



N. 5245/08 Reg. Sent.

N. 2621/2005 Reg. Ric.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA
(Sezione II)**

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso R.G. n. 2621/2005, proposto da Loris Rampazzo Costruzioni edili s.r.l., in persona del legale rappresentante Laura De Stefani, rappresentata e difesa dall'avv. Giancarlo Tanzarella e con domicilio eletto presso il suo studio, in Milano, piazza Velasca, 5

e proseguito da:

- R.A.L.CO. Rampazzo Luigi & CO. Costruzioni edili s.r.l. in persona dell'amministratore unico Laura De Stefani, in qualità di avente causa della Loris Rampazzo Costruzioni edili s.r.l.;

- Laura De Stefani, Loris Rampazzo Costruzioni edili s.r.l. rappresentati e difesi dagli avv.ti Giancarlo Tanzarella ed Elena Tanzarella e con domicilio eletto presso il loro studio, in Milano, piazza Velasca, 5

contro il

Comune di Desio, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Viviani e con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Galleria San Babila, 4/A

per l'annullamento

- del provvedimento 3 giugno 2005 prot. n. 22045 contenente diffida a non effettuare l'intervento edilizio di cui alla d.i.a. depositata in data 6 maggio 2005 e protocollata al n. 17663;
- del successivo provvedimento in data 19 luglio 2005 prot. 30393 ostativo alla realizzazione dei lavori di cui alla d.i.a. in data 24 giugno 2005 prot. n. 25937;
- ed in quanto occorra della disposizione di cui all'art. 12.5 delle NTA al PRG del Comune di Desio, nella versione approvata dalla Giunta regionale con deliberazione n. VI/48358 del 21/02/2000.

VISTO il ricorso principale;

VISTO l'atto di costituzione e la memoria difensiva del Comune con i relativi allegati;

UDITI nella pubblica udienza del 15.10.2008, relatore il dott. Alberto Di Mario, gli avvocati come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

La società ricorrente, proprietaria di un immobile nel Comune di Desio, ha presentato in data 6 maggio 2005 una d.i.a. per effettuare opere di risanamento e restauro conservativo

dell'immobile sopra indicato. Con un primo provvedimento in data 3 giugno 2005 prot. n. 22045 il Comune ha diffidato la società a non effettuare l'intervento edilizio di cui alla d.i.a. depositata in data 6 maggio 2005 e protocollata al n. 17663. In risposta al provvedimento la ricorrente ha presentato una modifica del progetto, alla quale è però seguita la diffida a non effettuare l'intervento in data 19 luglio 2005 prot. 30393.

Contro gli atti impugnati la ricorrente solleva i seguenti motivi in fatto e in diritto. I) Violazione e falsa applicazione di norme di legge e regolamentari (art. 10 bis L. 241/90, art. 23 c. 6 D.P.R. 380/01 e art. 42 c. 9 L.R. 12/05); eccesso di potere per tardività. La ricorrente denuncia la mancata comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza ai sensi dell'art. 10 bis L. 241/90. In secondo luogo denuncia l'illegittimità del provvedimento adottato decorso il termine di 30 giorni dalla presentazione della d.i.a. al quale consegue la consumazione del potere di inibitorio. II) Violazione e falsa applicazione di norme di legge e regolamentari (art. 12.5 NTA del PRG anche in relazione all'art. 3 l. e) D.P.R. 380/01 e all'art. 27 l. e) L.R. 12/05); eccesso di potere per travisamento, illogicità, assurdità manifesta, difetto dei presupposti, falsità della motivazione e sviamento. In via subordinata illegittimità dell'art. 12.5 NTA in relazione all'art. 3 D.P.R. 380/01, all'art. 27 L.R. 12/05, all'art. 4 L. 10/77 e all'art. 97 cost. Secondo la ricorrente l'art. 12.5 delle NTA del PRG è norma volta a tutelare l'estetica delle opere e quindi non si applica ai lavori interrati. Inoltre la realizzazione dei vani interrati pertinenziali in questione è attività libera e non nuova costruzione in quanto non ha i requisiti per essere qualificata nuova costruzione ai sensi dell'art. 3 c. 1 l. e6) D.P.R. 380/01. In particolare manca quel pregio ambientale e paesistico che la norma richiede per considerare l'opera nuova costruzione. In secondo luogo il provvedimento del 19 luglio 2005 ha illegittimamente richiesto la documentazione delle esigenze di realizzazione dei vani tecnici per impianti tecnologici in quanto questa richiesta si fonda sull'art. 12.5. NTA che non riguarda le opere interrate. In terzo luogo è illegittima la norma dell'art. 12.5 delle NTA, per contrasto con l'art. 3 D.P.R. 380/01 e con gli artt. 42 e 97 cost., se interpretata nel senso che vani pertinenziali e cantine possono essere assentite solo se resi necessari da esigenze tecniche. III) Violazione e falsa applicazione di norme di legge e regolamentari (art. 3 L. 241/90 in relazione all'art. 3 D.P.R. 380/01, all'art. 27 l. e) L.R. 12/05 e all'art. 12.5 NTA); eccesso di potere per travisamento, difetto e genericità della motivazione. Secondo la ricorrente non è motivata la qualificazione delle opere come di ristrutturazione invece che di restauro conservativo. Inoltre non sarebbe motivata e contrasterebbe con la relazione allegata alla d.i.a. l'ecceppita mancanza di destinazione d'uso dei vani al pian terreno.

