

N. 05946/2010 REG.SEN.
N. 01596/2010 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 1596 del 2010 di r.g. proposto da:

NESPOR avv. Stefano, rappresentato e difeso dall'avv. Ada Lucia De Cesaris, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Cadore 36

contro

COMUNE di MILANO, in persona del Sindaco *pro tempore* Letizia Bricchetto Arnaboldi Moratti, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Rita Surano, Antonello Mandarano e Maria Giulia Schiavelli, presso i quali è elettivamente domiciliato in Milano, via Andreani 10, negli uffici dell'Avvocatura comunale

nei confronti di

NUOVI PROGETTI IMMOBILIARI s.r.l., con sede in Milano, in persona dell'A.U. signor Virgilio Braga, rappresentata e difesa

dall'avv. Giovanni Mangialardi, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, via dei Bossi 4

per l'esecuzione

della sentenza 29 dicembre 2008 n. 6188 del TAR Lombardia, Sez. 2[^], e per quanto occorra dell'ordinanza 11 settembre 2009 n. 1062 pronunciata nel giudizio n. 1891/09 di r.g.

Visto il ricorso, notificato il 6 e depositato il 16 luglio 2010, previo atto di diffida e messa in mora notificato il 28 maggio 2010;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune;

Vista la memoria 2.9.2010 del ricorrente;

Viste le memorie di costituzione e difesa della Società controinteressata;

Visti atti e documenti di causa;

Uditi, nella camera di consiglio del 9 settembre 2010, relatore il dott. Carmine Spadavecchia, l'avv. De Cesaris, l'avv. Mandarano e (per delega dell'avv. Mangialardi) l'avv. Michela Tamburrano;

Considerato quanto segue in

FAI'TO e DIRITTO

1. Con sentenza 29 dicembre 2008 n. 6188 questo Tribunale annullava il titolo abilitativo formatosi sulla d.i.a. (denuncia di inizio attività) presentata dalla Società controinteressata il 12.10.2006 (pratica n. 8371/2006) per la realizzazione, in via privata Lecce n. 6, di un intervento edilizio di carattere residenziale consistente nella ristrutturazione di un magazzino/laboratorio preesistente (da

trasformare in box) e nella edificazione di un corpo soprastante costituito da due piani abitativi (con soppalchi attrezzati e finestrati) e un sottotetto.

2. La sentenza veniva impugnata dinanzi al Consiglio di Stato, che con ordinanza 10.2.09 n. 745 negava la sospensione della sua efficacia per difetto di *fumus boni juris*.

3. Il Comune dapprima sospendeva i lavori (ord.za 14.1.09), quindi disponeva la demolizione delle opere realizzate e il ripristino dello stato dei luoghi (ord.za 6/12.5.09, PG 365092/2009).

4. Il provvedimento di demolizione, impugnato dall'odierna controinteressata (ricorso n. 1891/09), veniva sospeso da questo Tribunale per carenza di motivazione (ord.za 11.9.09 n. 1062, Sezione 2[^]).

5. Con nota 25.11.09 il legale dell'odierno ricorrente rappresentava i pericoli derivanti dal cantiere in abbandono e invitava il Comune a dare seguito all'ordinanza del TAR.

6. Il Comune faceva presente (nota 30.11./1.12.09) che la controinteressata aveva prodotto documentazione integrativa e nuove tavole progettuali idonee alla rimozione dei vizi del procedimento; procedimento peraltro ancora in corso in attesa di una soluzione progettuale completa e definitiva.

7. Col ricorso in esame l'interessato, previa rituale diffida e messa in mora, ha chiesto, in pendenza di appello, l'esecuzione della sentenza n. 6188/08 di questo Tribunale, nonché dell'ordinanza cautelare n.

1062/09, per ottenere la demolizione dell'opera avviata, oggi in abbandono, o, in alternativa, la conformazione dell'opera al giudicato e alla normativa urbanistica vigente.

8. A tal fine il ricorrente ha chiesto che il Tribunale ordini al Comune, eventualmente nominando un commissario *ad acta* che si sostituisca all'Amministrazione inadempiente, di "porre in essere tutti gli atti necessari per garantire esecuzione della sentenza 6188/08, tenuto conto anche di quanto prescritto con la successiva ordinanza 1062/2009".

