

**T.A.R. LOMBARDIA – SENT. N. 4093/2008 DEL 19/09/2008
REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA
LOMBARDIA**

(Sezione II)

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 535/2002, con motivi aggiunti proposti da

Bugada Giovanna, rappresentata e difesa dall' Avv. Claudio Santarelli,
elettivamente domiciliata in Milano, Viale Bianca Maria 11;

contro

Comune di Casalmaiocco, in persona del Sindaco pro tempore, n.c.;

e nei confronti di

Umberto Albini, rappresentato e difeso dagli Avv. Lucio Mazzotti e
Alessandro Biletta, elettivamente domiciliato a Milano, Via Visconti di
Modrone 7;

Santino Mulè, rappresentato e difeso dall'Avv. Alberto Gamba,
elettivamente domiciliato a Milano, Via San Martino 7;

Ditta Magoni Giuseppe;

per l'annullamento

I) con il ricorso principale

- del provvedimento del Comune di Casalmaiocco n. 15/01 del 23.11.2001 avente ad oggetto il rilascio della concessione edilizia al Sig. Albini per la realizzazione di due fabbricati unifamiliari ad uso residenziale da realizzarsi sul terreno distinto nel mapp. 96 del Fg. 6;
- di ogni altro atto connesso e conseguente, ivi incluso il parere della Commissione Edilizia, del Responsabile del procedimento e della relazione di quest'ultimo sulla istanza di concessione edilizia;

II) con motivi aggiunti notificati in data 2.4.2002

dei seguenti atti emessi nei confronti dei controinteressati:

- verbale di constatazione di illeciti urbanistico-edilizi in data 15.1.2002;
- ordinanza di sospensione e demolizione lavori abusivamente realizzati n. 2 in data 22.1.2002;
- della nota prot. 773 del 7.2.2002 del Responsabile del Servizio Territorio e Ambiente dell'Ufficio Tecnico Comunale

III) con motivi aggiunti notificati in data 26.4.2002

- del provvedimento di rilascio di concessione edilizia in sanatoria a favore del Sig. Albini in data 27.3.2002;
- di ogni altro atto connesso e conseguente, ed in particolare:
- dell'avviso di rilascio di concessione in data 27.3.2002, del parere della Commissione edilizia di cui al verbale n. 7/2001, della relazione e

del parere del Responsabile del Servizio Territorio e Ambiente sulla richiesta di sanatoria, della nota comunale in data 28.3.2002 n. 1646.

VISTO il ricorso 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, ai preliminari della pubblica udienza del 2.7.2008, relatore il Ref. Silvana Bini, l'Avv. Murtulo in sostituzione dell'Avv. Santarelli per la ricorrente, e gli Avv. Mazzotti e Gamba per i controinteressati;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

La ricorrente in data 30.11.2000 ha acquistato dai Sig. Albini e Piras una villetta di due piani nel Comune di Casalmiocco, in zona C di completamento.

Unitamente all'immobile, veniva acquistato anche il terreno circostante, compresa la striscia posta sul retro della casa quantificabile in 7,60 m di profondità dalla fine del marciapiede e di 27 m di larghezza.

Nel corso del 2002, avendo verificato che stavano per essere avviati lavori nel lotto limitrofo identificato con il mapp. 96 fg. 6, la ricorrente presentava una richiesta di accesso al fine di poter visionare la pratica edilizia.

La stessa promuoveva contestualmente una azione in sede civile in quanto il progetto prevedeva anche la rimozione della recinzione esistente e il taglio di alberi sul terreno di sua proprietà.

Con il ricorso principale vengono impugnati la concessione edilizia e gli atti connessi, con i seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art 4 D.L. 398/93, convertito nella L. 493/93; eccesso di potere per carenza dei presupposti e di istruttoria;

2) Violazione e falsa applicazione dell'art 21 del Regolamento edilizio, eccesso di potere per carenza dei presupposti e di istruttoria, travisamento dei fatti;

3) Violazione e falsa applicazione dell'art 9 D.M. 1444 del 1968 e dell'art 6 e 20 delle NTA; eccesso di potere per difetto dei presupposti, travisamento e sviamento.

Sostiene parte ricorrente che la pratica manca di una completa istruttoria (non essendo stata redatta alcuna relazione da parte del responsabile del procedimento), la violazione della distanza dal confine (il Regolamento edilizio prevede infatti 5 mt mentre la costruzione si colloca a 2 mt dalla recinzione) e la violazione delle distanze tra le pareti finestrate.