La difesa dell'amministrazione eccepisce, quanto al primo motivo, che il preavviso di diniego ex art. 10 *bis* L. 241/90 non è applicabile alla d.i.a. e che il provvedimento inibitorio è stato spedito nel termine di 30 giorni previsto dalla norma e quindi non è tardivo. Inoltre l'efficacia del titolo abilitativo era sospesa per mancata trasmissione dei documenti attestanti la regolarità contributiva ex art. 3 D. Lgs. 494/96.

Quanto al secondo motivo evidenzia che la ricorrente non ha sollevato motivi di ricorso relativi ad un motivo del primo provvedimento impugnato, da cui discenderebbe il riconoscimento della sua fondatezza e quindi l'inammissibilità dell'impugnazione. Con riferimento all'interpretazione dell'art. 12.5 delle NTA del PRG evidenzia che l'individuazione dell'esigenza di costruire vani tecnici per impianti tecnologici deriva dal fatto che l'art. 4.2.1 delle NTA del PRG esclude tali spazi dal calcolo della s.l.p. e quindi

del volume e che il PRG nella sottozona A2 non ammette un aumento di slp. Quanto al rilievo, contenuto nel provvedimento impugnato, che non risulta documentato lo stato e le previsioni relativi al corpo nel cui sottosuolo sono previsti i vani tecnologici, tale prescrizione si giustifica con il fatto che la realizzazione del piano interrato viene ad incidere sul soprastante fabbricato, che è oggetto di domanda di condono non ancora esitata e quindi non può essere modificato.

Quanto al terzo motivo afferma che l'intervento supererebbe l'ambito del restauro e risanamento conservativo, come ammesso implicitamente anche dalla ricorrente ove qualifica l'intervento come oneroso invece che gratuito. L'esatta qualificazione inoltre incide anche sulla disciplina urbanistica in quanto imporrebbe la sottoposizione dell'intervento a piano di recupero. La richiesta di indicare la destinazione d'uso dei vani a piano terra è da ultimo giustificata dal fatto che l'art. 32 delle NTA, in conformità alla normativa regionale, stabilisce che la concessione edilizia per la realizzazione di opere dirette all'apertura di attività di vendita al minuto in sede fissa dev'essere rilasciata contestualmente all'autorizzazione commerciale.

All'udienza pubblica del 15 ottobre 2008 la causa è stata quindi trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso non merita accoglimento per le seguenti motivazioni.

In primo luogo è necessario esaminare l'eccezione sollevata dall'amministrazione comunale secondo la quale l'impugnazione del provvedimento inibitorio in data 03.06.2005 è divenuta inammissibile per acquiescenza e per carenza di interesse in quanto non è stata contestata la ragione ostativa relativa alla violazione dell'art. 91 del regolamento edilizio, in materia di altezze interne, alle quali la ricorrente si è adeguata con il progetto allegato alla seconda d.i.a.. Da ciò deriverebbe anche l'inammissibilità dell'impugnazione dell'art. 12.5 delle NTA in quanto la ricorrente non trarrebbe alcun vantaggio dall'annullamento della norma in questione.

L'eccezione merita parziale accoglimento.

La ricorrente, infatti, non ha contestato uno dei motivi contenuti nel provvedimento adottato in data 3 giugno 2005, che ha carattere autonomo ed è sufficiente a sorreggere il provvedimento, con la conseguenza che le doglianze relative a tale atto debbono considerarsi inammissibili in quanto dal loro accoglimento non può derivare alcun vantaggio alla ricorrente.