9. Nelle more del giudizio è sopravvenuto il provvedimento 8 luglio 2010 (comunicato al ricorrente con nota in pari data), con cui il dirigente dello Sportello Unico per l'Edilizia (Servizio Interventi Edilizi Maggiori - Ufficio Trattazioni Gruppo 3), previa verifica della documentazione integrativa e delle tavole progettuali prodotte dalla controinteressata, ha comunicato che: (a) "i vizi del progetto e del procedimento precedentemente riscontrati sono stati rimossi"; conseguentemente (b) cessano gli effetti dell'ordinanza di demolizione 12.5.09 e (c) il progetto può essere completato in base alla "serie progettuale composta da n. 6 tavole grafiche, esaminata favorevolmente ... e stampigliata in data 21.06.2010, allegata al fascicolo edilizio".

10. Con memoria 2.9.2010 il ricorrente ha ribadito la domanda di esecuzione della sentenza deducendo l'illegittimità del provvedimento 8 luglio 2010, che assume elusivo della sentenza: ciò

in quanto, nonostante la riduzione di volumetria rispetto alla previsione originaria (1.999,23 mc in luogo di 2.307 mc), il nuovo progetto manterrebbe una cubatura di gran lunga superiore a quella assentibile (613,86 mc, pari a mq 204,62 di superficie fondiaria per 3 mc/mq).

11. La controinteressata ha chiesto il rigetto del ricorso, eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza delle censure introdotte dal ricorrente con memoria 2.9.09 (depositata il 6.9.09) in quanto: (a) diversamente dal ricorso introduttivo (che lamentava l'inerzia del Comune nel dare esecuzione al giudicato), la memoria in questione contesta l'elusione o la violazione del giudicato, così introducendo una diversa *res litigiosa* che doveva essere notificata alle controparti; (b) si censura un provvedimento comunale (approvazione del nuovo progetto) suscettibile al più di impugnazione ordinaria ex art. 21 legge TAR; c) le censure prospettate sono generiche, ipotetiche, esplorative, ed estranee al *dictum* della sentenza da eseguire.

12. Il Collegio osserva quanto segue. La sentenza n. 6188/08 di questo Tribunale ha annullato il titolo edilizio formatosi sulla d.i.a. del 12.10.2006 statuendo che il computo della volumetria non può essere effettuato calcolando le altezze interpiano superiori a metri tre con il criterio virtuale previsto dall'art. 11 del regolamento edilizio del 1999, secondo cui "il volume delle costruzioni è da ricavarsi convenzionalmente moltiplicando la superficie lorda complessiva di pavimento (S.l.p.) dei singoli piani per l'altezza virtuale

dell'interpiano di m. 3,00 indipendentemente dalla sua altezza effettiva".

13. Per gli interventi eseguiti in base a un permesso annullato l'art. 38, comma primo, del t.u. in materia edilizia (d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380), applicabile (comma 2-*bis*) anche agli interventi realizzati su d.i.a. in assenza dei presupposti per la formazione del titolo, demanda al Comune di verificare, in primo luogo, in base a motivata valutazione, se sia possibile la rimozione dei vizi delle procedure amministrative ovvero la restituzione in pristino.

14. Nel caso in esame il Comune, che in un primo tempo aveva ordinato la demolizione dell'opera realizzata in base al titolo annullato, ha poi ritenuto assentibile un nuovo progetto in quanto idoneo a rimuovere (correggere) i vizi del progetto originario; e tale valutazione è stata riversata nel provvedimento 8 luglio 2010, sopravvenuto al ricorso introduttivo.

15. Un siffatto provvedimento, emesso nell'esercizio del potere previsto dall'art. 38 t.u. edilizia, rappresenta un fatto sopravvenuto, che supera l'inerzia dedotta a fondamento del ricorso originario e costituisce un *quid novi* suscettibile sì di contestazione, ma nelle forme rituali e nel rispetto del contraddittorio.

16. Ora, come i motivi aggiunti, così la domanda volta a dedurre la nullità - per violazione o elusione del giudicato (art. 21-*septies* legge n. 241/90) - di un provvedimento sopravvenuto in corso di causa deve essere notificata alla controparte, trattandosi di domanda nuova, che

immuta il quadro giuridico originario, e introduce nella controversia nuovi temi di indagine e di contestazione.