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

Poiché a seguito di un sopralluogo, l'Amministrazione Comunale verificava la difformità delle opere rispetto al progetto assentito, venivano emessi gli atti impugnati dalla ricorrente con i motivi aggiunti notificati in data 2.4.2002, ed in particolare il verbale di constatazione di illeciti urbanistico-edilizi elevato in data 15.1.2002, l'ordinanza di sospensione e demolizione lavori abusivamente realizzati e la nota prot. 773 del 7.2.2002 del Responsabile del Servizio Territorio e Ambiente dell'Ufficio Tecnico Comunale.

Avverso questi ultimi atti sono articolati i seguenti motivi:

In relazione al parere della commissione edilizia del 25.9.2001

1) Violazione e falsa applicazione dell'art 3 L. 241/90; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione;

Rispetto alla relazione istruttoria del responsabile del procedimento:

2) eccesso di potere per carenza dei presupposti; travisamento, sviamento dalla causa tipica;

Sulla nota prot. 773 del 7.2.02 e sul verbale di constatazione di illecito:

3) eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica, illogicità e ingiustizia manifesta; violazione dell'art 21 del Regolamento edilizio;

4) violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 12 L. 47/85.

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

Medio tempore i controinteressati dapprima presentavano una domanda di variante, poi ritirata, e successivamente una domanda di concessione in sanatoria. La concessione in sanatoria veniva impugnata con i motivi aggiunti del 26.4.2002, per i seguenti motivi:

1) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 2,9 e 10 L. 241/90; violazione del principio di partecipazione al procedimento; eccesso di potere per carenza di istruttoria e motivazionale*, non essendo la ricorrente stata coinvolta nel procedimento, nonostante l'espressa istanza di partecipazione;

2) *Violazione e falsa applicazione dell'art 4 D.L. 398/93, convertito nella L. 493/93; eccesso di potere per carenza dei presupposti e di istruttoria*: la domanda di concessione in sanatoria è stata valutata in base agli elaborati tecnici allegati alla precedente istanza;

3) *Violazione e falsa applicazione dell'art 3 L. 241/90; eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione*: il parere della C.E. è immotivato;

4) *Violazione e falsa applicazione dell'art 7, 8 e 12 L. 47/85; eccesso di potere per carenza dei presupposti e di istruttoria, travisamento dei fatti*: in base al nuovo progetto viene realizzato un immobile totalmente diverso e nuovo rispetto a quello originario. Pertanto l'Amministrazione ha erroneamente ritenuto di essere in presenza di una parziale difformità, trattandosi invece di una variante essenziale;

5) Violazione dell'art 21 del regolamento edilizio; eccesso di potere per carenza dei presupposti e travisamento dei fatti, in quanto non verrebbe rispettata la distanza dai confini.

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

L'ordinanza n. 865/2002 di accoglimento della domanda cautelare, veniva poi annullata dal Consiglio di Stato (ord. 3297/2002).

In vista dell'udienza di merito le parti hanno depositato nuove memorie.

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

DIRITTO

1. La ricorrente impugna i provvedimenti relativi alle opere realizzate nell'immobile confinante con la sua proprietà, rilevando, oltre a vizi procedurali, anche la violazione delle distanze.

E' infatti in contestazione anche la demarcazione del confine tra le due proprietà.

2. Con il ricorso principale è stata impugnata la concessione edilizia, con i primi motivi aggiunti il verbale di constatazione di illecito edilizio e la conseguente ordinanza di sospensione, mentre con i secondi motivi aggiunti la nuova concessione in sanatoria.

A fronte della emanazione di un nuovo titolo edilizio, la concessione in sanatoria del 27.3.2002, il ricorso principale e i primi motivi aggiunti devono essere dichiarati improcedibili, non presentando più alcun profilo di lesività.

3. Vanno quindi esaminati i motivi aggiunti del 26.4.2002, relativi alla concessione in sanatoria.

3.1 Si può prescindere dall'esame delle eccezioni sollevate dai controinteressati, in quanto i motivi aggiunti sono infondati e vanno respinti.

3.2 Nel primo motivo la ricorrente lamenta la violazione del principio di partecipazione al procedimento e la mancata valutazione delle osservazioni presentate, in cui si metteva a conoscenza l'Amministrazione del provvedimento possessorio emesso dal Tribunale di Lodi a suo favore.