Non può, invece, accogliersi l'eccezione formulata dalla parte resistente con riferimento all'estensione dell'inammissibilità all'impugnazione dell'art. 12.5 delle NTA del PRG, in quanto la questione è riproposta nell'impugnazione del secondo provvedimento inibitorio con riferimento ai vani tecnici che hanno sostituito le cantine, come dichiarato dalla difesa dell'amministrazione (v. fine di pg. 11 del ricorso) e non contestato dalla ricorrente. Il secondo motivo di ricorso dev'essere però esaminato solo con riferimento ai motivi contenuti nel secondo provvedimento inibitorio relativi ai vani tecnici.

Venendo ora al merito, con il primo motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione di norme di legge e regolamentari (art. 10 bis L. 241/90, art. 23 c. 6 D.P.R. 380/01 e art. 42 c. 9 L.R. 12/05); eccesso di potere per tardività per mancata comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza ai sensi dell'art. 10 bis L. 241/90 e decorso del termine di 30 giorni dalla presentazione della d.i.a. al quale

consegue la consumazione del potere inibitorio, con riferimento ad entrambi i provvedimenti impugnati.

Il motivo non merita accoglimento.

In primo luogo non sussiste obbligo dell'amministrazione, in caso di d.i.a., di inviare il c.d. preavviso di provvedimento negativo in quanto in presenza di questo titolo abilitativo la diffida a non eseguire le opere non corrisponde ad un atto di diniego dell'istanza (Consiglio di Stato, sez. IV, 12 settembre 2007 n. 4828) ed in considerazione della speciale disciplina "della notifica all'interessato" dell'"ordine motivato di non effettuare il previsto intervento", contenuta dal comma 6 dell'articolo 23, dove già è prevista la motivazione dell'ordine inibitorio e dove viene assicurata una forma di confronto e di tutela del privato, a favore del quale viene comunque fatta "salva la facoltà di ripresentare la denuncia di inizio attività, con le modifiche o le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa urbanistica ed edilizia" (TAR Veneto, sez. II, 13 settembre 2005 n. 3418). La giurisprudenza ha inoltre chiarito che l'inapplicabilità dell'art. 10 *bis* della L. 241/90 si spiega con il fatto che l'atto di diffida è negativo ma non è a rigore un rigetto della istanza; inoltre, il preavviso per l'ordine di non eseguire costituirebbe una non giustificata duplicazione del medesimo, incompatibile con il termine ristretto entro il quale l'amministrazione deve provvedere, non essendo fra l'altro previste parentesi procedurali produttive di sospensione del termine stesso (Cons. Stato, sez. IV, 12 settembre 2007 n. 4828).

Con riferimento al secondo motivo esso dev'essere vagliato solo con riferimento alla diffida del 19 luglio 2005 in considerazione dell'accoglimento dell'eccezione preliminare di inammissibilità dell'impugnazione del primo atto di diffida.

Con riferimento a tale atto non possono ritenersi violati i termini per l'esercizio del potere inibitorio, in quanto il provvedimento è stato notificato prima del decorso del termine di 30 giorni stabilito dalla legge. Infatti a tal fine occorre tenere conto della data di spedizione del plico raccomandato e non della data di ricezione secondo le regole previste per la notifica degli atti processuali (art. 21 *bis* L. 241/90).

Con il secondo motivo la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione di norme di legge e regolamentari (art. 12.5 NTA del PRG anche in relazione all'art. 3 l. e) D.P.R. 380/01 e all'art. 27 l. e) L.R. 12/05); eccesso di potere per travisamento, illogicità, assurdità manifesta, difetto dei presupposti, falsità della motivazione e sviamento. In via subordinata illegittimità dell'art. 12.5 NTA in relazione all'art. 3 D.P.R. 380/01, all'art. 27 L.R. 12/05, all'art. 4 L. 10/77 e all'art. 97 cost. Secondo la ricorrente l'art. 12.5 delle NTA del PRG è norma volta a tutelare l'estetica delle opere e quindi non si applica ai lavori interrati. Inoltre la realizzazione dei vani interrati pertinenziali in questione è attività libera e non nuova costruzione in quanto non ha i requisiti per essere qualificata nuova costruzione ai sensi dell'art. 3 c. 1 l. e6) D.P.R. 380/01. In particolare manca quel pregio ambientale e paesistico che la norma richiede per considerare l'opera nuova costruzione. In secondo luogo il provvedimento del 19 luglio 2005 ha illegittimamente richiesto la documentazione delle esigenze di realizzazione dei vani tecnici per impianti tecnologici in quanto questa richiesta si fonda sull'art. 12.5. NTA che non riguarda le opere interrate. In terzo luogo è illegittima la norma dell'art. 12.5 delle NTA, per contrasto con l'art. 3 D.P.R. 380/01 e con gli artt. 42 e 97 cost., se interpretata nel senso che vani pertinenziali e cantine possono essere assentite solo se resi necessari da esigenze tecniche.

