

ordinanza
17 ottobre 2008
n. 5156

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
sul ricorso n. 2693 del 2006 proposto da

Carlo Siro Marchetti

rappresentato e difeso dapprima, per procura speciale a margine del ricorso, dall'avv. Giuseppe Sala, quindi, per procura speciale a margine dell'atto di costituzione depositato il 26.9.2007, dagli avv.ti Maria Sala e Claudio Sala, elettivamente domiciliato presso il loro studio in Milano, via Hoepli 3

c o n t r o

Comune di Usmate Velate

in persona del Sindaco *pro tempore*, signor Angelo Penati, rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio Boifava, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Monza, via De Amicis 6

con notifica a

Costruzioni Residenziali Antlia s.r.l., non costituita in giudizio
per l'annullamento

dei seguenti atti:

- atto 4 agosto 2006 (prot. n. 14317), con cui il responsabile dell'Area territorio e ambiente ha comunicato la conclusione in senso negativo dell'istruttoria relativa al piano di recupero presentato dal ricorrente [ricorso, notificato il 23 ottobre e depositato il 16 novembre 2006];

- atto 17 agosto 2007 (prot. n. 14004) con cui il responsabile dell'Area territorio e ambiente ha nuovamente comunicato l'esito negativo dell'istruttoria relativa al piano di recupero, con ogni atto presupposto, conseguente e connesso, compresi il parere 29 marzo 2007 della commissione edilizia e la comunicazione 16 luglio 2007 recante invito a presentare osservazioni documentate [motivi aggiunti, notificati il 18 e depositati il 25 ottobre 2007];

e per la condanna

del Comune al risarcimento del danno.

Visti il ricorso ed i motivi aggiunti;

Visti i controricorsi del Comune;

Viste le memorie delle parti;

Visti atti e documenti di causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 1 ottobre 2008, relatore il dott. Carmine Spadavecchia, l'avv. Caterina Pintus (per delega degli avv.ti Sala) e l'avv. Enzo Giacometti (per delega dell'avv. Boifava);

Considerato quanto segue in

FATTO e DIRITTO

1. Il ricorrente è proprietario del complesso immobiliare "Villa Angioletta", costituito da un insieme di corpi di fabbrica situati in zona una collinare classificata dal vigente strumento urbanistico (p.r.g. approvato nel 2005)

Sezione 2[^]

n.
reg. sent.

n. 2693/06
reg. ric.

come zona B3/R (zona di recupero prevalentemente residenziale).

Il 3 agosto 2005 egli ha presentato un piano di recupero (PdR) in località Villa Angioletta chiedendone l'approvazione in variante ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. b), della legge regionale n. 23/1997.

Con atto in data 4 agosto 2006 (impugnato col ricorso introduttivo) il Comune ha comunicato la conclusione negativa della fase istruttoria per non avere il ricorrente corrisposto all'invito di ricalcolare la volumetria di progetto stralciando le aree inedificate pertinenziali agli edifici esistenti

2. Il ricorrente ha censurato l'atto per violazione di legge, disparità di trattamento, contraddittorietà e illogicità, assumendo:

- che le aree inedificate incluse, in sede di redazione del piano di recupero, nel computo volumetrico sarebbero prive del carattere pertinenziale che, immotivatamente, il Comune loro attribuisce;

- che per talune aree adiacenti - site nella stessa zona B3/R, appartenenti allo stesso comprensorio Villa Angioletta, e in passato comprese nella medesima lottizzazione - il Comune avrebbe approvato un piano di recupero (PdR Antlia) applicando alle aree nude l'indice 0,90 mc/mq, e dunque considerandole edificabili, e non pertinenziali;

- che contraddittoriamente il Comune considera come pertinenziali aree residenziali per le quali ha preteso il versamento dell'ICI relativamente agli anni 2001~2004;

- che l'omessa adozione del registro previsto dall'art. 7 n.t.a. impedirebbe di conoscere quali aree debbano considerarsi sature e quali ancora edificabili, il che provocherebbe un aggravio del procedimento in violazione dell'art. 7 della legge n. 241/90.