Il motivo è infondato: la ricorrente, in qualità di soggetto terzo rispetto al procedimento edilizio, ha più volte rappresentato i propri interessi; la sua posizione è stata valutata, per quanto di competenza dell'Amministrazione Comunale, che è pervenuta a ritenere rispettate le distanze dai confini.

3.3 I motivi rubricati ai numeri 2 e 3 possono essere esaminati congiuntamente, in quanto in entrambi si contesta la carenza istruttoria e il difetto di motivazione del provvedimento in sanatoria.

L'Amministrazione infatti alla istanza di rilascio di copia della variante del 18.1.2002 rispondeva che la domanda era stata ritirata dall'interessato e quindi la pratica non era "*più nella disponibilità di questa Amministrazione*", affermando tuttavia di aver valutato, per il rilascio della concessione in sanatoria, gli elaborati tecnici presentati a corredo della domanda di variante. Ciò rivelerebbe un operato contraddittorio e una carenza istruttoria, anche in considerazione della circostanza che la Commissione Edilizi e l'ASL si sarebbero pronunciati sulla domanda di variante (poi ritirata) e non sulla istanza di concessione in sanatoria.

Le censure non possono essere condivise.

I controinteressati hanno infatti modificato il *nomen iuris* presentando però il medesimo progetto ed allegando le medesime tavole: non può quindi essere censurato l'operato dell'Amministrazione che, in applicazione al principio dell'economicità del procedimento, ha tenuto validi i pregressi pareri, in quanto resi su un progetto sostanzialmente identico, ma qualificato in modo differente.

3.4 Nel quarto motivo di ricorso viene contestata l'errata qualificazione dell'intervento: l'Amministrazione avrebbe infatti ritenuto che si trattasse di una parziale difformità, mentre, secondo la tesi della ricorrente, si sarebbe di fronte ad una variante essenziale.

Il motivo non trova riscontro negli atti ed è comunque infondato: infatti non solo nella concessione in sanatoria viene richiamata la precedente “richiesta di variante sostanziale”, ma la qualificazione in un senso rispetto all’altro non preclude l’accoglimento della domanda di sanatoria, il cui scopo è di eliminare il *vulnus* edilizio da parte del contravventore.

3.5 La ricorrente lamenta nella censura n. 5 la violazione delle distanze tra confini, in quanto nei disegni progettuali la nuova costruzione sarebbe posta ad una distanza dalla recinzione di 7 mt, mentre nella realtà la distanza è inferiore di due metri. Ciò perché la ricorrente afferma di essere proprietaria anche di una striscia di terreno, facente parte del mapp. 96, delimitata da una recinzione, striscia che nel progetto è invece inclusa nella proprietà Albini/Mulè.

E’ stato promosso dalla Sig. Bugada, contestualmente al presente ricorso, un ricorso per denuncia di nuova opera ex artt. 1171 c.c. e 688 cpc e per manutenzione nel possesso, proprio relativamente alla suddetta striscia di terreno, ricorso respinto dal Tribunale di Lodi.

L’Amministrazione, a fronte della documentazione in possesso (i progetti, il rilievo planimetrico, il frazionamento catastale e gli atti di proprietà), ha ritenuto che detta striscia fosse di proprietà dei controinteressati e di conseguenza venissero rispettate le distanze. La scelta non può essere censurata: in sede di rilascio del titolo edilizio al Comune non poteva essere imposta una indagine circa la esatta

definizione dei confini, ma, come compiuto, di verificare la legittimazione del richiedente. In base agli elementi prodotti l'Amministrazione ha concluso circa la sussistenza del titolo di proprietà di detta area da parte del richiedente ed ha quindi rilasciato la concessione edilizia, con la clausola di salvezza "fatti salvi i diritti dei terzi".

Tra l'altro la decisione del Giudice Civile pare confortare la legittimità dell'azione amministrativa, dal momento che le domande della Sig. Bugada sono state respinte, sulla base di una relazione tecnica, da cui emerge il rispetto delle distanze.

4. Conclusivamente il ricorso va dichiarato in parte improcedibile e in parte va respinto.

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, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe e sui motivi aggiunti, dichiara improcedibili il ricorso principale e i motivi aggiunti del 2.4.2002 e respinge i motivi aggiunti del 26.4.2002.

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