

N. 07236/2010 REG.SEN.
N. 01692/2009 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 1692 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Raineri Santambrogio e Maria Linda Rebosio, rappresentati e difesi dagli avv. Graziano Dal Molin ed Alessandro Dal Molin, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, via Leopardi, 22;

contro

Comune di Bovisio Masciago, rappresentato e difeso dall'avv. Emiliano Campi, con domicilio eletto ex lege (art. 25 cod. proc. amm.) presso la Segreteria del TAR Lombardia in Milano, Via Corridoni, 39;

nei confronti di

Blue Costruzioni S.a.s., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Mangialardi, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Milano, via

dei Bossi, 4;

per l'annullamento

nel ricorso principale,

1. del permesso di costruire del Comune di Bovisio Masciago n. 15/2008 SE del 29.8.2008, acquisito a seguito di istanza di accesso agli atti il 19.5.2009;

2. di ogni altro atto preordinato, conseguente e/o comunque connesso

e per l'accertamento

3. dell'insussistenza dei presupposti per intraprendere l'attività edilizia in base alla D.I.A. in variante ex art. 41 L.R. 12/2005 del 11.2.2009 e successive integrazioni del 1.4.2009 e del 4.5.2009, acquisita a seguito di istanza di accesso agli atti il 19.5.2009;

nel ricorso per motivi aggiunti del 26 marzo 2010,

per l'annullamento, previa sospensiva,

1. del permesso di costruire del Comune di Bovisio Masciago n. 15/2008 SE del 29.8.2008, acquisito a seguito di istanza di accesso agli atti il 19.5.2009;

2. del provvedimento del responsabile del Settore Pianificazione e Tutela del Territorio del Comune di Bovisio Masciago del 25.1.2010;
e per l'accertamento

3. dell'insussistenza dei presupposti per intraprendere l'attività edilizia in base alla D.I.A. in variante ex art. 41 L.R. 12/2005 del 11.2.2009 e successive integrazioni del 1.4.2009 e del 4.5.2009, acquisita a seguito

di istanza di accesso agli atti il 19.5.2009;

4. dell'insussistenza dei presupposti per intraprendere l'attività edilizia in base alla D.I.A. in variante del 22.10.2009, acquisita a seguito di istanza di accesso agli atti il 8.2.2010;

nel ricorso per motivi aggiunti del 20.7.2010,

per l'annullamento,

1. del permesso di costruire del Comune di Bovisio Masciago n. 15/2008 SE del 29.8.2008, acquisito a seguito di istanza di accesso agli atti il 19.5.2009;

2. del provvedimento del responsabile del Settore Pianificazione e Tutela del Territorio del Comune di Bovisio Masciago del 25.1.2010;

3. del provvedimento del responsabile del Settore Pianificazione e Tutela del territorio del Comune di Bovisio Masciago del 23.4.2010, impugnato con i secondi motivi aggiunti,

e per l'accertamento

3. dell'insussistenza dei presupposti per intraprendere l'attività edilizia in base alla D.I.A. in variante ex art. 41 L.R. 12/2005 del 11.2.2009 e successive integrazioni del 1.4.2009 e del 4.5.2009, acquisita a seguito di istanza di accesso agli atti il 19.5.2009;

4. dell'insussistenza dei presupposti per intraprendere l'attività edilizia in base alla D.I.A. in variante del 22.10.2009, acquisita a seguito di istanza di accesso agli atti il 8.2.2010;

5. dell'insussistenza dei presupposti per intraprendere l'attività edilizia in base alle integrazioni alla D.I.A. protocollate il 18.3.2010-secondi

motivi aggiunti.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bovisio Masciago e di Blue Costruzioni S.a.s.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2010 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori Alessandro Dal Molin per i ricorrenti; Emiliano Campi per il Comune di Bovisio Masciago; Giovanni Mangialardi per Blue Costruzioni Sas;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe indicato gli esponenti, proprietari di aree in Comune di Bovisio Masciago, identificate catastalmente al foglio 17 mappale 38, impugnavano il permesso di costruire n. 15/2008 del 29.8.2008, rilasciato dall'Amministrazione per l'edificazione, su terreno confinante (foglio 17 mappale 24), di un nuovo complesso residenziale, previa demolizione di un fabbricato produttivo esistente. Accanto all'impugnativa del titolo edilizio, era proposta azione di accertamento per l'insussistenza dei presupposti per intraprendere l'attività edilizia in base alla DIA in variante dell'11.2.2009.

