

N. 04493/2009 REG.SEN.
N. 04477/2004 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 4477 del 2004, proposto da:

M e M Immobiliare Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Marco Antonioli, con domicilio eletto presso Marco Antonioli in Milano, via Freguglia, 10;

contro

Comune di Gorgonzola, non costituito;

nei confronti di

Di Torna Raffaele, non costituito;

per l'annullamento

- del provvedimento emesso il 3 settembre 2004 con il quale il Comune di Gorgonzola, sospendendo ogni determinazione in ordine alla pratica n. 56/2004 ha disposto l'annullamento del permesso di costruire n. 291/2003, rilasciato il 22 dicembre 2003 per la realizzazione di un fabbricato in via Puccini n. 18, previa demolizione dell'edificio esistente;

- di ogni altro atto preordinato, presupposto e connesso a quello evocato;

nonché per la condanna della medesima amministrazione all'integrale risarcimento

dei danni subiti dalla M.e M. Immobiliare s.r.l., da determinarsi in corso di lite anche in via equitativa.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza del TAR Lombardia, Milano, sez. II, 2 aprile 2009 n. 65/09;

Vista la risposta dell'amministrazione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18/06/2009 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La società ricorrente è subentrata nella titolarità del permesso di costruire n. 291/2003 del Comune di Gorgonzola a seguito dell'acquisto del fondo sul quale erano previste le attività assentite dal Comune ed in data 12 marzo 2004 ha presentato domanda di variante al suddetto permesso. Il Comune ha però provveduto in data 9 luglio 2004 ad aprire il procedimento di annullamento del permesso di costruire ed ha chiuso il procedimento con l'annullamento in data 3 settembre 2004, motivandolo con riferimento al contrasto con la normativa urbanistica in adozione in materia di distanze dai fabbricati esistenti al confine e per contrasto con l'art. 23.1 delle n.t.a. del PRG adottato riguardanti la distanza minima da rispettare tra fabbricati fronteggianti.

Contro il suddetto atto la ricorrente ha sollevato i seguenti motivi in fatto ed in diritto.

I) Genericità della comunicazione di avvio del procedimento per mancata indicazione delle norme violate e mancata valutazione delle osservazioni

presentate.

II) Violazione del principio del *contrarius actus* per mancata acquisizione, nel procedimento di ritiro, del parere della commissione edilizia necessario al rilascio del provvedimento di primo grado.

III) Eccesso di potere per contrasto con i pareri favorevoli rilasciati durante l'iter di formazione del provvedimento annullato.

IV) Mancata indicazione dell'interesse pubblico concreto ed attuale che giustifica l'annullamento.

V) Eccesso di potere per difetto di motivazione in merito all'affidamento creato nel privato dal decorso del tempo.

VI) Falsa applicazione delle norme in materia di misure di salvaguardia e violazione dell'art. 873 c.c. in quanto le disposizioni del piano adottate diventerebbero vincolati nei rapporti tra privati solo dopo l'approvazione.

VII) Eccesso di potere in quanto l'amministrazione avrebbe cambiato l'interpretazione delle stesse norme delle n.t.a. e si sarebbe discostata dalla prassi interpretativa fin'ora seguita.

VIII) Falsa applicazione delle norme delle n.t.a. sui confini in quanto ai sensi dell'art. 878 c.c. i muri di altezza superiore a 3 metri sarebbero irrilevanti ai fini dei confini.

IX) Falsa applicazione delle norme sulle distanze dagli edifici in quanto l'edificio dal quale decorre tale distanza sarebbe posto a distanza non regolamentare.

Con l'ordinanza del T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 2 aprile 2009 n. 65/09 sono stati richiesti incompetenti istruttori ai quali l'amministrazione ha provveduto in data 20 maggio 2009.

All'udienza pubblica del 18 giugno 2009 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo la ricorrente denuncia la genericità della comunicazione di avvio del procedimento per mancata indicazione delle norme violate e la mancata valutazione delle osservazioni presentate.

Il motivo non merita accoglimento.

La comunicazione di avvio del procedimento individua in modo completo l'oggetto del procedimento, che è l'annullamento del permesso di costruire, ed in modo sommario i motivi che hanno condotto l'amministrazione ad aprirlo, consistenti nella violazione delle distanze tra fabbricati connesse ad un errore di rilevamento nel progetto ed all'entrata in vigore delle norme di attuazione del piano adottato.

