

N. 00022/2010 REG.SEN.  
N. 02774/2005 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 2774 del 2005, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Silteric S.a.s., rappresentata e difesa dall'avv. Ileana Alesso, presso il cui studio, in Milano, via Lamarmora, 40, è elettivamente domiciliata;

***contro***

Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avv. Anna Maria Moramarco, Maria Rita Surano, Armando Tempesta, con domicilio eletto agli uffici dell'avvocatura comunale, in Milano, via Guastalla, 8;

***per l'annullamento***

del provvedimento di rigetto del permesso di costruire adottato dal Comune di Milano il 26.5.2005, nonché di ogni altro atto preordinato, connesso e conseguente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti i motivi aggiunti depositati il 24.11.2006 con cui la ricorrente chiede l'annullamento dell'ordinanza di demolizione prot. n. 694323, del 5.7.2006;

Visti i motivi aggiunti depositati il 18.5.2007 con cui la ricorrente chiede l'annullamento dell'ordinanza di ripristino dello stato dei luoghi del 13 febbraio 2007;

Visti i motivi aggiunti depositati il 7 luglio 2009;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Milano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21/10/2009 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti gli avv. Alesso e Moramarco;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

1. Con il provvedimento indicato in epigrafe, il Comune di Milano ha rigettato l'istanza di rilascio di permesso di costruire in sanatoria – inerente un intervento realizzato sul sottotetto di un immobile situato in piazza Aspromonte in difformità dalla d.i.a. del 24.2.2004 - presentata dalla Silteric. s.a.s., per due autonome ragioni:

A. il contrasto dell'incremento di altezza dell'edificio (sino a circa 17,60 m.) con quanto previsto dall'art. 28.3 delle n.t.a. del p.r.g. che prescrive un'altezza massima di m. 13,50;

B. la mancata acquisizione dell'autorizzazione paesaggistica.

2. Avverso tale determinazione insorge la Silteric s.a.s. per i seguenti motivi:

I. travisamento di fatto e di diritto; violazione, per falsa applicazione, della l. n. 1497/1939, ora d.lgs. n. 42/2004; irragionevolezza; violazione d.lgs. n. 380/2001, l. Regione Lombardia n. 12/2005, e l. n. 241/1990 per difetto di motivazione e contraddittorietà con precedenti accertamenti effettuati dall'amministrazione: la stessa p.a. aveva constatato l'inesistenza di un vincolo sull'immobile, non era, dunque, necessaria alcuna autorizzazione; in ogni caso, la l. n. 308/2004 ha

previsto la autorizzazione paesaggistica in sanatoria; difetto di motivazione circa le ragioni per cui l'intervento, arretrato di 5 metri dalla facciata dello stabile, sarebbe assoggettabile a vincolo;

II. violazione art. 10 bis, l. n. 241/1990;

III. travisamento di fatto e di diritto; violazione l. Regione Lombardia n. 12/2005, recante recupero dei sottotetti ai fini abitativi; assenza di valutazione e ponderazione; violazione del principio di proporzionalità: l'intervento ha portato ad un innalzamento di parte del sottotetto per un'altezza pari a m. 1,80 e non 4,10 m.;

IV. violazione art. 10 bis l. n. 241/1990, anche con riferimento al profilo di diniego inerente l'altezza dell'immobile.

3. Con un primo ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente ha impugnato l'ordinanza di demolizione, prot. n. 694323 del 5 luglio 2006, per le seguenti ragioni:

I. violazione art. 33, d.P.R. n. 380/2001; violazione art. 167, d.lgs. n. 42/2004; irrazionalità, carenza di ponderazione: l'ordinanza non è stata adottata dall'ufficio tutela beni ambientali ma dal settore edilizia;

II. violazione del giusto procedimento e degli artt. 1, 3 e 7, l. n. 241/1990; difetto assoluto di motivazione, avendo la ricorrente presentato domanda di autorizzazione paesistica in data 31.05.2006;

III. violazione artt. 1 e 3, l. n. 241/1990 in quanto l'ordinanza non è motivata.

4. Con un secondo ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente ha impugnato l'ordinanza di ripristino dello stato dei luoghi adottata dal Comune di Milano il 13 febbraio 2007 per i seguenti motivi:

I. violazione d.lgs. 42/2004, l. n. 1497/1939; eccesso di potere per travisamento di fatto e di diritto, assenza di ponderazione, violazione art. 97 Cost.