Questi, in sintesi, i motivi del ricorso principale:

1) violazione degli articoli 3 e 19 delle NTA (Norme Tecniche di

Attuazione) del Piano delle Regole del Comune; ove si evidenzia come la nuova costruzione non rispetterebbe la distanza minima dal confine prevista dalle norme di piano (5 metri);

2) violazione dell'art. 41 della legge regionale 12/2005; nel quale si sostiene che la DIA dell'11.2.2009, in quanto relativa a varianti essenziali del permesso di costruire, non sarebbe ammissibile, per contrasto con la citata norma di legge;

3) violazione degli articoli 3 e 19 delle NTA (Norme Tecniche di Attuazione) del Piano delle Regole del Comune; nel quale si ripropone il motivo n. 1 sulla presunta inosservanza della distanza minima, con riguardo però all'intervento di cui alla DIA dell'11.2.2009;

4) violazione dell'art. 2 del DPR 22.1.1998 n. 37; con tale mezzo si denuncia la presunta mancanza del parere di conformità dei Vigili del Fuoco, necessario in quanto il progetto edilizio prevede la realizzazione di autorimesse sotterranee.

In data 26.3.2010, i ricorrenti depositavano il primo atto di motivi aggiunti, con domanda di sospensiva, con il quale era impugnato il provvedimento del responsabile del Settore Pianificazione del Comune del 25.1.2010, che confermava agli esponenti la legittimità dell'operato dell'Amministrazione ed era altresì chiesto l'accertamento dell'insussistenza dei presupposti per l'attività edilizia di cui ad una successiva DIA in variante del 22.10.2009.

Questi i motivi aggiunti (continua la numerazione del gravame

principale):

- 5) violazione dell'art. 42 della legge regionale 12/2005, in quanto non sarebbe stata indicata al Comune la data di inizio dei lavori, in spregio alla previsione del comma 6 del citato art. 42;
- 6) violazione dell'art. 27 della legge regionale 12/2005, degli articoli 3 e 19 delle NTA del Piano delle Regole ed eccesso di potere sotto vari profili; nel quale si ribadisce che l'intervento edilizio di cui è causa deve essere qualificato come "nuova costruzione", con conseguente violazione della disciplina sulle distanze minime prevista dalle norme di piano;
- 7) violazione dell'art. 41 della legge regionale 12/2005 sotto altro profilo, dove si conferma l'inutilizzabilità della DIA per varianti essenziali al permesso di costruire;
- 8) violazione dell'art. 42 della legge regionale 12/2005; viene in questa sede reiterato il motivo n. 7 con riguardo però alla seconda DIA in variante del 22.10.2009;
- 9) violazione degli articoli 3 e 19 delle NTA del Piano delle Regole del Comune ed eccesso di potere per contraddittoria rappresentazione negli elaborati allegati alla DIA del muro sito a confine con la proprietà degli attuali ricorrenti; con tale mezzo si evidenzia la presunta contraddittorietà degli elaborati di progetto, teso a realizzare sul confine un muro di altezza pari a 7,35 metri, in spregio alle citate norme di piano sulle distanze minime;
- 10) violazione degli articoli 3 e 19 delle NTA del Piano delle Regole

del Comune sotto altro profilo; dove si sostiene che il nuovo muro di confine determina in ogni caso l'inosservanza della distanza minima di 10 metri dalle pareti finestrate di cui all'art. 9 del DM 1444/1968.

Si costituivano in giudizio il Comune intimato e la società Blue Costruzioni Sas, titolare del permesso di costruire 15/2008, concludendo per il rigetto del gravame.

In esito alla camera di consiglio dell'8.4.2010, la domanda di sospensiva era accolta con ordinanza n. 316/2010, vista anche la nota comunale del 25.2.2010, costituente comunicazione di avvio del procedimento volto alla rimozione dell'assenso alla DIA del 22.10.2009, avendo l'Amministrazione ravvisato l'illegittimità dell'intervento edilizio di cui alla DIA citata.

