

sentenza
13 marzo 2009
n. 1924

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. 2170 del 2007 proposto da

Tamborini Federica

rappresentata e difesa, dapprima, per procura a margine del ricorso, dagli avv.ti Simona Panara e Maria Alessandra Forcellati, ed elettivamente domiciliata presso la Segreteria del TAR; quindi, per procura in calce all'atto di revoca del mandato a detti difensori (depositato il 22.12.2008), dagli avv.ti Antonino Brambilla e Barbara Alessandro, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Milano, via Soperga 14/A

c o n t r o

Comune di Lacchiarella

in persona del Sindaco *pro tempore*, Luigi Acerbi, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Angela Ghezzi di Pavia, elettivamente domiciliato in Milano, corso di Porta Romana 1, presso lo studio dell'avv. Riccardo Bullo nei confronti di

Bollina Tamara e Riva Nicoletta

controinteressate e ricorrenti incidentali, rappresentate e difese dall'avv. Enzo Giacometti, presso il cui studio sono elettivamente domiciliate in Monza, via De Amicis 6

per l'annullamento

delle seguenti ordinanze emesse dal responsabile del Settore gestione del territorio:

- ordinanza 26 luglio 2007 n. 30/GT/2007 (prot. 9573), notificata il 27.7.07, con cui è stata disposta la demolizione di un edificio destinato ad autorimesa sito in via Giovanni XXIII n. 6, in quanto realizzato in parziale difformità dalla d.i.a. n. 126/06 del 15.11.06, e in difformità dagli strumenti urbanistici vigenti per violazione delle distanze dai confini e da pareti finestrate [ricorso, notificato il 24/26-27 settembre, depositato il 23 ottobre 2007; ricorso incidentale notificato il 6 e il 7, depositato il 16 novembre 2007];

- ordinanza 25 marzo 2008 n. 9/GT/2008 (prot. 42390), notificata il 26.3.08, che ha reiterato l'ordine di demolizione, ex art. 33 comma 1 d.p.r. 380/01, delle opere eseguite in difformità della d.i.a. [motivi aggiunti notificati il 22/26 maggio, depositati il 13 giugno 2008].

Visto il ricorso;

Visti la memoria di resistenza e il ricorso incidentale delle controinteressate;

Visti i motivi aggiunti;

Vista la memoria di costituzione e difesa del Comune depositata il 26.6.08;

Vista la memoria delle controinteressate sui motivi aggiunti;

Viste le ulteriori memorie delle parti;

Visti atti e documenti di causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 4 marzo 2009, relatore il dott. Carmine Spa-

Sezione 2[^]

n.
reg. sent.

n. 2170/07
reg. ric.

davecchia, l'avv. Alessandro, l'avv. Ghezzi e l'avv. Giacometti;
Considerato quanto segue in

FATTO e DIRITTO

1. Con ordinanza 26 luglio 2007 n. 30 il responsabile del Settore gestione del territorio disponeva la demolizione di un edificio destinato ad autorimessa sito in via Giovanni XXIII n. 6, in quanto realizzato: in parziale difformità dalla d.i.a. n. 126/06, presentata dalla ricorrente il 15.11.06; in difformità dagli strumenti urbanistici vigenti; in violazione delle distanze dai confini e da pareti finestrate, e precisamente "ad una distanza di confini inferiore a m 5,00 e non in aderenza come disposto dall'art. 2.12 delle N.T.A. vigenti", nonché "ad una distanza da pareti finestrate inferiore a m 10".

La ricorrente impugnava l'ordinanza con il ricorso introduttivo, chiedendone la sospensione cautelare.

Le controinteressate, proprietarie di un edificio ad uso abitativo sito in via D'Acquisto 5, a confine con l'immobile della ricorrente, ed ivi residenti, resistevano e proponevano ricorso incidentale, chiedendo l'annullamento della stessa ordinanza per avere essa qualificato l'abuso in termini di difformità parziale dalla d.i.a., anziché rilevare la totale difformità della d.i.a. per violazione delle distanze; e per avere disposto la demolizione delle opere realizzate "in difformità" dalla d.i.a. anziché "in base" alla d.i.a.

L'ordinanza veniva sospesa in sede cautelare per omessa comunicazione di avvio del procedimento (ordinanza 14.11.2007 n. 1695 della Sezione); quindi, previo contraddittorio procedimentale, veniva annullata dal Comune in via di autotutela con ordinanza 25 marzo 2008 n. 9, che reiterava contestualmente l'ordine di demolizione delle opere per violazione della distanza minima (10 metri) dalle pareti finestrate della vicina abitazione.

