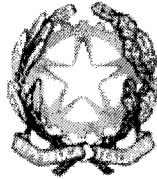


N. 00301/2010 REG.SEN.  
N. 00932/2008 REG.RIC.



**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 932 del 2008, proposto da:  
Compagnone Angela, rappresentata e difesa dagli avv. Micaela Chiesa, Vincenzo Latorraca e Mario Lavatelli, con domicilio eletto presso lo studio della prima, in Milano, corso di Porta Vittoria 47;

***contro***

Comune di San Fermo della Battaglia, rappresentato e difeso dagli avv. Elia Di Matteo ed Elisabetta Di Matteo, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Milano, via Visconti di Modrone, 3;

***nei confronti di***

Mazzucchi Costruzioni S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Michele Rocchetti, con domicilio *ex lege* presso la Segreteria del TAR;

***per l'annullamento***

- del permesso di costruire n. 3218/07 del 3 gennaio 2008 rilasciato

dal Comune di San Fermo della Battaglia a Mazzucchi Costruzioni srl;

- nonché di ogni altro atto presupposto, successivo e connesso;  
e per la condanna del Comune di San Fermo della Battaglia, ai sensi dell'art 33 e 35 D. Lvo 80/98 e dell'art 7 L. 205/2000, alla reintegrazione in forma specifica e al risarcimento dei danni per illegittimità del provvedimento impugnato.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di San Fermo della Battaglia e della società Mazzucchi Costruzioni S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Uditi nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2009, relatore la dott.ssa Silvana Bini, l'avv. Mario Lavatelli per la ricorrente, l'avv. Elia Di Matteo per il Comune intimato e l'avv. Michele Rocchetti per la società controinteressata.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

La ricorrente espone:

di essere proprietaria di un immobile destinato a casa di abitazione nel Comune di San Fermo della Battaglia, che confina a sud con la proprietà della Società Mazzucchelli Costruzioni;  
a favore della suddetta Società è stato rilasciato, nel corso del 2007,

un primo permesso di costruire (n. 3194/2007, impugnato con ricorso n. 2577/2007); dopo la presentazione della variante essenziale, il permesso di costruire n. 3218 del 3.1.2008; di aver presentato una relazione tecnica in data 31.3.2008, chiedendo il riesame della pratica.

Avverso il permesso di costruire la ricorrente articola le seguenti censure:

- 1) Violazione dell'art 38 L.R. 12/2005; eccesso di potere per contraddittorietà con il permesso di costruire n. 3194 del 2.7.2007: in quanto il primo permesso di costruire non è stato annullato;
- 2) Violazione dell'art 7 L. 241/90: al ricorrente non è stata inviata la comunicazione di avvio del procedimento;
- 3) Violazione dell'art 20 del Piano delle Regole: la norma prescrive una serie di elaborati per gli interventi soggetti a permesso di costruire, che nel caso de quo non sono stati prodotti;
- 4) Violazione degli artt. 36 e 38 n. 3 della L.R. 12/2005; eccesso di potere per contraddittorietà intrinseca: viene rilasciato un nuovo permesso di costruire a fronte di una domanda di variante, nonostante lacune e inesattezze nella rappresentazione grafica;
- 5) Violazione dell'art 8 delle NTA del Piano delle Regole con riferimento all'altezza dell'edificio: non viene rispettata l'altezza massima di zona, stabilita in mt 10,50, da calcolarsi dalla quota della strada;
- 6) Violazione degli artt. 24 e 8 delle NTA del Piano delle Regole con

riferimento all'art 8 del DM 1444/1968: nella documentazione progettuale non è stata indicata la quota del box preesistente, punto vincolante per determinare la quota attuale del piano;

7) Violazione dell'art 8 delle NTA del Piano delle Regole: essendo stato superato il volume massimo complessivo;

8) Violazione degli artt. 9 e 24 delle NTA del Piano delle Regole con riferimento all'art 878 c.c.: il muro realizzato non costituisce muro di cinta, ma di contenimento di un terrapieno artificiale e quindi dovrebbe rispettare le distanze;

9) Violazione degli artt. 3 e 4 D.M. 236/1989; violazione dell'art 49 del Regolamento Edilizio; violazione dell'art 3.6 del Regolamento di Igiene: il progetto non rispetta le norme in materia di barriere architettoniche e del Regolamento di Igiene;

10) Violazione dell'art 32 comma V lett. a) della L.R. 12/2005: manca il parere dell'ASL sul progetto;

11) Violazione dell'art 43 della L.R. 12/2005, mancando anche il prospetto del costo di costruzione.