Contro la citata ordinanza era proposto appello cautelare da Blue Costruzione, ma il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 2860 del 22.6.2010, respingeva l'impugnazione, pur segnalando al giudice di prime cure l'opportunità di una sollecita fissazione dell'udienza di merito.

In data 20.7.2010, era depositato il secondo ricorso per motivi aggiunti, con il quale era impugnato il provvedimento comunale del 23.4.2010 con il quale l'Amministrazione attestava la chiusura del procedimento avviato con la nota succitata del 25.2.2010, escludendo che l'intervento edilizio, viste le modifiche nel frattempo apportate con le integrazioni progettuali del 18.3.2010, si ponesse in contrasto con le norme di legge o di pianificazione.

Con gli stessi motivi aggiunti, era chiesto l'accertamento dell'insussistenza dei presupposti per intraprendere l'attività edilizia in base alle suddette integrazioni alla DIA del 22.10.2010, presentate appunto dalla controinteressata il 18.3.2010.

Questi, in sintesi, gli ultimi motivi aggiunti:

11) violazione dell'art. 23 del DPR 380/2001 e dell'art. 42 della legge regionale 12/2005, dove si contesta la legittimità della scelta del Comune di archiviare il procedimento avviato il 25.2.2010;

12) violazione dell'art. 7 della legge 241/1990 per omessa comunicazione dell'avvio del procedimento volto all'annullamento della DIA del 22.10.2010.

Alla pubblica udienza del 20.10.2010, la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il primo ed il terzo motivo del ricorso principale possono essere trattati congiuntamente, attesa la loro sostanziale identità.

Negli stessi si sostiene che l'intervento edilizio di cui è causa darebbe luogo ad una "nuova costruzione", posta sul confine della proprietà degli esponenti e pertanto in violazione delle norme del Piano delle Regole (articoli 3 e 19), che imporrebbero invece una distanza di cinque metri.

Analoghe censure sono contenute nel primo atto di motivi aggiunti ed in particolare nei mezzi di gravame contrassegnati con i numeri 6, 9 e 10.

La trattazione di tali motivi implica una ricostruzione della particolare evoluzione subita dal progetto dell'intervento edilizio, caratterizzato da una serie di sostanziali modifiche, ultima quella di cui alla lettera di Blue Costruzioni al Comune del 18.3.2010.

L'originario permesso di costruire n. 15/2008 prevedeva la realizzazione di un vero e proprio corpo di fabbrica - ovviamente con annessa volumetria - sul confine della proprietà Santambrogio-Rebosio (cfr. doc. 15b della controinteressata e doc. 18 della medesima, tavole n. 1 e n. 17).

Per effetto delle successive DIA in variante, ed in particolare della DIA n. 214 del 22.10.2009, in luogo del corpo di fabbrica era previsto invece, sempre sul confine dei ricorrenti, un muro di altezza di 7,35 metri (cfr. doc. 15c della controinteressata ed ancora le tavole 1 e 17 del suo doc. 18).

Le ultime integrazioni alla DIA presentate al Comune in data 18.3.2010 (cfr. doc. 30 dei ricorrenti, oltre ai documenti di Blue Costruzioni n. 15d ed alle citate tavole 1 e 17 del doc. 18), il muro a confine era ridotto a 2,5 metri di altezza, nel rispetto delle prescrizioni del Regolamento Edilizio e, soprattutto, dell'art. 886 del codice civile, norma che consente al proprietario di erigere un muro di cinta la cui altezza deve essere di non oltre tre metri.

Ancora a tale proposito, si ricordi che in base all'art. 878 del codice civile, *<<Il muro di cinta e ogni altro muro isolato che non abbia un'altezza superiore ai tre metri non è considerato per il computo della distanza indicata*

dall'art. 873>> e la giurisprudenza amministrativa esclude la rilevanza, ai fini delle distanze, di una costruzione (muro di cinta, appunto), avente le caratteristiche di cui alla citata norma del codice (cfr. sul punto, TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 3.4.2006, n. 348).