3. Con ordinanza 23 novembre 2006 n. 2174 questa Sezione ha accolto la domanda cautelare a fini di riesame.

Acquisito dal ricorrente l'atto di provenienza della proprietà oggetto del PdR, il Comune ha reiterato, su conforme parere della commissione edilizia, l'esito negativo dell'istruttoria, comunicandolo con atto del 17 agosto 2007, investito da motivi aggiunti di ricorso.

Il ricorrente ripropone le censure di difetto di motivazione e disparità di trattamento; contesta il preteso carattere pertinenziale - e la ritenuta inedificabilità - delle aree computate volumetricamente ai fini del piano di recupero; e si duole che il Comune abbia nuovamente omesso, in violazione del provvedimento cautelare, di indicare con precisione l'indice volumetrico applicabile e la volumetria realizzabile sull'area oggetto del PdR in questione.

Oltre all'annullamento degli atti impugnati il ricorrente ha chiesto la condanna del Comune al risarcimento del danno, concretatosi "nei costi tecnici e progettuali che ha dovuto sostenere anche per le modifiche al PdR chieste dalla Commissione edilizia, oltre al tempo trascorso".

4. Il Comune, costituito in giudizio, ha controdedotto, eccependo in via preliminare:

- l'inammissibilità del ricorso introduttivo per omessa impugnazione del parere 28 settembre 2005 della commissione edilizia, parere che per la prima volta invitava il ricorrente a rivedere la volumetria tenendo conto delle aree pertinenziali inedificabili;

- l'inammissibilità dei motivi aggiunti, perché diretti contro un atto emanato dal Comune per ottemperare ad una pronuncia cautelare per sua natura

provvisoria.

All'udienza di discussione del ricorso (1 ottobre 2008) la difesa del ricorrente si è opposta al deposito tardivo dei documenti avversari, effettuato il 19 settembre 2008, fuori termine, congiuntamente al deposito della memoria difensiva.

5. Osserva il Collegio che i documenti prodotti tardivamente dal Comune in allegato alla memoria difensiva coincidono per la più parte con quelli prodotti dal ricorrente, e non ve ne sono tra essi altri, decisivi ai fini del giudizio, dei quali si renda necessaria l'acquisizione istruttoria con assegnazione alla controparte di termini a difesa.

Quanto alle eccezioni sollevate dal Comune, esse sono prive di fondamento. Il parere della commissione edilizia è atto endoprocedimentale insuscettibile, ancorché esternato, di impugnazione autonoma. Ciò a maggior ragione quando, come nel caso in esame, il parere venga comunicato non per chiudere il procedimento, ma per acquisire memorie, osservazioni, documenti, cioè all'espresso fine di instaurare con l'interessato il doveroso contraddittorio procedimentale (cfr. nota 30.9/3.10.05, prot. 18125, del responsabile area territorio e ambiente, doc. 3 fasc. ricorrente e doc. 5 fasc. Comune).

La natura provvisoria delle misure cautelari, d'altro canto, non esclude la sindacabilità degli atti che l'Amministrazione assuma, in sede di riesame, sulle istanze dei privati, tanto più quando essa confermi, con una nuova motivazione, il proprio avviso e la sentenza riconosca, come nel caso *de quo*, la legittimità dell'atto confermativo.

6. Nel merito, il ricorso è infondato.

Il punto nodale della vertenza - come già rilevato dalla Sezione in sede cautelare (ord.za 23.11.06 n. 2174) - concerne la potenzialità volumetrica delle aree interessate dall'intervento, mentre non appaiono rilevanti né la mancata formazione del registro delle aree pertinenziali di cui all'art. 7 n.t.a. (di carattere puramente ricognitivo), né il trattamento fiscale delle aree ai fini dell'ICI (che non interferisce con la disciplina urbanistica e non ne condiziona l'applicazione), né le determinazioni assunte dal Comune sul piano di lottizzazione relativo ad aree contigue (l'eventuale disparità di trattamento non essendo decisiva in materia sottratta a valutazioni discrezionali).

Ciò premesso, va rilevato che le aree comprese nel PdR sono incluse dal piano regolatore in zona B3/R, e le zone B3/R sono destinate, ex art. 16.2 n.t.a., a insediamenti residenziali.