II. difetto di motivazione, genericità e indeterminatezza in ordine all'affermato incremento di s.l.p.

5. Con un terzo ricorso per motivi aggiunti, infine, la ricorrente ribadisce, sulla scorta della documentazione depositata in giudizio da parte dell'amministrazione comunale, che il vincolo è stato apposto solamente il 1° febbraio 2007, successivamente, dunque, al diniego di permesso di costruire in sanatoria.

6. L'amministrazione intimata si è costituita in giudizio e, oltre a dedurre l'infondatezza nel merito delle domande, ha eccepito la propria carenza di legittimazione passiva in ordine alle deduzioni di cui al secondo ricorso per motivi aggiunti, sull'apposizione dei vincoli ambientali ed alle relative procedure di notifica, in quanto competenze che non sono attribuite agli enti locali e l'inammissibilità dello stesso ricorso per motivi aggiunti per omessa notifica all'amministrazione preposta all'apposizione dei vincoli ambientali.

7. All'udienza del 21 ottobre 2009 il ricorso è stato ritenuto per la decisione.

## DIRITTO

1. Il provvedimento di diniego permesso di costruire, adottato dal Comune di Milano il 26.5.2005, è sostenuto da due autonomi motivi:

A. il contrasto dell'incremento di altezza dell'edificio (sino a circa 17,60 m.) con quanto previsto dall'art. 28.3 delle n.t.a. del p.r.g. che prescrive un'altezza massima di m. 13,50;

B. la mancata acquisizione dell'autorizzazione paesaggistica.

2. Con riferimento alla prima ragione ostativa addotta l'amministrazione, la ricorrente deduce che l'innalzamento del sottotetto non è di m. 4,10 (come ritenuto dalla p.a.) bensì di m. 1,80; che le ragioni tecniche e strutturali che hanno portato a tale innalzamento sono state illustrate nella relazione tecnica allegata alla istanza di permesso di costruire in sanatoria; che l'innalzamento ha consentito la

realizzazione di due camere sulla modesta porzione del 20% del sottotetto; che, come evidenziato nella relazione tecnica, “è vero che la traslazione aumenta l'altezza di circa m. 1,80 rispetto all'esistente, ma la rimanente altezza era già precedentemente esistente nelle due camere con cappuccine sotto tetto”.

3.1 Silteric s.a.s. ammette, dunque, la violazione del limite di altezza massimo previsto dall'art. 28.3 delle n.t.a. del p.r.g., ne contesta unicamente la misura.

3.2 Con memoria depositata il 24.4.2009, la ricorrente afferma, difatti, che “per le opere è stata individuata la soluzione in via amministrativa in conformità all'art. 6, punto 9.2.7. delle n.t.a. [...] riducendo l'altezza interna così che private dei requisiti di abitabilità vengono ricondotte allo stato di diritto precedente come da d.i.a, del 24.2.2004”.

3.3 Con memoria depositata il 26.9.2009, la ricorrente precisa che la difformità di altezza è pari a cm. 80 e che essa “è sanabile poiché riducendo le due camere de quibus (site al quinto piano) a ripostiglio (mediante innalzamento del pavimento e abbassamento del soffitto) l'altezza dell'edificio ex calcolo e parametro del regolamento edilizio si ferma al pavimento delle stesse”. Il regolamento edilizio – afferma – definisce l'altezza “fino all'intradosso del solaio di copertura dell'ultimo piano abitabile”.

3.4 La ricorrente riferisce, quindi, di avere presentato al Comune di Milano un'istanza (doc. 26 e ss.) volta al rilascio di un permesso di costruire in sanatoria in cui è prevista, per l'appunto, la riduzione dell'altezza interna del quinto livello fuori terra attraverso il rialzo del pavimento ed altre opere.

