde inclinate, i parapetti e le coperture praticabili anche se pieni, altre soluzioni di coronamento purchè contenute entro limiti giustificati da un corretto rapporto architettonico e ambientale”;

- che in base agli indici di zona su ognuno dei mappali si poteva realizzare un edificio dell'altezza massima di mt 7,50 con un volume massimo di mc 720 per il mapp. 9472 e di mc 264 per il mappale 9473;
- di aver chiesto, avendo verificato l'inizio di lavori di trasformazione edilizia, nel marzo del 2004, copia della documentazione relativa alla pratica edilizia, documentazione che veniva però rilasciata solo alla fine dello stesso anno;
- di aver appreso dalla suddetta relazione che sull'area sarebbero state realizzate due case bifamiliari, costituite da un piano seminterrato, un piano rialzato e un sottotetto non accessibile e non abitabile a quota m + 4,20;
- che dagli atti risultava l'impegno dei proprietari a realizzare *“la volumetria di cui al tipo B”*, con la esplicita precisazione che *“al di sopra delle altezze poste per la zona B, indicate nel tipo B(si*

impegnavano) *a non ricavare locali abitabili di nessuna specie, ma i soli corpi tecnici compresi nel volume complessivo proposto;*”

- che al di sopra dell'unico piano abitabile si veniva così a collocare un corpo di fabbrica qualificato come sottotetto non accessibile con pareti laterali di m 2,09 e m 2,05 e una altezza interna di mt 2,35, con un limite di riferimento rappresentato non dal colmo del tetto, bensì da una travatura di sostegno, per cui l'altezza interna risultava idonea a attribuire abitabilità ai locali sottotetto;
- che il sottotetto risultava non accessibile, in quanto non veniva collegato con il piano sotto e non vi erano finestre o aperture;

Con il ricorso n.4586/2004 parte ricorrente ha impugnato la Dia 24.12.1003 n. 252 articolando le seguenti censure:

- 1) *Violazione e falsa applicazione di norme regolamentari (art 24, 18.1 e 14.4 NTA); eccesso di potere per travisamento, illogicità, assurdità manifesta e sviamento: nel calcolo dell'altezza vanno esclusi i solai di copertura, entro limiti giustificati da un corretto rapporto architettonico e ambientale; nel caso di specie è stato assentito un vano di dimensioni superiori rispetto alle necessità tecniche e, tra l'altro, inaccessibile;*
- 2) *Violazione e falsa applicazione di norme regolamentari (art 12.3 lett a) NTA; eccesso di potere per falsità dei presupposti, sviamento: i due fabbricati non rispettano la distanza di 10 mt tra le costruzioni;*

3) *Violazione e falsa applicazione di principi generali e di norme regolamentari (art 12.3 NTA); eccesso di potere per difetto dei presupposti, travisamento e sviamento, essendo necessaria l'adozione di un piano esecutivo;*

4) *Violazione e falsa applicazione dell'art 46 DPR n. 495/92; eccesso di potere per carenza assoluta dei presupposti e di istruttoria; difetto di motivazione ed illogicità manifesta: la distanza dei cancelli dalla carreggiata non rispetta il codice della strada.*

Si costituivano in giudizio le controinteressate chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 2899 del 24.11.2004 la domanda cautelare veniva respinta, in quanto il *periculum* dedotto risultava collegato ad un evento meramente ipotetico, costituito dal possibile futuro utilizzo del vano inaccessibile.

La proprietà provvedeva poi a depositare una prima DIA 25.7.2005 per realizzare scale di collegamento con l'ultimo piano, l'apertura delle finestre e la creazione dei parapetti e una seconda DIA 19.1.2006 n. 4/252/2003 avente ad oggetto "recupero del sottotetto a scopo residenziale ex L.R. 20/2005, creazione dei tavolati interni, impianto elettrico e idraulico, abbassamento dei soffondi di 10 cm, pavimenti e rivestimenti, altezza media ponderale superiore a 2,40 mt".