L'art. 16.3, lettera a), delle n.t.a. dispone che:

- per gli interventi di ristrutturazione urbanistica [ex art. 31, punto e), legge 5 agosto 1978 n. 457] nelle zone B3/R il volume (V) "è costituito dal volume esistente calcolato come previsto dalle presenti norme, aumentato, nel caso di presenza di lotti ineditati e non costituenti pertinenze di edifici esistenti, dal volume realizzabile applicando a detti lotti l'indice di fabbricabilità di 0.9 mc./mq.";

- per gli interventi di restauro e di ristrutturazione edilizia [ex art. 31, punti c) e d), legge cit.] il volume (V) "è costituito dal volume esistente" e l'indice di fabbricabilità fondiaria (If) deve essere "non superiore all'indice fondiario relativo al volume esistente".

7. Il ricorrente ha predisposto il piano di recupero calcolando la volumetria

esistente sui mappali edificati e aggiungendo la volumetria espressa dalle aree nude inedificate (distinte in catasto con i mappali 29, 31, 184, 185), calcolata in base all'indice di 0,90 mc/mq [ex art. 16.3, lett. a), prima parte, n.t.a.], sul presupposto che si tratti di lotti non pertinenziali.

Secondo il ricorrente la pertinenzialità andrebbe intesa non in senso civilistico, ma con riferimento alla disciplina dettata dall'art. 7 n.t.a. per le "aree di pertinenza", le aree cioè asservite alle costruzioni per realizzare la corrispondente cubatura. L'art. 7 dispone infatti: che le aree di pertinenza sono quelle che vengono utilizzate, in base alle prescrizioni di p.r.g. e dei suoi strumenti, ai fini del calcolo degli indici urbanistici; che un'area di pertinenza si definisce saturata quando gli edifici costruiti hanno utilizzato [per intero] l'edificabilità di p.r.g.; che le aree di pertinenza relative agli edifici esistenti non possono essere conteggiate se non per saturare l'edificabilità prevista dallo strumento urbanistico; che le aree di pertinenza, saturate e non saturate, "saranno riportate, a cura dell'Amministrazione, su apposito registro consultabile dal pubblico".

8. Il Comune invece esclude esplicitamente (atto 17.8.07, pag. 3) l'applicabilità dell'art. 7 n.t.a. in tema di "aree di pertinenza", ed intende la pertinenzialità di cui all'art. 16.3 n.t.a. in senso civilistico.

Le ragioni per cui il Comune ha considerato "morfologicamente pertinenziali le aree inedificate esistenti", invitando il ricorrente a rivedere la volumetria di progetto, sono le seguenti:

- secondo il parere reso il 29 marzo 2007 dalla Commissione edilizia - parere fatto proprio dal secondo degli atti impugnati - i mappali 29, 31, 184, 185 del foglio 5 sarebbero "vincolati morfologicamente ai fabbricati rurali circostanti", in quanto l'originario atto di acquisto della proprietà Marchetti provverebbe che essi sono stati "artificialmente frazionati" dagli "originari mappali 184-187-112-179 ... tutti facenti parte della parte rurale della proprietà inseriti in catasto rustico pertinentemente agli edifici rurali esistenti"; e il vincolo di pertinenzialità tra aree inedificate ed edifici rurali sarebbe stato ribadito in sede di stipula della convenzione di lottizzazione 18 settembre 1979, che elencherebbe nella tavola 3 le aree "stralciate da una potenziale edificabilità e vincolate agli edifici esistenti" (cfr. nota 5.4/12.5.07 prot. 7957, doc. 18 fasc. ricorrente);

- secondo l'avviso espresso dal responsabile del settore nell'atto 17 agosto 2007 l'art. 16.3 delle n.t.a. andrebbe inteso nel senso che "solo nel caso di edifici esistenti che costituiscano volume e siano abitabili e abitati scatta la pertinenzialità o meno dei fondi contigui"; e, nella fattispecie, il volume esistente non potrebbe essere incrementato, essendo i lotti inedificati - e in specie il giardino storico della villa, nonché le aie e i cortili immediatamente limitrofi agli edifici rurali esistenti - morfologicamente pertinenti a detti edifici, in quanto a servizio o ad ornamento degli stessi (cfr. pagg. 2-3).