2. La ricorrente ha impugnato detta ordinanza con sei motivi aggiunti, chiedendo altresì, in caso di reiezione del ricorso, il risarcimento del danno per avere il Comune omesso di rilevare tempestivamente l'abusività del manufatto realizzato in base a d.i.a.

Queste le censure dedotte: (1) conformità del manufatto alla d.i.a., "mai revocata dall'Amministrazione"; (2) violazione dell'art. 21-*nonies* legge n. 241/90, non sussistendo le condizioni per l'esercizio dell'autotutela, anche in considerazione dell'intervallo temporale (diciotto mesi) tra la presentazione della d.i.a. e l'ordine di demolizione; (3) violazione delle garanzie di partecipazione procedimentale, non avendo la ricorrente preso parte al sopralluogo del 16 febbraio 2008, avvenuto a soli cinque giorni di distanza dalla comunicazione di avvio del procedimento, e prima della scadenza del termine per la presentazione di memorie e documenti; (4) conformità della d.i.a. all'art. 2.12 delle n.t.a., che consente la costruzione di edifici destinati ad autorimesse o locali di servizio fino a m 2,50 di altezza "in corrispondenza al confine", purché non vengano compromessi i requisiti di aeroilluminazione di edifici esistenti, requisiti la cui sussistenza la ricorrente ritiene di avere dimostrato; in ogni caso, il Comune avrebbe potuto chiedere di portare a confine il manufatto, e non disporre la demolizione; (5) disparità di trattamento, avendo il Comune tollerato o autorizzato analoghi abusi, compreso il box delle stesse controinteressate, che fronteggia le pareti finestrate delle ricorrenti a distanza inferiore a dieci metri; (6) omesso accertamento, da parte del Comune, delle distanze, nonché della preesistenza di un muro a confine, di circa due metri di altezza, in mattoni forati, interposto tra il box

in contestazione e la parete finestrata dell'edificio delle controinteressate. Sui motivi aggiunti hanno controdedotto sia il Comune (costituitosi in giudizio), sia le controinteressate (con una seconda memoria di resistenza). La domanda cautelare, respinta in primo grado (ord.za 2.7.08 n. 1007 della Sezione), è stata accolta in appello (ord.za 23.9.08 n. 5008 del Consiglio di Stato, Sez. IV).

3. Ciò premesso, il Collegio osserva quanto segue.

Il ricorso introduttivo e il ricorso incidentale sono improcedibili, investendo l'ordinanza 26 luglio 2007 n. 30 che il Comune ha annullato in via di autotutela, reiterando il procedimento sanzionatorio.

I motivi aggiunti investono l'ordinanza 25 marzo 2008 n. 9, emessa dopo la reiterazione del procedimento previa comunicazione di avvio all'interessata. L'ordinanza muove dal rilievo che la distanza tra il box (oggetto della d.i.a. n. 126/06) e la parete finestrata dell'abitazione dei confinanti a est è di m. 7,50, inferiore quindi alla distanza minima di m 10,00 prescritta dall'art. 9 del decreto ministeriale 2 aprile 1968 n. 1444 e dall'art. 2.13 delle n.t.a. del p.r.g., sicché "i lavori eseguiti devono intendersi realizzati in difformità dalla vigente normativa in materia di distanza dagli edifici delle pareti finestrate nonché dagli strumenti urbanistici vigenti".

Su tale premessa l'ordinanza dispone, ex art. 33 primo comma d.p.r. 8 giugno 2001 n. 380 (t.u. in materia edilizia), la demolizione delle opere eseguite in difformità dalla d.i.a., con restituzione dei luoghi in pristino stato.

Ora, la violazione della distanza rilevata dal Comune è circostanza pacifica, sia perché non è fatta oggetto di contestazione (il quarto motivo di ricorso riguarda la distanza dal confine, e non quella tra fabbricati), sia perché risulta da un documento formato dalla stessa ricorrente, e cioè dalla tavola "U", prodotta sub doc. 5, recante la "dimostrazione grafica della salvaguardia" dei requisiti di aerolluminazione dell'edificio di proprietà Bollina.

Dalla tavola "U" risulta che la distanza tra detto edificio e la recinzione è di m 6,39; e poiché la distanza tra recinzione e box non supera il metro, ne risulta una distanza complessiva tra i fabbricati inferiore a quella regolamentare.