Quest'ultima DIA veniva gravata con motivi aggiunti notificati in data 18.3.2006 e depositati il 26.3.2006, articolando i seguenti motivi:

1) *Violazione e falsa applicazione di norme di legge e regolamentari (art 63 L.R. 12/2005; art 20.2 NTA); eccesso di potere per carenza dei presupposti; travisamento, illogicità, assurdità manifesta e sviamento*: la legge sul recupero dei sottotetti esistenti presuppone che sia esistente un "sottotetto", concetto giuridico differente dal "piano"; poiché nel caso de quo è stato realizzato un piano, cioè una porzione verticale dell'edificio strutturalmente autonoma, la legge regionale non può trovare applicazione;

2) *Illegittimità derivata*: le DIA relative alle opere dell'ultimo piano sono viziate per illegittimità derivata dalla DIA impugnata con il ricorso principale.

Anche rispetto ai motivi aggiunti si costituivano in giudizio i controinteressati chiedendo il rigetto del ricorso.

La domanda cautelare veniva respinta con ordinanza n.942/2006 in adesione all'orientamento di questa Sezione secondo cui la DIA non si configura come un "*provvedimento tacito conseguente al mancato esercizio del potere inibitorio in sede di verifica successiva alla presentazione della DIA*".

La ricorrente presentava quindi domanda al Comune affinché provvedesse a verificare la conformità dell'intervento all'ordinamento.

Il Comune con atto del 3.8.2006 n. 16007 a firma del Responsabile del Settore Programmazione e Sviluppo del Territorio respingeva la domanda della ricorrente, ritenendo di non dover adottare alcun atto di autotutela nei confronti delle opere edili di cui alla DIA presentata in data 19.1.2006 n. 4/252/2003 per il recupero del sottotetto non abitabile.

Avverso tale provvedimento la ricorrente proponeva il ricorso rubricato al n. 2527/05, articolando i seguenti motivi:

1) eccesso di potere per difetto di motivazione; violazione e falsa applicazione legge e di regolamento (art 63 L.R. 12/2005; art 20.2 NTA comunali); illogicità e ingiustizia manifesta; perplessità;

sostiene parte ricorrente la carenza dei presupposti per poter applicare la disciplina sul recupero dei sottotetti, mancando il requisito del sottotetto, inteso come porzione che sovrasta la soletta di copertura dell'ultimo piano.

Si costituivano in giudizio le controinteressate, chiedendo il rigetto del ricorso.

In vista dell'udienza di merito le parti depositavano memorie.

Alla pubblica udienza del 2 Luglio 2008, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. La ricorrente impugna gli atti relativi alle opere realizzate nell'immobile confinante con la sua proprietà, nella parte in cui è stato assentito il sopralzo dell'ultimo piano.
2. Si può procedere alla riunione dei due ricorsi e dei motivi aggiunti, sussistendone i requisiti di natura soggettiva e oggettiva per la loro evidente connessione.

Il ricorso n.4586/2004 e i motivi aggiunti con cui vengono impugnate le DIA sono inammissibili. Non si ravvedono infatti ragioni per modificare l'orientamento consolidato di questa Sezione, compiutamente espresso nella sentenza n. 6361/2007, secondo cui la DIA continua ad avere natura di mero atto del privato e di strumento di liberalizzazione delle attività anche dopo le modifiche apportate all'art. 19 della l. n. 241/1990 e pertanto non può essere direttamente impugnata. E' invece necessario che il terzo che si oppone all'intervento attuato tramite DIA rivolga formale istanza –diffida per l'esercizio del potere di vigilanza e repressivo, agendo poi, ai sensi dell'art. 21-bis della l. n. 1034/1971, avverso il cd. silenzio rifiuto formatosi sull'istanza, ovvero, impugnando con il ricorso ordinario il diniego esplicito di intervento da parte della P.A., come è avvenuto nel caso di specie.

3. Il provvedimento impugnato con ricorso n.2527/06 ha infatti ad oggetto il provvedimento, emanato a seguito della diffida presentata

dalla ricorrente, con cui viene dichiarato la legittimità delle opere, negando quindi che sussistano i presupposti per esercitare il potere repressivo.

Il Collegio preliminarmente respinge l'eccezione di inammissibilità del ricorso per *ne bis in idem*, sollevata dai controinteressati, in quanto infondata, dal momento che con l'iscritto ricorso la ricorrente ha gravato un atto dell'Amministrazione del tutto autonomo rispetto alle DIA. Trattandosi di un provvedimento che definisce il procedimento avviato a seguito della diffida presentata dalla ricorrente, per la verifica sulla conformità delle opere realizzate, non vi è alcun dubbio circa la sussistenza della giurisdizione del G.A. Per tali ragioni va anche respinta l'eccezione di carenza di giurisdizione del Giudice adito.