17. Ne consegue che la memoria 2/6 settembre 2010, introducendo motivi nuovi di ricorso, indirizzati contro il provvedimento dirigenziale 8 luglio 2010, è inammissibile, in quanto non notificata; mentre il ricorso introduttivo, proposto, nell'inerzia del Comune, per ottenere l'esecuzione della sentenza di annullamento in un quadro fattuale e giuridico successivamente modificato, deve essere dichiarato improcedibile.

18. Vanno aggiunte le seguenti ulteriori considerazioni. Il solo vincolo che nasce dalla sentenza n. 6188/08 è il divieto di computare le altezze interpiano superiori a metri tre con il criterio virtuale previsto dall'art. 11 del regolamento edilizio. Ogni altra questione inerente alle modalità di calcolo della volumetria, alle possibilità di scomputo di volumi tecnici, ovvero di locali non abitabili o non adibiti a permanenza di persone, alle caratteristiche del sottotetto e delle solette, ecc. è estranea al *dictum* della sentenza; la quale - peraltro - non esclude che il calcolo della volumetria possa essere "orientato da criteri regolamentari volti a stabilire quali spazi non siano computabili (spazi accessori non abitabili, volumi tecnici, vani di servizio, ecc.)".

19. Ora, il ricorrente lamenta non già l'illegittima reiterazione, nel computo dell'altezza interpiano, del criterio di computo ritenuto illegittimo; ma l'illegittimità degli "artifici" che il nuovo progetto

utilizzerebbe per aggirare il limite del volume edificabile (piano ammezzato finestrato sopra i box, definito locale tecnico senza averne - si assume - le caratteristiche; sovradimensionamento delle solette; realizzazione al terzo piano di un appartamento dotato dei requisiti di abitabilità, ma dichiarato senza permanenza di persone grazie ad una soletta che sarebbe agevole abbassare per ricavarne un appartamento fruibile).

20. Si tratta di questioni che, pur potendo formare oggetto di una domanda di annullamento del (nuovo) permesso di costruire, non appaiono riferibili alla statuizione della sentenza da eseguire, che attiene unciamente alle altezze interpiano.

21. Va poi rilevato che, come esposto nella narrativa dei fatti, la sentenza di cui si chiede l'esecuzione non è passata in giudicato, essendo tuttora pendente il giudizio di appello.

22. Come anche recentemente statuito (Cons. Stato VI, 11.1.10 n. 20), la differenza tra esecuzione di sentenze non passate e sentenze passate in giudicato è che nel primo caso, nell'ordinarsi e/o procedersi ad esecuzione, occorre evitare effetti irreversibili, dovendosi considerare che la sentenza esecutiva potrebbe essere riformata, travolgendosi così anche gli atti esecutivi (nello stesso senso, TAR Bologna 1[^], 15.3.04 n. 385; TAR Lazio 2[^], 19.7.02 n. 6491, 16.1.02 n. 413).

23. In tale prospettiva, la pretesa alla demolizione integrale del manufatto già realizzato, ovvero ad una sua conformazione alla

sentenza che implichi modifiche o demolizioni parziali, determinerebbe un effetto irreversibile, che può scaturire solo da un giudizio formale. Ne conseguirebbe l'infondatezza, allo stato, della pretesa esecutiva, fermo restando il diritto del ricorrente di contestare, chiedendone la sospensione degli effetti, un provvedimento che reiterasse il vizio riconosciuto con la sentenza.

24. Quanto all'ordinanza n. 1062/09, di cui pure si chiede l'esecuzione, va rilevato che detta ordinanza, con cui la Sezione ha sospeso - peraltro in un diverso giudizio (ricorso n. 1891/09) - l'efficacia del provvedimento demolitorio 6/12.5.09, per un verso è esecutiva *ex se* (non richiedendo essa, contrariamente a quanto adombrato in ricorso e nei documenti allegati, alcun adempimento istruttorio); per altro verso è superata dal provvedimento 8 luglio 2010, che ha disposto la cessazione dei suoi effetti.

25. Per le considerazioni esposte il ricorso va dichiarato improcedibile, salva l'impugnabilità del provvedimento 8 luglio 2010 nelle forme rituali. Si ravvisano ragioni sufficienti per disporre la compensazione integrale tra le parti delle spese di causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia dichiara improcedibile il ricorso.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 9 settembre 2010, con l'intervento dei magistrati:

Mario Arosio, Presidente

Carmine Maria Spadavecchia, Consigliere, Estensore

Silvana Bini, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/09/2010

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

IL SEGRETARIO