4. E' alla luce di questo indiscutibile dato sostanziale - che comporta l'illegittimità della costruzione, non conforme allo strumento urbanistico ed alla normativa di rango superiore - che vanno valutate le censure mosse dalla ricorrente con i motivi aggiunti.

La censura sub (1) è infondata, perché, a prescindere dalla legittimità della d.i.a. (su cui si ritornerà in seguito), il box realizzato non corrisponde al progetto. Il progetto presenta infatti una costruzione sul confine di proprietà e senza edifici frontistanti, laddove il box è stato realizzato non solo a distanza dal confine, ma di fronte alla parete finestrata di altro fabbricato (delle controinteressate) a distanza inferiore a quella minima.

La censura sub (2) muove dalla premessa che il Comune abbia annullato la d.i.a. nell'esercizio non corretto della potestà di autotutela.

In realtà l'ordinanza si limita a rilevare la difformità del manufatto rispetto alla d.i.a. (e alla normativa sostanziale), senza pronunciarsi esplicitamente sulla legittimità della d.i.a.

Ma, poiché dispone la demolizione dell'opera e il ripristino dello stato dei luoghi (e non già la conformazione del manufatto alla d.i.a.), il suo contenuto risulta più ampio di quello esplicitato, nel senso che essa finisce per avere

come proprio implicito presupposto l'annullamento degli effetti della d.i.a.

Ciò non comporta, tuttavia, l'illegittimità dell'ordinanza, perché:

- in primo luogo, vertendosi in tema di violazione delle distanze nei rapporti di vicinato, l'interesse pubblico al ripristino della legalità è *in re ipsa*, e coincide con la prevalenza che va necessariamente assicurata alla posizione del vicino, il quale vanta un diritto pieno al rispetto della distanza regolamentare; tanto più che questo diritto, dapprima esercitato in sede stragiudiziale (attraverso la richiesta di interventi repressivi rivolta al Comune), è stato poi azionato dalle vicine confinanti in sede giurisdizionale, sia nel presente giudizio (in veste di controinteressate), sia in altro giudizio (in veste di ricorrenti dirette contro la d.i.a.: ricorso n. 1956/07, tuttora pendente);

- in secondo luogo, una specifica motivazione sull'interesse pubblico occorre solo se le opere risultino ultimate da lungo tempo, e purché il rilascio (o la formazione) del titolo invalido non sia correlato ad imprecisioni progettuali addebitabili al privato richiedente la concessione (cfr. Cons. giust. amm. 27.10.06 n. 588), o che abbia dato causa all'illegittimità dell'atto mediante dichiarazioni infedeli (Cons. Stato V 1.7.02 n. 3599), o mediante una erronea rappresentazione dei fatti, non importa se dolosa o colposa (Cons. Stato V, 12.10.04 n. 6554).

Nel caso in esame, la rappresentazione dello stato di fatto e di progetto emergente dagli allegati alla d.i.a. è in parte lacunosa, in parte difforme dalla realtà.

Gli elaborati grafici allegati alla d.i.a. rappresentano lo stato di fatto in modo incompleto, isolato dal contesto, senza relazione alcuna con le proprietà finitime e gli edifici circostanti, senza indicazione delle distanze; per giunta, nell'estratto di p.r.g. (tav. 1, in data 19.11.06) il box in progetto è localizzato sul confine, in un angolo della proprietà della ricorrente, senza edifici frontistanti, mentre in realtà il box fronteggia la parete finestrata dell'abitazione delle controinteressate, a distanza non regolamentare.

A tale stregua non assume rilievo il decorso del tempo, peraltro breve, tra d.i.a. (15.11.06) e intervento repressivo del Comune (ordinanza 26.7.07); tanto più che, avendo il Comune bloccato in passato analoghe iniziative edilizie, per analoghi motivi (cfr. ordinanza 19.10.01 n. 46, che vietava la costruzione di un box su d.i.a. 1.10.01), la ricorrente non poteva essere esente da dubbi sulla legittimità dell'opera.

A legittimare l'ordinanza è comunque sufficiente, a prescindere dalla legittimità della d.i.a., il rilievo che l'opera è stata realizzata in difformità dalla rappresentazione fattane nella stessa d.i.a. e in contrasto con la normativa sulle distanze.