Dalle successive comunicazioni intervenute tra il Comune ed il tecnico della ricorrente risultano chiariti i termini della questione in quanto il problema è stata focalizzato nel mancato rispetto delle distanze dell'erigendo edificio dal box posto a confine, mentre risulta superato dalla variante presentata il problema dell'erronea rappresentazione delle distanze. Risultano quindi sufficientemente individuate che le ragioni della controversia tra Comune e titolare del permesso a costruire per cui non è possibile ritenere che la comunicazione di avvio del procedimento fosse perplessa.

Neppure può ritenersi che il provvedimento finale sia inficiato dal vizio di mancata valutazione degli apporti procedurali dei ricorrenti in quanto il Comune ne ha preso atto ma ha ritenuto che tali osservazioni in sostanza non abbiano spostato i termini della questione.

Con il secondo motivo la ricorrente denuncia la mancata acquisizione, nel procedimento di ritiro, del parere della Commissione edilizia necessario al rilascio del provvedimento di primo grado.

Il motivo non merita accoglimento in quanto il Collegio ritiene opportuno conformarsi a quella giurisprudenza secondo la quale nel caso in cui l'atto di annullamento d'ufficio di una concessione edilizia sia sorretto unicamente da valutazioni logico-giuridiche e non anche e solo da valutazioni d'ordine tecnico-edilizio, non è viziante la mancata esibizione del parere della commissione edilizia, in quanto il parere predetto è necessario unicamente nel caso si sia in presenza di difformità da valutare sotto il profilo tecnico-edilizio, ben potendo essere omesso allorquando le valutazioni che hanno condotto all'annullamento d'ufficio rivestono carattere di valutazioni giuridico-normative (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 11 settembre 2007 , n. 2008; Consiglio Stato , sez. IV, 31 marzo 2009 , n. 1909). Nel caso in questione risulta che la violazione che ha condotto all'annullamento del titolo edilizio è consistita nel mancato rispetto delle distanze così come definite dall'art. 23.1 delle n.t.a. adottate. Tra le parti la discussione ha avuto per oggetto l'esatta interpretazione della norma con riferimento alla sua applicabilità ai muri di altezza inferiore a 3 metri, costituendo così una questione prettamente giuridica.

Con il terzo motivo la ricorrente denuncia eccesso di potere per contrasto con i pareri favorevoli rilasciati durante l'iter di formazione del provvedimento annullato.

Il motivo non merita accoglimento in quanto il procedimento di riesame dei profili di legittimità di un provvedimento comporta necessariamente una nuova valutazione della legittimità originaria dell'atto alla quale consegue, in caso di esito positivo, l'adozione di un provvedimento contrario a quello rilasciato e quindi anche agli atti endoprocedimentali acquisiti nel corso del procedimento di primo grado. Non è perciò possibile ritenere che sussista contraddittorietà tra gli atti del procedimento di riesame e quelli del procedimento di primo grado in quanto è in re ipsa che il riesame consista in un'attività esattamente contraria a quella di

amministrazione attiva.

Con il quarto ed il quinto motivo la ricorrente denuncia la mancata indicazione dell'interesse pubblico concreto ed attuale che giustifica l'annullamento e l'eccesso di potere per difetto di motivazione in merito all'affidamento creato nel privato dal decorso del tempo.

I motivi non meritano accoglimento in quanto, benché in generale per l'annullamento dei titoli edilizi non sia sufficiente la semplice esigenza di ripristinare la legalità asseritamente violata, essendo, invece, necessario anche dar conto sia della sussistenza di un interesse pubblico attuale e concreto alla rimozione del titolo edilizio sia dell'avvenuta comparazione tra tale interesse e l'entità del sacrificio imposto all'interesse privato, tale regola non trova applicazione nel caso in cui l'annullamento in autotutela di una concessione edilizia rilasciata avvenga per la violazione delle distanze minime tra fabbricati, essendo le norme sulla distanza tra fabbricati inderogabili, con la conseguenza che l'attività posta in essere dal comune è vincolata (Consiglio Stato, sez. IV, 26 maggio 2006, n. 3201).