4. Nel merito il ricorso n. 2527/06 è fondato e merita di essere accolto per le seguenti ragioni.

Il Comune ha assentito un progetto in cui l'ultimo piano non è stato computato nelle altezze trattandosi di vano tecnico. La proprietà ha poi chiesto il sopralzo di detto vano, in applicazione alla L.R. 12/05 in materia di sopralzo dei sottotetti.

Il provvedimento dell'Amministrazione è illegittimo nella parte in cui afferma che "*il progetto originario rispetta gli indici del PRG di zona*", in quanto l'altezza non è stata rispettata, poiché erroneamente l'ultimo piano è stato escluso dal calcolo.

Infatti secondo l'art 14.1 lett b) della NTA possono essere esclusi dal calcolo delle altezze il solaio di copertura, le coperture a falde inclinate, i parapetti e le coperture praticabili, anche se pieni, purchè contenute entro limiti giustificati da un corretto rapporto architettonico e ambientale. I proprietari, proprio al fine di poter escludere dal calcolo dell'altezza l'ultimo piano, hanno dichiarato di realizzare al di sopra delle altezze di tipo B (cioè quelle consentite), solo i corpi tecnici compresi nel volume complessivamente proposto.

Tuttavia, in base all'evoluzione dei fatti, risulta evidente che i locali realizzati al sopra dell'altezza consentita non possono qualificarsi come solai o locali di copertura, strumentali alla localizzazione di corpi tecnici: si è infatti venuto a creare un vero e proprio piano autonomo, *fin ab origine* "sproporzionato" rispetto alle esigenze tecniche.

Infatti in materia edilizia, vanno considerati volumi tecnici quelli che per funzione e dimensione si pongono rispetto alla costruzione come elementi tecnici essenziali per l'utilizzazione della stessa e non ricomprendono, quindi, quelli suscettibili di assolvere solo a funzioni complementari (*ex plurimis* Cons. Stato V 16.9.2004 n. 6038).

Per qualificare un volume come tecnico quindi, si fa riferimento alle parti di edificio destinate a comprendere gli impianti tecnici che, per la loro funzionalità, non possono essere contenuti entro i limiti previsti dalla legge

Essendo consentito non computare lo spazio occupato dagli impianti tecnici, può essere assentita la creazione di tali volumi, purchè strettamente necessari a contenere ed a consentire l'accesso agli impianti tecnici indispensabili per assicurare il comfort abitativo degli edifici, che non possano, per esigenze tecniche di funzionalità degli impianti, essere inglobati nel corpo della costruzione.

Pertanto, i sottotetti quando sono di altezza tale da poter essere suscettibili d'abitazione o di assolvere a funzioni complementari, devono essere computati ad ogni effetto sia ai fini della cubatura autorizzabile sia ai fini del calcolo dell'altezza e delle distanze ragguagliate all'altezza, non potendo essere annoverati tra i volumi tecnici. *(T.A.R. Puglia Lecce, sez. III, 15 gennaio 2005, n. 143).*

Nel caso di specie è stato assentito un volume ben superiore rispetto alle esigenze degli impianti tecnici, creando di fatto un ulteriore piano dell'edificio, con la finalità (poi realizzata) di sovralzare l'edificio in forza della normativa regionale.

Poiché tale ulteriore piano non poteva essere realizzato, pena la violazione degli indici di altezza, lo stesso non poteva poi essere oggetto di utilizzo in forza delle disposizioni in materia di recupero dei sottotetti.

L'Amministrazione, a fronte della diffida della ricorrente, avrebbe quindi dovuto attivare i propri poteri sanzionatori-repressivi rispetto alle opere realizzate in modo non conforme alle norme edilizie.

Per tali ragioni il provvedimento n. 16007 del 3.8.2006 deve essere annullato.

5. Conclusivamente il ricorso n. 4586/04 e i motivi aggiunti vanno dichiarati inammissibili; il ricorso n. 2527/06 va accolto.

Considerata la reciproca soccombenza, le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. II, previa riunione, definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe, così dispone:

- dichiara inammissibili il ricorso n. 4586/04 e i motivi aggiunti;
- accoglie il ricorso n. 2527/06.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano, nella Camera di Consiglio del 2 Luglio 2008, con l'intervento dei magistrati:

Mario Arosio -Presidente

Silvana Bini- Referendario est.

Alberto Di Mario - Referendario