Su questa linea la difesa comunale argomenta che, essendo l'area a giardino (mapp. 31) di pertinenza dell'edificio principale (mapp. 26) sotto il profilo storico-morfologico, rientrerebbe nella valutazione discrezionale - e insindacabile - dell'Amministrazione sottrarre all'edificabilità quella che è la pertinenza dell'antica villa padronale (memoria 17.11.06, pag. 9).

9. Osserva il Collegio che la situazione urbanistica delle aree e le condizioni della loro edificabilità sono disciplinate dagli strumenti urbanistici *vigenti*

(cfr. Cons. Stato V, 22.11.01 n. 5928; 10.2.00 n. 749).

Dal momento che le aree interessate dal PdR sono tutte comprese in zona B3/R, alla quale è attribuita destinazione residenziale, è irrilevante che esse abbiano fatto parte, in passato, di un antico podere agricolo come aree di pertinenza degli edifici rustici (allora) esistenti.

Parimenti irrilevante è la convenzione urbanistica del 1979 (la cui tavola 3 non risulta peraltro prodotta), posto che eventuali limitazioni volumetriche apposte all'epoca devono ritenersi superate dalle nuove previsioni urbanistiche, e specificamente dalle norme tecniche di attuazione che disciplinano gli interventi edilizi in zona B3/R, senza attribuire al Comune spazi di apprezzamento discrezionale.

Va aggiunto che, contrariamente a quanto assume l'atto impugnato, l'art. 16.3 n.t.a. parla di "volume esistente", di "edifici esistenti", e non di "edifici abitabili e abitati".

10. Nondimeno il Collegio ritiene che le aree inedificate in questione (mapp. 29-31-184-185) debbano ritenersi già in parte asservite alla volumetria esistente, e siano pertanto computabili solo per realizzare la volumetria residua.

L'art. 16.3 delle n.t.a. non attribuisce esplicitamente alle zone B3/R un indice volumetrico generale e complessivo; tuttavia, nel momento in cui assegna ai lotti inedificati e non pertinenziali l'indice di 0,90 mc/mq, lascia intendere che questo sia l'indice valevole per l'intero ambito interessato dai piani attuativi, salva la conservazione della volumetria esistente.

Ciò significa che, se la volumetria *in situ* supera quella teorica desumibile dall'applicazione di detto indice, essa può essere conservata senza alcun aumento; se non la supera, può essere incrementata solo fino alla "saturazione" dei lotti.

Nel caso in esame, applicando l'indice 0,90 mc/mq alla superficie fondiaria (9.403,91 mq: cfr. tavole 4-20), si ottiene una volumetria edificabile di 8.463,51 mc, che è superiore alla volumetria esistente (5.441,99 mc: tavola 17), ma inferiore alla volumetria di progetto (13.975,71 mc: tavola 18).

E' pertanto irrilevante che il Comune intenda la pertinenzialità in senso civilistico, e consideri le aree come pertinenziali in quanto "giardino storico" della villa (circostanza, questa, non confutata dal ricorrente). Infatti, anche considerando la pertinenzialità in senso urbanistico, come vuole il ricorrente, si deve concludere che i lotti in questione sono già parzialmente asserviti ai fabbricati esistenti, in quanto necessari a supportare la volumetria *in situ* (villa e fabbricati annessi).

11. Per le ragioni esposte, che assorbono ogni altro motivo di censura, il ricorso deve essere respinto, tanto nella parte impugnatoria, quanto, conseguentemente, nella parte risarcitoria.

Riguardo alle spese processuali, il Collegio, considerate le difficoltà di interpretazione della normativa, ravvisa i presupposti per disporre la compensazione integrale tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia respinge il ricorso.
Spese compensate.

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 1 ottobre 2008, con l'intervento dei magistrati:

Mario Arosio presidente

Carmine	Spadavecchia	consigliere, estensore
Fabrizio	D'Alessandri	referendario
L'estensore		Il presidente