Il motivo non merita accoglimento.

L'esigenza di dimostrare la necessità di vani tecnici e quindi il loro effettivo utilizzo sorge, come dimostrato dalla difesa dell'amministrazione, dalla loro non computabilità ai fini del volume. Di fronte alla destinazione di un intero nuovo piano interrato a volumi tecnici, la richiesta dell'amministrazione di conoscere le ragioni di tale destinazione e della loro utilizzazione risulta giustificata dalla norma dell'art. 4.2.1 delle NTA che esclude la computabilità di tali superfici, senza che tale previsione possa ricondursi all'applicazione dell'art. 12.5 delle NTA censurata dalla ricorrente.

Con riferimento, invece, allo stato ed alle previsioni relativi al corpo nel cui sottosuolo sono previsti i vani tecnologici, contenuto nel provvedimento del 19 luglio 2005, deve escludersi, alla luce della difesa dell'amministrazione non contestata sul punto, che tale riferimento sia diretto ai vani tecnologici in sé, quanto allo stato del corpo di fabbrica che li sovrasta e quindi la ragione ostativa alla loro realizzazione non può individuarsi nell'art. 12 delle NTA.

Con il terzo motivo la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione di norme di legge e regolamentari (art. 3 L. 241/90 in relazione all'art. 3 D.P.R. 380/01, all'art. 27 l. e) L.R. 12/05 e all'art. 12.5 NTA); eccesso di potere per travisamento, difetto e genericità della motivazione in quanto non sarebbe motivata la qualificazione delle opere come di ristrutturazione invece che di restauro conservativo. Inoltre non sarebbe motivata e contrasterebbe con la relazione allegata alla d.i.a. l'eccepita mancanza di destinazione d'uso dei vani al pian terreno.

Il motivo non merita accoglimento.

Il progetto presentato, come risulta dalla relazione tecnica presentata in data 22 giugno 2005, comporta, tra l'altro, il consolidamento e/o la sostituzione delle strutture verticali; la sostituzione delle strutture orizzontali e dei solai ed il rifacimento delle coperture a falde, delle gronde e dell'abbaino esistente; la creazione di un nuovo piano interrato e di un piano sottotetto praticabile ed il cambio di destinazione d'uso delle unità commerciali al piano terra.

Secondo l'art. 27 della L.R. 12/05 sono interventi di restauro e di risanamento conservativo, gli interventi edilizi rivolti a conservare e recuperare l'organismo edilizio e ad assicurarne la funzionalità mediante un insieme sistematico di opere che, nel rispetto degli elementi tipologici, formali e strutturali dell'organismo stesso, ne consentano destinazioni d'uso con essi compatibili. Tali interventi comprendono il consolidamento, il ripristino e il rinnovo degli elementi costitutivi dell'edificio, l'inserimento degli elementi accessori e degli impianti richiesti dalle esigenze dell'uso, l'eliminazione degli elementi estranei all'organismo edilizio.

Come chiarito dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. IV, 16 giugno 2008, n. 2981) possono qualificarsi come interventi di restauro e risanamento conservativo solo quegli interventi sistematici i quali, pur con rinnovo di elementi costitutivi dell'edificio preesistente, ne conservano tipologia, forma e struttura. Infatti la finalità specifica degli interventi di risanamento e restauro - che è appunto quella di rinnovare l'edificio in modo sistematico e globale - va perseguita nel rispetto dei suoi elementi essenziali dal punto di vista tipologico, formale e strutturale. In sostanza mentre gli interventi di restauro si caratterizzano per essere attuati con una serie di opere che non comportano l'alterazione delle caratteristiche edilizie dell'immobile da restaurare e rispettano gli elementi formali e strutturali dell'immobile, gli interventi di ristrutturazione edilizia sono viceversa