In secondo luogo deve escludersi che il titolo edilizio abbia creato un affidamento tutelabile nel privato quando il vizio dell'atto sia rilevato dall'amministrazione entro breve termine dall'adozione dell'atto e comunque prima dell'inizio dei lavori e lo stesso privato abbia dimostrato l'intenzione di non avvalersi del titolo se non prima di aver ottenuto delle modifiche, presentando una variante con specifico riferimento ai profili, quali le distanze dai confini e tra le costruzioni, che hanno poi portato all'annullamento del titolo. Nel caso in questione non è decorso un apprezzabile lasso di tempo tra il rilascio del titolo edilizio e l'apertura del procedimento di annullamento del titolo, in quanto l'esistenza di problemi inerenti alle distanze dai confini e tra le costruzioni è risultato subito chiaro, come risulta

dal fatto che la ricorrente, subito dopo l'acquisto dell'immobile, avvenuto in data 16 febbraio 2004, ha presentato in data 12 marzo 2004 una variante volta a correggere le distanze tra i fabbricati - sia pur con riferimento a profili diversi da quelli successivamente evidenziati dall'amministrazione - come indicato nella lettera del tecnico di parte in data 26.07.2004. In secondo luogo la richiesta variante ha privato la ricorrente dell'immediata "cantierabilità" dei lavori e cioè non le permette di invocare un ipotetico affidamento creato dal titolo.

Con il sesto motivo la ricorrente denuncia la falsa applicazione delle norme in materia di misure di salvaguardia e la violazione dell'art. 873 c.c. in quanto le disposizioni del piano adottate diventerebbero vincolati nei rapporti tra privati solo dopo l'approvazione.

Il motivo non merita accoglimento.

In primo luogo occorre chiarire che il titolo edilizio è stato rilasciato dopo l'entrata in vigore delle norme di salvaguardia del piano adottato. In tale condizione il Collegio ritiene che l'annullamento del titolo edilizio emanato in contrasto con le misure di salvaguardia sia legittimo quando sia accompagnato, come nel caso in questione, dalla sospensione "di ogni determinazione in merito alla pratica n. 56/2004" in quanto produce il medesimo effetto del provvedimento soprassessorio previsto dall'art. 12 comma 3 del D.P.R. 380/01. Infatti l'atto ha prodotto l'effetto di eliminare il provvedimento adottato in contrasto con l'obbligo di soprassedere sulle domande in contrasto con il piano adottato ed ha previsto l'obbligo dell'amministrazione di riesaminare la pratica, escludendo l'effetto proprio del provvedimento di autotutela di far decadere l'intero procedimento ed obbligare il privato a presentare una nuova domanda.

Neppure può accogliersi il suddetto motivo in quanto avrebbe soddisfatto gli interessi privati posti alla base degli esposti relativi al mancato rispetto delle

distanze in quanto le relative norme sono poste a tutela di interessi pubblici, quali quelli all'ordinato sviluppo urbanistico ed alla salubrità degli edifici, indipendentemente dal fatto che abbiano come beneficiari singoli soggetti.

Da ultimo non può accogliersi tale motivo nella parte in cui afferma che le distanze tra le costruzioni previste dai piani in itinere non sarebbero efficaci fino all'approvazione finale in quanto l'indirizzo giurisprudenziale citato è riferito al diverso problema dell'applicabilità delle norme in materia standard urbanistici stabilite dal D.M. n. 1444/1968 (applicativo dell'art. 17 L. 115071942) di cui si è discusso nel passato se avessero applicazione diretta o mediata e che oggi sono considerati comunque di applicazione diretta anche tra i privati (T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 30 agosto 2007, n. 832; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 18 ottobre 2007, n. 5831).

Con il settimo motivo la ricorrente denuncia eccesso di potere in quanto l'amministrazione avrebbe cambiato l'interpretazione delle stesse norme delle n.t.a. e si sarebbe discostata dalla prassi interpretativa finora seguita.

Il motivo non merita accoglimento in quanto l'applicazione di diversa interpretazione della stessa norma a situazioni analoghe non può essere sindacata dal giudice in mancanza della prova dell'identità o della comparabilità delle situazioni denunciate. In ogni caso la difforme applicazione della norma potrà essere denunciata nelle competenti sedi giurisdizionali.

Con l'ottavo motivo la ricorrente denuncia la falsa applicazione delle norme delle n.t.a. sui confini in quanto ai sensi dell'art. 878 c.c. i muri di altezza superiore a 3 metri sarebbero irrilevanti ai fini dei confini.