5. Anche la censura sub (3) è infondata. La mancata partecipazione della ricorrente al sopralluogo del 16 febbraio 2008 è irrilevante, non essendovi obbligo di effettuare in contraddittorio sopralluoghi ed accertamenti tecnici, salva la facoltà dell'interessato di contestarne le risultanze con documenti e memorie depositate nel corso del procedimento; e nel caso in esame la ricorrente non ha contestato né contesta l'esistenza di una parete finestrata frontistante il box a distanza di m. 7,50.

La censura sub (4) invoca l'art. 2.12 delle n.t.a., che consente la costruzione di edifici destinati ad autorimesse o locali di servizio "in corrispondenza al confine". Ora, a parte il rilievo che il box non è stato costruito sul confine, bensì a distanza di cm. 80 dal confine, e non in parallelo alla recinzione (cfr.

rapporti di sopralluogo 5.7.2007 e 21.2.08, con allegata documentazione fotografica: doc. 7-8 fasc. Comune), va osservato che l'art. 2.12 n.t.a. disciplina le distanze *dal confine*, ma non esonera dal rispetto della diversa distanza *tra fabbricati* che trova disciplina nell'art. 2.13 n.t.a., in conformità alla normativa inderogabile di rango superiore contenuta nell'art. 9 del d.m. n. 1444 del 1968.

D'altronde non può negarsi al box la qualifica di *costruzione* agli effetti del rispetto della distanza, trattandosi di manufatto del tutto diverso, per natura, struttura e consistenza, dal preesistente (e demolito) pergolato-portico cui il Giudice civile, in una pregressa vertenza *inter partes*, aveva negato tali caratteristiche (cfr. sentenza 8.5.2007 n. 243 del Trib. Pavia, Sez. 1[^] civile, pronunciata dal G.I. in funzione di Giudice unico, pag. 11)

Quanto alla censura sub (5), è sufficiente rilevare che non è configurabile disparità di trattamento a fronte di attività vincolate dell'Amministrazione, che è tenuta ad assicurare il rispetto delle distanze legali, a prescindere da ogni considerazione sulla legittimità delle costruzioni che la ricorrente assume come termine di riferimento.

Anche la censura sub (6) è infondata. Al di là del vizio formale dedotto (e già esaminato) in ordine al sopralluogo eseguito in assenza della ricorrente, non v'è contestazione sulla misura delle distanze accertate dal Comune. Nessun rilievo ha poi la circostanza che tra i due fabbricati (box e abitazione) si interponga una recinzione di mattoni forati, in quanto la presenza di una recinzione, ancorché in muratura, non esime dal rispetto della distanza tra fabbricati (cfr. Cons. Stato IV, 12.6.07 n. 3094).

6. La domanda di risarcimento del danno è infondata.

La denuncia di inizio di attività si configura soggettivamente come atto del privato, che autocertifica la sussistenza delle condizioni previste dalla legge per la realizzazione dell'intervento (Cons. Stato IV, 22.3.07 n. 1409); pertanto, la legittimazione all'esercizio dell'attività non è fondata su un atto di consenso dell'Amministrazione, ma trova la propria fonte direttamente nella legge (cfr. Cons. Stato V, 19.6.06 n. 3586).

Il principio di autoresponsabilità del denunciante esclude che possono ritorcersi in danno del Comune le conseguenze derivanti dall'attività edilizia intrapresa dal medesimo in difformità dalla denuncia di inizio attività o sulla base di una d.i.a. illegittima, ancorché il Comune non abbia inibito l'opera tempestivamente, o sia intervenuto con interventi repressivi tardivamente.

Tanto più ciò è vero laddove, come nel caso in esame, il mancato o intempestivo intervento del Comune sia dovuto ad una erronea o incompleta rappresentazione dello stato di fatto o di progetto da parte del denunciante (cfr., per un caso analogo, TAR Milano 2[^] 16.12.05 n. 5004).

7. Per le considerazioni esposte il ricorso va respinto. Le spese di causa possono essere compensate tra la ricorrente e il Comune; vengono poste a carico della ricorrente, secondo il criterio della soccombenza, quelle sostenute dalle controinteressate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia respinge il ricorso. Condanna la ricorrente a rifondere alle controinteressate le spese di causa, che si liquidano nella complessiva somma di € 2.500,00 (Euro duemilacinquecento), oltre IVA e CPA.; compensa le spese tra ricorrente e Comune. Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 4 marzo 2009, con l'in-

tervento dei magistrati:

Mario	Arosio	presidente
Carmin	Spadavecchia	consigliere, estensore
Silvia	Cattaneo	referendario
L'estensore		Il presidente