Veniva chiesta altresì la condanna del Comune alla reintegrazione in forma specifica, e al risarcimento del danno ingiusto, secondo i criteri indicati dal Giudicante.

Si costituivano in giudizio l'Amministrazione Comunale intimata e la controinteressata, chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 679 del 7.5.2008 veniva disposta una istruttoria, incaricando l'ufficio tecnico comunale di predisporre una relazione

relativamente alla modalità di calcolo dell'altezza del fabbricato, ai sensi dell'art 8 delle NTA del Piano delle Regole, corredata degli eventuali atti progettuali e documenti utili; medio tempore la domanda cautelare veniva respinta.

Veniva poi disposta una verifica, al fine di accertare se il calcolo dell'altezza e dei volumi operato dall'Ufficio Tecnico del Comune di San Fermo della Battaglia fossero stati effettuati applicando correttamente la normativa vigente, incaricando il Direttore Generale della Direzione Territorio e Ambiente della Regione Lombardia.

L'istruttoria veniva adempiuta.

Nella relazione si dà atto della verifica del calcolo delle altezze e del volume, secondo il criterio dell'art 8 del Piano delle Regole, rilevando una serie di incertezze nell'operato dell'Amministrazione, come si vedrà in prosieguo.

A conclusione dell'attività istruttoria, la domanda cautelare, con ordinanza n. 1359 del 19.9.2008, veniva accolta.

L'ordinanza veniva riformata in sede di appello, proposto dalla società Mazzucchi: la IV Sezione del Consiglio di Stato accoglieva il ricorso cautelare in appello per "i profili di pregiudizio grave ed irreparabile con riguardo all'attività di impresa, impregiudicati restando gli esiti della futura trattazione nel merito della controversia".

In vista dell'udienza di merito le parti depositavano nuove memorie.

All'udienza del 17 Dicembre 2009 la causa veniva trattenuta in

decisione dal Collegio.

## DIRITTO

1) La ricorrente ha impugnato il permesso di costruire rilasciato alla società proprietaria di un terreno limitrofo.

Contesta la legittimità del titolo, per violazione delle disposizioni in materia di altezza e di distanza.

2) Vanno preliminarmente esaminate le eccezioni di tardività, perenzione e decadenza sollevate dalla difesa dell'Amministrazione comunale intimata, secondo cui parte ricorrente sarebbe venuta a conoscenza del titolo edilizio già al momento del rilascio (cioè nel gennaio 2008), mentre il ricorso è stata notificato nel successivo mese di aprile.

La difesa dell'Amministrazione e della controinteressata eccepisce altresì che, trattandosi di una variante essenziale al precedente permesso di costruire, parte ricorrente avrebbe dovuto presentare motivi aggiunti rispetto al ricorso avverso l'originario permesso di costruire, al fine di evitare la violazione del principio del ne bis in idem.

L'eccezione di tardività è infondata, in quanto, è principio che l'onere della immediata impugnazione presuppone la "piena conoscenza" del provvedimento lesivo, locuzione che presuppone che il destinatario debba conoscere l'atto non in tutti i suoi elementi, ma in quelli essenziali, quali l'autorità amministrativa che l'ha emanato, la data, il contenuto dispositivo ed il suo effetto lesivo.

Nell'ambito dell'impugnazione di un titolo edilizio l'effetto lesivo in alcuni casi può essere conosciuto solo nel momento della realizzazione delle opere, che rivelano l'entità delle violazioni urbanistiche. Pertanto, in considerazione del carattere rigoroso che deve rivestire la prova della tardività che fa carico al soggetto che la eccepisce, non è sufficiente affermare la conoscenza del titolo edilizio, ma che la sola conoscenza del titolo fosse sufficiente a rivelare l'effetto lesivo.

In assenza di detta prova, il ricorso va ritenuto tempestivo.

Risulta altresì infondata l'ulteriore eccezione di inammissibilità del ricorso, in quanto è stato impugnato un nuovo titolo, che, indipendentemente dalla qualificazione giuridica, ha sostituito il precedente permesso di costruire: si tratta quindi di un nuovo autonomo provvedimento, rispetto al quale viene azionato un nuovo giudizio.

Le eccezioni vanno quindi respinte.

3) Nel merito il ricorso presenta alcuni profili di fondatezza, relativamente, come si vedrà, all'errato calcolo di alcuni indici edificatori.

3.1 I primi due motivi sono infondati: come detto il titolo rilasciato sostituisce il precedente permesso di costruire, essendo stato presentato un nuovo progetto.

Pacifico altresì che la comunicazione di avvio di un procedimento edilizio non debba essere notificato al terzo.

3.2 Sono invece fondate le censure in cui si lamenta la violazione delle disposizioni dettate per il calcolo dell'altezza e del volume.

Quanto all'altezza, il criterio di calcolo è posto nell'art 8 delle NTA del Piano delle Regole del Comune di San Fermo della Battaglia, in cui si stabilisce che l'altezza massima dei fabbricati si misura dal piano esistente del marciapiede o dove il marciapiede non sia previsto, da quota 0,15 rispetto alla sede stradale.

Una differente regola viene invece introdotta per la nuova edificazione in zona non urbanizzata o comunque in assenza di una sede stradale di riferimento: in tale ipotesi l'altezza viene misurata a partire dalla quota di piano di edificazione, nelle immediate adiacenze della parte inferiore dell'edificio o dallo stacco dell'edificio dal suolo nella parte inferiore.

L'Amministrazione ha ritenuto di applicare quest'ultimo criterio: nella verifica della Regione si afferma che "sulla base della scelta così operata i calcoli illustrati nelle tavole 4 ed 8 possono considerarsi complessivamente corretti anche se non sono state sufficientemente esplicitate le modalità di inclusione od esclusione dei volumi tecnici e delle rampe di accesso".

Tuttavia il tecnico incaricato della verifica evidenzia che rimane l'incertezza nell'applicazione della norma, sulla "valutazione della effettiva esistenza o meno di una sede stradale di riferimento", la cui presenza determina una diversa quota di impostazione.

Ad avviso del Collegio l'esistenza della Via Figino doveva portare ad



applicare il differente criterio di calcolo, cioè dalla sede stradale.

L'art 8 delle NTA del Piano delle Regole presuppone infatti l'esistenza di una strada, senza differenziare la tipologia di strada: la circostanza che la stessa sia a fondo cieco non autorizza ad applicare il differente criterio stabilito per le zone non urbanizzate.

Anche rispetto a questo punto, l'Amministrazione non ha svolto alcuna indagine sullo stato dei luoghi, presupponendo che la zona possa considerarsi non urbanizzata, pur essendo quasi completamente edificata, azzonata come B2 "residenziale di completamento semi-estensiva".

Sotto tale profilo il titolo edilizio si presenta frutto di una carente istruttoria, oltre che di una errata applicazione della disciplina in materia di altezza, come sopra esposto.

Nella stessa verifica si da atto che la Relazione tecnica e gli elaborati grafici non forniscono "un inquadramento progettuale completo che rappresenti efficacemente ed oggettivamente, anche al fine della corretta applicazione della norma, lo stato dei luoghi e gli interventi previsti per la trasformazione".

Anche rispetto al volume, l'Amministrazione ha pacificamente escluso dal computo il locale immondezzaio al piano interrato, i terrazzi al secondo piano e i locali sottotetto al secondo piano.

Il sopra richiamato art 8 specifica che vanno compresi nel calcolo della slp i sottotetti di nuova realizzazione la cui altezza media sia superiore a ml 1.80, i piani interrati, adibiti a laboratori, uffici

magazzini, locali agibili con permanenza anche discontinua di persone o con altezza interna non inferiore a 2,40 mt.

Nella verifica si dà atto che il locale immondezzaio potrebbe essere computato nella slp: si tratta di verificare l'effettiva altezza, accertamento che l'Amministrazione non ha mai effettuato, presumibilmente per la carenza progettuale rilevata anche durante l'istruttoria di questo giudizio.

Lo stesso vale per l'esclusione della superficie dei sottotetti, rispetto ai quali il tecnico incaricato della verifica ha concluso sulla necessità della loro inclusione nella slp.

L'accoglimento delle censure relative al calcolo dell'altezza e della slp comporta l'assorbimento degli ulteriori motivi.

3.3 La domanda risarcitoria va invece respinta, in quanto generica e sfrontata di prova.

4) Per le ragioni sopra esposte, il ricorso deve essere accolto, con conseguente annullamento del permesso di costruire n. 3218/07 del 3 gennaio 2008.

Mentre deve essere respinta la domanda risarcitoria.

Le spese seguono la soccombenza e sono determinate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativa Regionale per la Lombardia, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe lo accoglie e per l'effetto annulla il permesso di costruire n. 3218/07 del 3

gennaio 2008.

Respinge la domanda risarcitoria.

Condanna il Comune di San Fermo della Battaglia e la controinteressata Mazzucchi Costruzioni al pagamento della somma di € 2.000/00 (duemila/00) oltre oneri di legge, per un totale di € 4.000/00 (quattromila/00) a favore di parte ricorrente.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Mario Arosio, Presidente

Silvana Bini, Primo Referendario, Estensore

Alberto Di Mario, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/02/2010

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

IL SEGRETARIO