Il motivo non merita accoglimento in quanto l'art. 878 c.c. relativo ai muri di cinta non può ritenersi applicabile ad edifici diversi quali un box, né tale norma risulta richiamata dalle n.t.a.. Infatti la norma è chiara nello stabilire che il suo ambito di

applicazione è limitato al muro di cinta e ad ogni altro muro isolato che, quando non abbia un'altezza superiore ai tre metri, non è considerato per il computo della distanza indicata dall'articolo 873 c.c.. La ratio dell'esclusione del muro di cinta dal computo delle distanze, infatti, si trova nella sua destinazione alla tutela del fondo delimitato da illegittima ingerenza e nelle sue caratteristiche di isolamento e di altezza (Cassazione Civile, Sez. II, 13-07-1984 n. 4116) che, evidentemente non possiede il box, il quale svolge funzione ben diversa da quella di semplice confine della proprietà.

Con il nono motivo la ricorrente denuncia la falsa applicazione delle norme sulle distanze dagli edifici in quanto sarebbero state comunque rispettate le distanze dai confini e, inoltre, l'edificio dal quale decorre tale distanza sarebbe posto a distanza non regolamentare.

Il motivo è irrilevante per quanto riguarda le distanze dai confini in quanto il provvedimento impugnato è comunque sufficientemente motivato con riferimento al mancato rispetto della distanza di m. 10 dal box, come risulta dalle osservazioni presentate dalla ricorrente al Comune (pg. 2), dalle osservazioni del tecnico di parte (pg. 2 l.b) e nella lettera di risposta del Comune in data 28 luglio 2004 prot. 10517.

Da ultimo il motivo è infondato nella parte in cui ritiene inapplicabili le distanze da immobili abusivi in quanto la Corte costituzionale ha ritenuto legittimi gli art. 872, cpv., c.c., e 17 lett. c), della l. n. 765 del 6 agosto 1967, nella parte in cui consentono di ritenere a distanza illegale, e quindi soggetto all'azione di riduzione in pristino, un edificio che ne fronteggi un altro preesistente, realizzato abusivamente perchè in totale difformità dalla licenza edilizia (Corte costituzionale, 18 aprile 1996, n. 120; Cassazione civile, sez. II, 22 dicembre 1995, n. 13072; Cassazione civile, sez. II, 09 agosto 1996, n. 7365).

La Corte costituzionale, infatti, ha evidenziato che la costruzione di un primo

edificio in violazione della concessione edilizia comporta conseguenze, anche penali, nell'ambito del rapporto fra costruttore e pubblica amministrazione; e pure i proprietari di terreni limitrofi possono attivarsi per denunciare detta irregolarità, impedirne il protrarsi, ed in particolare pretendere la osservanza delle distanze e delle altezze previste dalla legge. Ma, una volta che quel primo fabbricato sia stato realizzato, il secondo frontista, in osservanza del c.d. principio della prevenzione, è tenuto a rispettare la distanza legale tra edifici, salva l'esistenza di un titolo contrario consolidatosi per l'acquisto della corrispondente servitù.

Questa interpretazione delle norme viene giustificata da specifici motivi. Ed invero, la rilevanza giuridica della licenza, della concessione edilizia ed oggi del permesso di costruire si esaurisce nell'ambito del rapporto pubblicistico tra pubblica amministrazione e privati; gli effetti delle violazioni edilizie si muovono su due piani distinti di rapporti giuridici: uno, pubblicistico, tra costruttore ed organi pubblici preposti alla vigilanza del territorio ed alla repressione degli illeciti, l'altro, privatistico, tra lo stesso costruttore o proprietario dell'opera ed i titolari di diritti soggettivi che possono rimanere lesi dall'attività edificatoria del primo.

Da ciò consegue che il proprietario di una costruzione eseguita in violazione delle norme edilizie, mentre rimane esposto alle sanzioni previste per tali violazioni, non rimane nel contempo sprovvisto della tutela apprestata a favore della proprietà nel caso di violazione da parte di terzi delle norme che disciplinano tale diritto, poiché l'osservanza della legge può essere pretesa anche nel caso in cui il richiedente si trovi, su un piano diverso, in posizione contrastante con altre norme.

In ultimo la reiezione dei motivi di impugnazione comporta la reiezione anche della domanda risarcitoria.

Non v'è luogo a provvedere sulle spese, stante la mancata costituzione delle parti intimato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sezione seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 18/06/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Mario Arosio, Presidente

Carmine Maria Spadavecchia, Consigliere

Alberto Di Mario, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/07/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO