



n. 6186/08

Reg. Sent.

n. 1723/07

Reg. Ric.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA
SEZIONE SECONDA

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

DONISELLI ROSSANA ANNA,

rappresentata e difesa dagli avv. Valter Cassola, Leonardo Penna, Paolo Curti,

con domicilio eletto per le notifiche presso lo studio dei difensori in Milano, viale Premuda
14;

contro

COMUNE DI TREMEZZO,

non costituito in giudizio,

e nei confronti di

SALA PAOLANTONIO,

rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Spallino, Lorenzo Spallino, Paolo Famà,

con domicilio eletto per le notifiche presso lo studio dei difensori in Milano, via del Don 3;

per l'annullamento

del permesso di costruire n. 76/06 del 16. 3. 2007 rilasciato al controinteressato per il
recupero a fini abitativi di un sottotetto, **e della relativa autorizzazione paesaggistica datata**
14. 3. 2007,

e per la condanna

al risarcimento dei danni subiti per effetto dell'attività amministrativa illegittima.

Visto il ricorso con i relativi allegati ed i documenti tutti del giudizio:

Uditi alla pubblica udienza del 4. 12. 2008 i difensori delle parti come da verbale;

Relatore il dott. Russo;

FATTO e DIRITTO

L'odierna ricorrente impugna i provvedimenti (permesso di costruire e relativa autorizzazione paesaggistica) con cui l'amministrazione comunale di Tremezzo ha permesso al controinteressato Sala Paolantonio, in applicazione dell'art. 64 l.r. 12/05, la esecuzione di lavori di recupero abitativo di un sottotetto nell'edificio di proprietà.

I lavori interessano un edificio signorile, del tipo villino, inserito in una più ampia lottizzazione di aree collinari che affacciano sul lago di Como. La ricorrente è proprietaria di un altro villino appartenente alla stessa lottizzazione, distante in linea d'aria all'incirca 20 metri dall'edificio interessato dai lavori di recupero del sottotetto, e situato sul profilo collinare ad una quota di piano superiore di circa 3 metri rispetto ad esso.

I motivi che sorreggono il ricorso sono i seguenti:

1. violazione dell'art. 20 del t.u. 380/01, per mancanza della relazione del responsabile del procedimento sulla qualificazione tecnico-giuridica dell'intervento richiesto;
2. difetto di istruttoria della pratica amministrativa comprovato da numerosi elementi, quali l'assenza della relazione del tecnico di cui al punto precedente, errori ed incongruenze nel progetto, mancanza della documentazione richiesta dagli artt. 63 e 64 della l.r. 12/05, errori nel calcolo degli oneri di urbanizzazione, mancanza del certificato di agibilità;
3. illegittimità dell'autorizzazione paesistica, che è stata rilasciata sulla base di parere della commissione edilizia integrata dagli esperti in materia ambientale anziché sulla base di parere della Commissione per il paesaggio che ogni Comune era obbligato ad istituire decorsi 6 mesi dall'entrata in vigore della l.r. 12/05;

4. illegittimità dell'autorizzazione paesistica sotto altro profilo, in quanto la stessa è stata rilasciata senza la relazione scritta degli esperti ambientali che ad essa deve obbligatoriamente essere allegata ex art. 81 l.r. 12/05;
5. illegittimità dell'autorizzazione paesistica sotto altro profilo, in quanto la stessa è stata rilasciata in sviamento di potere essendosi basata sui criteri previsti dalla delibera di Giunta regionale del 25. 7. 1997, anziché alla più restrittiva delibera 15. 3. 2006 vigente *ratione temporis*, che aveva modificato i criteri di ammissibilità degli interventi di recupero dei sottotetti, ammettendo la possibilità di autorizzare soltanto interventi coerenti con l'assetto ed il decoro architettonico degli edifici esistenti;
6. illegittimità sia del permesso di costruire che dell'autorizzazione paesistica, per mancanza di motivazione degli stessi provvedimenti;
7. violazioni plurime degli artt. 63 e 64 l.r. 12/05 in tema di sottotetti, sia perché l'appartamento in progetto supera il limite di altezza di m. 2.40 previsti dalla legge regionale raggiungendo l'altezza media ponderale di 2.57, sia perché il progetto manca di accessibilità al fabbricato per disabili, sia perché il progetto prevede l'innalzamento della zona di calpestio dell'appartamento rispetto al livello preesistente, sia perché manca l'attestato di certificazione energetica ai sensi del d.lgs. 192/05, attestato obbligatorio quando si modificano sagome e misure;
8. violazione delle n.t.a. del p.r.g. di Tremezzo, che prevedono per le zone residenziali C1, quali quella in esame, la possibilità di realizzare un massimo di 2 piani fuori terra;
9. violazione della convenzione di lottizzazione 25. 9. 1987 in forza della quale furono costruiti sia l'edificio della ricorrente che quello del contro interessato, convenzione in cui era riportato l'obbligo per ciascuna parte di non aumentare la volumetria complessiva dei singoli lotti,
10. violazione delle norme sulle distanze, in quanto un muro non preesistente e disegnato in progetto violerebbe il limite di m. 10 previsto per le nuove costruzioni;
11. violazione dell'art. 7 l. 241/90 per mancanza di comunicazione dell'avvio dei procedimenti amministrativi finalizzati al rilascio dei provvedimenti impugnati, nonostante l'odierna ricorrente, in quanto confinante, fosse facilmente individuabile come portatrice di un interesse giuridicamente rilevante alla non esecuzione dei lavori edilizi assentiti.

La ricorrente articola, infine, anche una richiesta di risarcimento del danno subito per effetto dell'attività amministrativa asseritamente illegittima.

Si costituiva in giudizio il controinteressato Sala Paolantonio, che eccepiva preliminarmente l'inammissibilità dell'impugnazione per difetto di interesse (in quanto per effetto dei lavori in esame l'edificio veniva innalzato di soli m. 1 al colmo, il che non poteva ledere gli interessi della ricorrente la cui proprietà è posta ad una quota di piano più alta di m. 3), e deduceva nel merito l'infondatezza dei motivi di ricorso, allegando nota di deposito documenti.

Nessuno si costituiva per il Comune di Tremezzo, pur regolarmente convenuto in giudizio.

Il ricorso era corredato anche da istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati. Con ordinanza del 29. 8. 2007 il Tribunale rigettava l'istanza cautelare per difetto di *periculum in mora*; ma con ordinanza del 19. 10. 07 il Consiglio di Stato riteneva, invece, di accogliere l'appello cautelare, evidenziando l'opportunità, vista l'ampiezza dell'intervento edilizio in progetto, che il merito del ricorso fosse discusso prima che i lavori fossero eseguiti.

Il ricorso veniva discusso nella pubblica udienza del 4. 12. 2008, all'esito della quale veniva trattenuto in decisione.

Il ricorso è fondato.

1. Preliminarmente occorre rilevare che non può trovare accoglimento l'eccezione di inammissibilità del gravame formulato dalla difesa del controinteressato, secondo cui nessun interesse giuridicamente tutelato può sostenere l'odierno ricorso proposto da soggetto sì confinante, ma la cui proprietà dista circa 20 m. da quella in cui si devono svolgere i lavori edilizi, ed è posta ad una quota di piano più alta di circa 3 m.. La difesa del contro interessato rileva, altresì, che non è giuridicamente rilevante il supposto diritto di godere della vista-lago dalla propria abitazione, che, secondo la ricorrente, verrebbe compresso dall'edificazione del progetto sottoposto ad esame in questo giudizio.

Si ritiene che questa prospettazione non sia corretta. Ciò che la difesa del controinteressato ha definito "vista-lago" non sarà un autonomo interesse giuridicamente tutelato, ma è pur vero che si tratta di una componente che incide notevolmente nella determinazione del valore dell'immobile della ricorrente. Infatti, l'immobile che per effetto della propria posizione collinare gode di un'ampia vista sul lago di Como, e che, invece, a causa dei lavori edilizi in progetto viene a perdere il panorama sul lago (come nel caso in esame, dove le fotografie

dello stato cui sono giunti i lavori prima dell'intervento sospensivo del Consiglio di Stato evidenziano la compromissione della veduta verso valle patita dalla ricorrente), subisce un consistente deprezzamento del proprio valore.

Occorre anche rilevare che, in situazione simile di contenzioso insorto tra i proprietari di aree edificate nel contesto della medesima lottizzazione, il Consiglio di Stato ha ritenuto sussistente l'interesse "*di tutti i proprietari convenzionati ad interloquire su qualsiasi variante, comunque e dovunque posta in essere*" sul presupposto che "*la convenzione stessa definisca un assetto organico e unitario sulla zona interessata*" (Cons. Stato, sez. IV, 27 giugno 2008 n. 3255).

L'odierna ricorrente, pertanto, non gode soltanto di astratta legittimazione ad agire in giudizio per la prossimità (la famosa *vicinitas*) al luogo di svolgimento dei lavori edilizi contestati, ma è titolare anche di un concreto interesse a ricorrere contro gli stessi.

2. Il quarto motivo di ricorso, come si diceva, è fondato.

Non è controverso tra le parti che per realizzare i lavori edilizi progettati dal contro interessato fosse necessario, oltre che il permesso di costruire, anche l'autorizzazione paesaggistica. L'area di pregio in cui sono allocate le ville delle parti private di questo giudizio è, infatti, sottoposta a vincolo di tutela paesaggistica per effetto di apposito decreto emesso nell'anno 1968.

Nel caso in esame esiste un'autorizzazione paesaggistica all'effettuazione dei lavori in esame (è stata rilasciata dallo stesso Comune ed è datata 14. 3. 2007), ma essa è viziata per illegittimità della procedura seguita per la sua emanazione.

L'art. 81, co. 5, della l.r. 12/05 stabilisce, infatti, per le autorizzazioni paesaggistiche di competenza dei Comuni che:

Per le autorizzazioni paesaggistiche di competenza, ai sensi dell'articolo 80, commi 1 e 5, dei comuni o degli enti gestori dei parchi regionali, sino all'istituzione delle rispettive commissioni per il paesaggio, il parere obbligatorio previsto dal comma 3 è reso dalla commissione edilizia, ove esistente, del comune territorialmente competente, integrata da almeno due esperti in materia di tutela paesaggistico-ambientale. La commissione edilizia formula il parere di competenza alla presenza di almeno uno degli esperti, le cui valutazioni devono essere riportate per esteso nei verbali di seduta, allegando relazione scritta. Qualora la commissione edilizia non sia

stata istituita, il regolamento edilizio comunale attribuisce esclusivamente ai suindicati esperti le predette funzioni valutative.

La normativa regionale, pertanto, chiede espressamente, per la fase transitoria che precede l'istituzione delle apposite Commissioni per il paesaggio, un parere della Commissione edilizia integrata da esperti in materia di tutela paesaggistico-ambientale, e chiede che le valutazioni dell'esperto ambientale siano riportate per esteso nei verbali di seduta, allegando relazione scritta.

Nel caso di specie, la Commissione edilizia comunale si è riunita in due occasioni per l'esame del progetto di recupero del sottotetto censurato in questo giudizio, il 13. 12. 2006 ed il 7. 2. 2007, e gli stringatissimi verbali da essa redatti non danno conto di alcuna relazione degli esperti ambientali, che non è infatti presente nella pratica edilizia del Comune e non è mai stata trasmessa alla Soprintendenza per l'espressione dei poteri ex art. 146, co. 6, d.lgs. 42/04. Il verbale di data 13. 12. 2006 consta infatti di una sola frase con cui la Commissione aveva dettato sintetiche prescrizioni; il verbale di data 7. 2. 2007 consta, infatti di sole due parole ("parere favorevole"), annotate in calce al precedente verbale con l'aggiunta a fianco della nuova data e delle firme degli intervenuti (illeggibili).

In questi stringatissimi documenti (prodotti in giudizio dalla difesa del controinteressato in data 12. 11. 2008) non v'è traccia né della motivazione delle scelte della Commissione edilizia, né della relazione dell'esperto ambientale che ad essa avrebbe dovuto essere allegata.

Non si tratta di mere irregolarità procedurali superabili da una lettura sistematica dei provvedimenti autorizzatori. Se, infatti, non è necessario che la "relazione scritta" dell'esperto ambientale contenente le sue "valutazioni" sia allegata al verbale, ma si può ritenere sufficiente che sia in esso contenuto, occorre pur sempre che questa relazione scritta vi sia e che queste valutazioni siano state espresse.

Le valutazioni dell'esperto ambientale in seno alla Commissione edilizia integrata hanno, infatti, una importanza centrale nel sistema di tutela paesaggistica disegnato dal legislatore regionale. Esse, infatti, sono lo strumento scelto dalla l.r. 12/05, per il periodo transitorio che precede la istituzione delle Commissioni per il paesaggio, per tutelare le specificità del valore "paesaggio" e per impedire che le funzioni amministrative relative alla salvaguardia dello stesso siano annegate nelle valutazioni dei meri profili di compatibilità urbanistica dell'intervento edilizio progettato.

Le valutazioni dell'esperto ambientale sono talmente importanti che, nell'inciso finale dell'art. 81, co. 5, l.r. 12/05, il legislatore stabilisce che si può fare a meno della Commissione edilizia, ma non si può fare a meno dell'esperto ambientale, che in tale ultimo caso dovrà rendere il parere in forma individuale.

Le scelte effettuate dal legislatore lombardo sull'autonomia del giudizio paesaggistico reso dagli esperti ambientali, rispetto al giudizio di compatibilità urbanistica reso dalla Commissione edilizia, non possono essere considerate come un mero formalismo superabile con una lettura corretta delle norme, ma costituivano, al contrario, una strada obbligata.

Nel momento, infatti, in cui la l.r. 12/05, con l'art. 80, ha attribuito ai Comuni le funzioni amministrative a tutela del paesaggio, essa doveva necessariamente individuare dei contrappesi che isolassero il giudizio di compatibilità paesaggistica (di competenza tradizionalmente dello Stato e delle Regioni, ed ancora recentemente definito da Consiglio di Stato, sez. VI, 15 maggio 2007, n. 1255, come uno "*strumento affidato dall'ordinamento allo Stato, come estrema difesa del paesaggio, valore costituzionale primario*") dal giudizio di conformità urbanistica (tradizionalmente di competenza dei Comuni).

Di fronte, infatti, alle spinte localistiche che avevano indotto diversi legislatori regionali ad un trasferimento verso il basso delle funzioni di tutela del paesaggio, la Corte Costituzionale aveva, infatti, rilevato con sentenza 20 aprile 2006 n. 182 che "*la giurisprudenza costituzionale ha ammesso che le funzioni amministrative, inizialmente conferite alla Regione, possano essere attribuite agli enti locali (sentenze n. 259 del 2004 e n. 214 del 2005, in materia ambientale), ma è l'impronta unitaria della pianificazione paesaggistica che è assunta a valore imprescindibile, non derogabile dal legislatore regionale in quanto espressione di un intervento teso a stabilire una metodologia uniforme nel rispetto della legislazione di tutela dei beni culturali e paesaggistici sull'intero territorio nazionale: il paesaggio va, cioè, rispettato come valore primario, attraverso un indirizzo unitario che superi la pluralità degli interventi delle amministrazioni locali*".

L'assorbimento delle funzioni amministrative a tutela del paesaggio (di competenza tradizionalmente degli enti territoriali superiori) in quelle a tutela dell'ordinato sviluppo del territorio (di competenza dei vari organi del Comune, e tra questi anche della Commissione edilizia) si porrebbe, pertanto, "*in contraddizione con il sistema di organizzazione delle competenze delineato dalla legge statale a tutela del paesaggio, che costituisce un livello uniforme di tutela, non derogabile dalla Regione*" (sempre la sentenza 182/06 cit.).

Una norma che avesse demandato il parere di compatibilità paesaggistica alla mera competenza di un organo comunale, quale la Commissione edilizia, sarebbe andata incontro, pertanto, a possibili censure di costituzionalità. La valorizzazione del giudizio autonomo di compatibilità paesaggistica dell'esperto ambientale sedente in seno alla Commissione edilizia costituisce, pertanto, lo strumento attraverso cui il legislatore regionale ha inteso adeguarsi alle prescrizioni della Corte Costituzionale sull'autonomia della tutela paesaggistica rispetto alla tradizionale gestione urbanistica del territorio.