3.5 La sussistenza di una violazione dell'art. 28.3 delle n.t.a. è riconosciuta, altresì, nella stessa istanza di permesso di costruire in sanatoria in cui viene, per l'appunto, prevista la realizzazione delle opere necessarie al fine di ricondurre l'intervento di innalzamento del sottotetto nei limiti previsti dalle n.t.a.

3.6 Tale istanza - in disparte la sua legittimità (la giurisprudenza ritiene, difatti, illegittimo un provvedimento di sanatoria che, al fine di rendere l'esistente conforme alle prescrizioni urbanistiche vigenti, prevede l'esecuzione di ulteriori opere in quanto la previsione dell'art. 36, d.P.R. n. 380/2001 non consente spazi interpretativi, nel senso che la concessione in sanatoria è ammessa soltanto entro i limiti delineati dal legislatore, senza alcuna estensione discrezionale da parte della p.a. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 aprile 2006, n. 2306 e, da ultimo, C.g.a. Regione Sicilia, 15 ottobre 2009, n. 941) - costituisce un'esplicita ammissione della illegittimità dell'intervento e dell'insussistenza del presupposto della doppia conformità richiesto dall'art. 36, d.P.R. n. 380/2001.

X 3.7 Le censure mosse avverso la sola misura dell'innalzamento non inficiano perciò la legittimità della ragione di diniego: non può, difatti, essere revocata in dubbio la mancanza della doppia conformità, richiesta dall'art. 36, d.P.R. n. 380/2001 come presupposto essenziale per il corretto rilascio del permesso in sanatoria.

3.8 L'accoglimento delle censure proposte, non contestando la sussistenza della violazione dell'art. 28.3 delle n.t.a. ma solo l'entità della stessa, non porterebbe comunque alla caducazione del provvedimento. X

3.9 Il motivo di ricorso è, pertanto, inammissibile per carenza di interesse.

4. Attesa la legittimità del motivo di diniego basato sul contrasto dell'incremento di altezza dell'edificio con quanto previsto dall'art. 28.3 delle n.t.a. del p.r.g., la fondatezza il primo motivo di ricorso - che contesta la sussistenza del vincolo sull'edificio - non porterebbe comunque all'annullamento dell'atto. In presenza di un provvedimento sostenuto da più motivi, ciascuno autonomamente idoneo a darne giustificazione, la giurisprudenza è, difatti, concorde nel ritenere sufficiente che sia verificata la legittimità di uno di essi, per escludere che l'atto possa essere annullato in sede giurisdizionale (Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2006, n. 3259).

5. In considerazione della natura vincolata del potere di esercitato e della correttezza del contenuto dispositivo del provvedimento impugnato, anche la mancata comunicazione del c.d. preavviso di rigetto, prevista dall'art. 10 bis, l. n. 241/1990 - dedotta con il secondo e quarto motivo di ricorso - non può portare all'annullamento dell'atto, in conformità a quanto previsto dall'art. 21 octies della legge 7 agosto 1990, n. 241.

6.1 Si esamina ora il primo ricorso per motivi aggiunti, proposto avverso l'ordinanza di demolizione, prot. n. 694323 del 5 luglio 2006.

7.1 Con il primo motivo la ricorrente deduce la violazione degli art. 33, d.P.R. n. 380/2001 e 167, d.lgs. n. 42/2004 in quanto l'ordinanza non è stata adottata dall'ufficio tutela beni ambientali ma dal settore edilizia quando lo stesso aveva già comunicato alla ricorrente l'esistenza del vincolo.

7.3 Appurata la sussistenza della violazione dell'art. 28.3 delle n.t.a. del p.r.g., la legittimità del provvedimento di diniego di permesso di costruire in sanatoria, e, dunque, anche la correttezza del contenuto dispositivo dell'ordinanza demolitoria, in considerazione, inoltre, della natura vincolata del potere esercitato, sussistono i presupposti per dare applicazione al disposto dall'art. 21 octies, l. n. 241/1990 ed escludere, dunque, che la violazione procedimentale lamentata dalla ricorrente possa portare all'annullamento dell'atto impugnato.

8.1 Non è fondato il secondo motivo con cui viene contestata la violazione del giusto procedimento e degli artt. 1, 3 e 7, l. n. 241/1990 ed il difetto assoluto di motivazione.

X 8.2 La domanda di autorizzazione paesaggistica in sanatoria presentata dalla ricorrente poteva incidere unicamente sul secondo motivo di diniego, ma non sulla ragione ostativa alla sanatoria legata alla violazione della disposizione delle n.t.a. che regola l'altezza degli edifici. X

8.3 Anche un eventuale accoglimento dell'istanza non avrebbe, quindi, comportato il venir meno dell'obbligo per la p.a. di esercitare il potere sanzionatorio. Alcuni obbligo procedimentale è stato quindi violato dalla p.a. per avere adottato il provvedimento demolitorio pur in pendenza dell'istanza volta al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria.

9.1 Anche l'ultima censura con cui la ricorrente contesta la violazione degli artt. 1 e 3, l. n. 241/1990 non merita accoglimento.

9.2 Il provvedimento è, difatti, sufficientemente motivato con il richiamo al provvedimento di diniego di permesso di costruire in sanatoria e, quindi, ai motivi ostativi alla sanabilità dell'intervento ivi indicati.

9.3 L'abusività dell'opera costituisce, invero, di per sé motivazione sufficiente per l'adozione della misura repressiva in argomento. In considerazione della sussistenza, accanto alla violazione del d.lgs. n. 42/2004, della violazione del disposto di cui all'art. 28.3 delle n.t.a. del p.r.g., non era necessario alcun riferimento al parallelo procedimento sanzionatorio avviato in conseguenza della mancata richiesta della autorizzazione paesaggistica ed alla domanda di autorizzazione paesaggistica in sanatoria presentata dalla ricorrente.

9.4 Né la proposizione del ricorso giurisdizionale avverso il diniego di permesso di costruire in sanatoria incide sull'ampiezza di tale onere motivazionale.

10.1 Si esamina ora il secondo ricorso per motivi aggiunti, proposto avverso l'ordine di ripristino dello stato dei luoghi.

10.2 Il Collegio ritiene di poter tralasciare l'esame delle questioni di rito sollevate dall'amministrazione resistente, stante l'inammissibilità per carenza di interesse di tale ricorso.

10.3 Attesa la legittimità del provvedimento di diniego di permesso di costruire in sanatoria e dell'ordinanza di demolizione, nessuna utilità giuridicamente rilevante



sarebbe, difatti, ritraibile dall'ipotetico annullamento dell'atto con cui l'amministrazione ha sanzionato il medesimo abuso anche sotto il profilo paesaggistico.

11.1 Con il terzo ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente non impugna alcun atto ma si limita a ribadire, sulla scorta della documentazione depositata dall'amministrazione comunale nel corso del giudizio, che il vincolo è stato apposto solamente il 1° febbraio 2007, successivamente, dunque, al diniego di permesso di costruire in sanatoria.

11.2 Anche per tali censure, è irrilevante l'esame poiché, come si è già affermato, stante la legittimità del diniego di permesso di costruire per violazione dell'art. 28.3 delle n.t.a. del p.r.g., anche ove fondate non potrebbero, comunque, portare all'annullamento dell'atto impugnato. La legittimità di uno dei motivi (indipendenti l'uno dall'altro) sui quali si fonda l'atto impugnato è, difatti, sufficiente giustificazione dello stesso.

12. Per le ragioni esposte il ricorso è in parte infondato e in parte inammissibile per carenza di interesse.

13. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

In parte respinge il ricorso e in parte lo dichiara inammissibile per carenza di interesse.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite a favore del Comune di Milano quantificate in € 3000/00 (tremila/00), oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21/10/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Mario Arosio, Presidente

Carmine Maria Spadavecchia, Consigliere

Silvia Cattaneo, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/01/2010

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

IL SEGRETARIO