Neanche si può assumere che l'espressione di un parere, che comunque è stato favorevole, sia assorbente di per sé e non abbisogni di essere accompagnato da una motivazione specifica che dettagli le scelte della Commissione e dell'esperto ambientale in particolare.

Si versa, infatti, in una materia in cui, con l'imposizione del vincolo, vi è già stata a monte una valutazione di un organo sovraordinato sull'esistenza di un particolare interesse pubblico alla conservazione dell'aspetto paesaggistico dei luoghi vincolati. In presenza di tale valutazione di carattere generale, pertanto, il provvedimento con cui si rilascia l'autorizzazione paesaggistica non può limitarsi ad assentire l'intervento edilizio, ma deve specificamente spiegare i motivi che rendono compatibile con il vincolo l'attività edilizia richiesta (nello stesso senso *ex plurimis*, in una fattispecie relativa ad autorizzazione in sanatoria, Tar Liguria, sez. I, 16 dicembre 2005, n. 1710, secondo cui il parere paesaggistico *"deve essere rilasciato unitamente ad una congrua motivazione che descriva i criteri e le regole seguite per ritenere o meno la compatibilità o meno dell'opera con il vincolo imposto sull'area"*). Si è, d'altronde, in presenza di uno di quegli *"interessi di ordine primario e beni essenziali della collettività custoditi nelle norme degli artt. 9 e 32 Cost."* (Cons. Stato, sez. IV, n. 5287/01), che per disposizione generale sono stati sottratti alla regola secondo cui la mancanza di espressione del parere nei termini previsti equivale a parere positivo (art. 16 l. 241/90), indice ulteriore del fatto che, in presenza di valori paesaggistici riconosciuti con l'imposizione del vincolo, occorre motivare specificamente il perché si ritenga l'intervento compatibile con il vincolo.

Non si può da ultimo ritenere, come vorrebbe la difesa del controinteressato, che l'irregolarità procedurale commessa dal Comune di Tremezzo non dia luogo ad annullamento del provvedimento impugnato in applicazione della norma dell'art. 21 *octies* l. 241/90. L'autorizzazione paesaggistica è espressione, infatti di un giudizio che è contemporaneamente

sia discrezionale in senso proprio che tecnico-discrezionale (Tar Palermo, sez. II, 4 maggio 2007, n. 1252: *in tema di autorizzazione paesaggistica, la competenza comporta una valutazione complessa, di natura tecnico-discrezionale, che, nel sistema costituzionale delle tutele territoriali, deve tenere conto di due variabili: sul piano tecnico-scientifico, la compatibilità va accertata sulla base di parametri obiettivi e, come tali, suscettibili di sindacato, e non già in relazione ad arbitrari e subiettivi convincimenti disancorati da un attendibile e sicuro riferimento a convinzioni scientifiche sufficientemente condivise; sul piano puramente amministrativo, la ponderazione comparativa degli interessi che la p.a. deve operare nel negare o concedere l'autorizzazione, deve tenere necessariamente conto del carattere pluralistico che la Costituzione repubblicana ha impresso all'esercizio della funzione amministrativa, e segnatamente al carattere relativo della tutela paesaggistica rispetto ad altri valori od interessi pure costituzionalmente tutelati*) che impedisce l'applicazione di una norma quale quella dell'art. 21 octies l. 241/90 che è riservata ai provvedimenti espressione di attività vincolata (Tar Liguria, sez. I, 19 dicembre 2006, n. 1711: *il difetto di motivazione dell'autorizzazione paesaggistica non sia qualificabile nella specie alla stregua di un vizio di forma ai sensi dell'art. 21 octies comma 2 l. n. 241 del 1990, atteso che sottende all'esplicazione di un giudizio connesso alla tutela di interessi primari di tutela ex art. 117 lett. s) Cost., né l'autorizzazione paesaggistica può qualificarsi come atto vincolato, trattandosi di valutazione di compatibilità rispetto ai vincoli sussistenti in loco pienamente discrezionale*).

L'annullamento dell'autorizzazione paesaggistica del 14. 3. 2007 travolge anche il titolo abilitativo edilizio rilasciato due giorni dopo. Al contrario di quanto sostenuto nelle difese del controinteressato, infatti, il regolare rilascio di autorizzazione paesaggistica è atto presupposto dell'emanazione del titolo edilizio (in senso esplicito Tar Bari, sez. II, 5 settembre 2005, n. 3780: *la valenza di atto presupposto, e non più di atto integrativo dell'efficacia, attribuita all'autorizzazione paesaggistica dal codice Urbani, importa l'acquisizione dell'autorizzazione paesaggistica ovvero dell'accertamento a sanatoria, laddove eccezionalmente consentito, prima dell'adozione del provvedimento sulla legittimità o meno dell'intervento edilizio; nello stesso senso, peraltro, anche Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2007, n. 1255; Tar Liguria, sez. I, 12 gennaio 2007, n. 24*).

3. E' fondato altresì il nono motivo di ricorso, che deduce la violazione della convenzione di lottizzazione del 25. 9. 1987 in cui tutti i proprietari si erano obbligati a non aumentare la volumetria prevista in progetto per ciascun lotto.

L' art. 3 della convenzione di lottizzazione (prodotta dalla ricorrente tra gli allegati al doc. 3) dispone, infatti, che *“la soluzione planivolumetrica è vincolante, fatte salve limitate modificazioni e spostamenti che si rendessero necessari in sede di progetto esecutivo, a condizione che non venga modificato l'assetto generale del piano, non venga aumentata la volumetria complessiva dei singoli lotti ...”*. La disposizione invocata dalla ricorrente è proprio quest'ultima, che vincola i proprietari dei lotti che vennero edificati nel contesto della lottizzazione in esame (e per essi, i loro aventi causa; sulla natura *propter rem* dell'obbligazione in parola, cfr. per tutte Cass. civile, sez. II, 27. 8. 2002, n. 12571; nel caso in esame il vincolo agli aventi causa è imposto anche contrattualmente nell'art. 12 della convenzione), a non aumentare la volumetria di ciascuno di essi.

Va rilevato che, a differenza di quanto dedotto dalla difesa del controinteressato, tale obbligazione di non aumentare la volumetria non era affatto scaduta alla data di rilascio del provvedimento impugnato. Nel complesso sistema di reciproci diritti, obblighi e poteri che nasce tra le parti della convenzione urbanistica per effetto della stipula stessa sono, infatti, soltanto i poteri espropriativi recepiti nel piano di lottizzazione che sono sottoposti al termine decennale dei piani particolareggiati (Tar Lazio, sez. II, 30 settembre 2008 , n. 8641: *Alle convenzioni di lottizzazione, in assenza di una specifica disposizione che regoli il termine massimo di validità, si applica in via analogica il termine massimo di dieci anni dettato per i piani particolareggiati dall'art. 16, l. 17 agosto 1942 n. 1150, applicabile, però, solo alle disposizioni di contenuto espropriativo e non anche alle prescrizioni urbanistiche che rimangono pienamente operanti e vincolanti senza limiti di tempo; in termini ancora più specifici v. anche Consiglio di stato, sez. V, 20 marzo 2000, n. 1509, secondo cui “la scadenza d'una convenzione di lottizzazione edilizia già attuata non fa venir meno gli obblighi da essa scaturenti, con riguardo al mantenimento anche per il futuro della sistemazione edilizia prevista per l'area lottizzata”*).

I reciproci obblighi di non aumentare la volumetria assunti dai lottizzanti non sono disponibili dal Comune (mediante una procedura di modifica degli strumenti urbanistici) o dal legislatore regionale (mediante le norme derogatorie sul recupero abitativo dei sottotetti che superano le diverse previsioni degli strumenti urbanistici, ma che non possono derogare ad un obbligo

reciproco concordato tra privati), perché sono anzitutto un accordo assunto in autonomia contrattuale da soggetti dell'ordinamento giuridico.

Gli obblighi che hanno assunto i proprietari tra loro (quale quello in esame di non aumentare mai la volumetria) sono, infatti, anzitutto obblighi di diritto civile, che conformano le rispettive proprietà, e che non sono riducibili al mero ruolo di fonte (privata) di vincoli alla potestà urbanistica della pubblica amministrazione, che li renderebbe superabili da un piano sopravvenuto incompatibile con essi o da una previsione di legge derogatoria delle norme di piano.

Nelle convenzioni urbanistiche esistono, infatti, oltre *“all'aspetto della regolamentazione (urbanistica) dettata con la convenzione di lottizzazione”* anche l'aspetto dei *“rapporti interni, di debito/credito, tra lottizzanti”* (Tar Sardegna, sez. II, 14 marzo 2007, n. 451).

Questo non significa che l'accordo tra i proprietari in ordine alla sistemazione dell'area non possa essere superato se il Comune ritenga che esista il superiore interesse pubblico di dare all'area oggetto della lottizzazione una sistemazione urbanistica differente (ad esempio, per usare un'immagine di facile presa, trasformando un'area di villette di pregio, quale quella in esame, in un'area di condomini multifamiliari per consentire di avere il panorama sul lago di Como anche a fasce sociali di soggetti meno abbienti), ma questo può essere effettuato attraverso una procedura che coinvolga tutti i proprietari interessati (Cons. Stato, sez. IV, 27 giugno 2008 n. 3255: *le convenzioni di lottizzazione hanno natura di accordi sostitutivi del provvedimento, ai sensi dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e - come tali - non possono essere modificate senza il coinvolgimento di tutti i loro originari firmatari. Con ciò, naturalmente, non si vuole affermare che la convenzione possa essere variata solo e unicamente con l'unanimità dei consensi dei firmatari: tuttavia, è necessario il loro previo coinvolgimento, e l'ordinamento predispose gli strumenti per comporre o superare gli eventuali dissensi (si veda, in materia di lottizzazioni, quanto previsto dagli ultimi due commi dell'art. 28 della legge 17 agosto 1942, n. 1150, come modificati dalla legge 6 agosto 1967, n. 765; sul punto cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 19 febbraio 2008, n. 534).*

Posto, dunque, che l'obbligo reciproco di non aumentare la volumetria era ancora vigente al momento di rilascio del permesso di costruire, e che esso non è superabile dalle previsioni derogatorie in tema di recupero abitativo dei sottotetti, va verificato a questo punto in che modo essa incida sull'oggetto del presente giudizio. Con la precisazione, peraltro, che nel caso in esame si verte non nella giurisdizione generale di legittimità, ma in una ipotesi di

giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (sia ex art. 34 d.lgs. 80/98, sia per la norma specifica di cui all'art. 11 l. 241/90 vista la ritenuta assimilabilità delle convenzioni urbanistiche agli accordi sostitutivi di provvedimento, su cui v. da ultimo Cons. Stato, sez. IV, 27 giugno 2008 n. 3255). L'esistenza di una giurisdizione esclusiva sulla materia comporta che l'esame dovrà essere condotto non soltanto sulla validità del provvedimento impugnato (permesso di costruire), ma anche sull'interrezza del rapporto sottostante tra le parti dell'odierno giudizio (il proprietario ricorrente; il proprietario intenzionato ad edificare; il Comune).

L'esistenza di un obbligo convenzionale tra i proprietari dell'area di lottizzazione a non aumentare le volumetria dei singoli lotti avrebbe dovuto indurre il Comune a non rilasciare il permesso di costruire in esame. Se, infatti, per regola generale, gli obblighi civilistici non incidono sui titoli abilitativi degli interventi edilizi che, per definizione, sono rilasciati sempre salvo diritti dei terzi (art. 11, co. 3, d.p.r. 380/01; art. 35, co. 3, l.r. 12/05), è vero anche però che il Comune è tenuto a comunque a verificare la disponibilità civilistica dell'intervento da parte del richiedente quando ciò possa essere controverso per notizia agli atti dell'amministrazione comunale (arg. ex Cons. Stato, sez. IV, 25 novembre 2008 n. 5811: *il Comune è tenuto a verificare la legittimazione soggettiva del richiedente, con il solo limite di non poter procedere d'ufficio ad indagini su profili della stessa che non appaiano controversi. E se è vero che il potere-dovere così delineato in capo all'Amministrazione può limitarsi alla verifica dell'esistenza del possesso dell'area, e cioè del concreto esercizio, da parte del richiedente il titolo, del potere sulla cosa, che si concreta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale, tale accertamento attiene pur sempre ad un livello minimo di istruttoria, che va superato ed approfondito allorché, problematiche di asserita, indebita, appropriazione del fondo altrui insorgano già all'atto della domanda; alla stregua del principio nella specie è stata ritenuta illegittima - per difetto di istruttoria adeguata - una autorizzazione, tacitamente assentita, per il fatto che il Comune non aveva adeguatamente valutato, pur in presenza di contestazioni circa la titolarità dell'area, il presupposto della disponibilità dell'area previsto dalle richiamate disposizioni*).

In un caso, quale quello di specie, in cui l'autorità comunale era a conoscenza del fatto che la zona era interessata da una lottizzazione, e dell'esistenza di una convenzione che regolava gli obblighi reciproci tra le parti, il Comune avrebbe dovuto pertanto verificare le limitazioni convenzionali all'edificazione esistenti nell'area in esame e negare il titolo abilitativo

richiesto. Ne consegue che l'esistenza della clausola pattizia di non aumento della volumetria non incide soltanto sul rapporto sottostante tra le parti private di questo giudizio, ma anche sulla validità del provvedimento impugnato, che pertanto deve essere annullato anche sotto questo ulteriore profilo.

4. Restano assorbiti gli ulteriori motivi formulati in ricorso. Infatti, "*nel giudizio amministrativo, l'accoglimento di una censura, che sia in grado di provocare la caducazione dell'atto impugnato, fa venire meno l'interesse del ricorrente all'esame degli altri motivi da parte del giudice e la potestà di questi di procedere a tale esame, autorizzando la dichiarazione di assorbimento*" (Cons. Stato, sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4829).

5. La ricorrente ha formulato anche una domanda di risarcimento del danno cagionato dall'attività amministrativa illegittima, che però deve essere respinta.

L'accoglimento della domanda principale di annullamento del provvedimento impugnato comporta, infatti, l'effetto di rendere *sine titulo* i lavori edilizi parzialmente realizzati dal controinteressato. La mancanza di un titolo legittimante i lavori in esame ne comporta l'obbligo di rimessione in pristino.

La rimessione in pristino, rimuovendo il manufatto parzialmente edificato che ledeva la proprietà della ricorrente, ne soddisfa gli interessi in forma specifica e completa, non facendo residuare ulteriori danni da ristorare (soltanto) per equivalente.

E' il caso di precisare in termini di teoria generale (per le ricadute che tale configurazione ha sulle azioni che dovrà ancora proporre la ricorrente per ottenere la soddisfazione materiale del proprio interesse) che l'obbligo di rimessione in pristino non può essere considerato una forma di accoglimento in forma specifica della domanda risarcitoria, perché esso costituisce l'effetto della pronuncia di annullamento del provvedimento impugnato, e non l'oggetto della autonoma domanda risarcitoria. Il risarcimento in forma specifica, d'altronde, deve costituire pur sempre una soddisfazione succedanea (pur se mediante l'attribuzione delle stesse utilità perse con il comportamento antiggiuridico) dell'interesse leso, e non è ipotizzabile quando dall'accoglimento della domanda principale consegue la reintegrazione nello *status quo* antecedente alla proposizione della domanda.

L'obbligo di rimessione in pristino, in quanto effetto della pronuncia di annullamento, potrà essere ottenuto in sede giurisdizionale, se non vi provvede il Comune emettendo un apposito

provvedimento con tale oggetto, nelle forme del giudizio di ottemperanza ex art. 27, n. 4, t.u. C.d.S..

6. In ragione della evoluzione della vicenda, delle alterne pronunce in sede cautelare, e della relativa complessità delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. II, così definitivamente pronunciando,

Accoglie il ricorso in epigrafe, e per l'effetto annulla il permesso di costruire n. 76/06 del 16. 3. 2007 e la relativa autorizzazione paesaggistica datata 14. 3. 2007.

Respinge la domanda di risarcimento del danno.

Compensa tra le parti le spese di lite.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 4. 12. 2008, con l'intervento dei signori magistrati

Mario Arosio, Presidente

Silvana Bini, Referendario

Carmine Russo, Referendario relatore.

L'estensore

Il Presidente