Ciò premesso, tenuto conto che la definitiva soluzione progettuale implica la scomparsa di qualsivoglia corpo di fabbrica a confine e la realizzazione di un muro di altezza addirittura inferiore a quella prescritta dal codice civile, non si comprende più la ragione delle doglianze dei ricorrenti, quanto meno con riguardo al problema della distanza del nuovo edificio dal loro confine, visto che il citato muro, per le proprie dimensioni, appare irrilevante con riferimento non solo alla disciplina delle distanze di cui agli articoli 3 e 19 delle NTA ma anche a quella di cui al DM 1444/1968.

Il presente gravame deve quindi reputarsi, sotto tale profilo, improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, in quanto l'ipotetico accoglimento delle censure relative alla violazione delle norme sulle distanze non sarebbe di alcuna utilità, visto che sul confine della proprietà degli esponenti è previsto soltanto un muro non rilevante ai fini delle distanze medesime.

A diversa conclusione non induce il Collegio la circostanza che, nella trasmissione della documentazione al Comune da parte di Blue Costruzioni, quest'ultima non evidenziava chiaramente la sorte del muro, visto che l'ultima integrazione documentale del 18.3.2010 spiegava definitivamente che l'altezza del manufatto non sarebbe stata

superiore a 2,5 metri (cfr. doc. 30 dei ricorrenti).

Quanto al problema della distanza del nuovo edificio rispetto alla diversa struttura edilizia esistente sul lato ovest (l'area dei ricorrenti è infatti sul lato est), si ricordi che quest'ultima è di proprietà di taluni degli stessi soggetti che ottennero l'originario permesso di costruire – poi volturato a favore dell'attuale controinteressata – e che i proprietari permisero l'edificazione sul loro mappale n. 24 a distanza inferiore a cinque metri (cfr. doc. 10 della controinteressata), per cui non si comprende neppure che interesse abbiano gli attuali esponenti a denunciare la presunta violazione delle distanze con riguardo ad un immobile appartenente a diversi proprietari e sito sul lato opposto a quello delle loro aree.

In conclusione, devono dichiararsi improcedibili i motivi n. 1 e 3 del ricorso principale ed i motivi n. 6, 9 e 10 contenuti nel primo atto di motivi aggiunti.

E' possibile ora procedere alla trattazione nel merito delle residue censure.

2. Nel secondo motivo del ricorso principale, viene denunciata la presunta inosservanza dell'art. 41 della legge regionale 12/2005 in quanto, a detta degli esponenti, le varianti essenziali al permesso di costruire n. 15/2008 non potevano essere assentite in base a DIA.

La censura è infondata, in quanto muove da un'erronea interpretazione della citata norma legislativa regionale.

L'art. 41 comma 2 della legge regionale 12/2005, come noto,

consente, nel caso di interventi assentiti con permesso di costruire, di presentare denunce di inizio attività - per varianti che danno luogo a modeste modifiche - prima della dichiarazione di ultimazione dei lavori.

La norma è stata interpretata da questa Sezione (cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. II, 24.4.2009, n. 3584, costituente precedente specifico che qui si richiama), nel senso che la facoltà di presentare DIA senza interruzione dei lavori per le varianti minori non esclude comunque, nel rispetto del principio generale sull'alternatività fra DIA e permesso di costruire di cui all'art. 41, comma 1 della legge regionale 12/2005, la facoltà per il titolare di permesso di costruire di presentare DIA anche per varianti sostanziali, con la precisazione però che, non trattandosi dell'ipotesi di cui al citato comma 2, per tali DIA non è possibile la presentazione dopo l'ultimazione dei lavori, ma prima degli stessi, secondo il regime per così dire ordinario della denuncia di inizio attività.

Ciò premesso, era sicuramente facoltà di Blue Costruzioni, quale titolare del permesso di costruire, quella di presentare DIA per l'esecuzione di varianti sostanziali al progetto originario dell'intervento edilizio.

Nel quarto motivo del ricorso principale, si sostiene che le opere sarebbero state realizzate senza il necessario parere dei Vigili del Fuoco, trattandosi di autorimesse interraste.

La censura è infondata e smentita in fatto, visto che la parte

controinteressata ha dato prova, attraverso la propria produzione documentale, di avere ottenuto i prescritti pareri da parte del Comando Provinciale dei Vigili del Fuoco di Milano, rispettivamente in data 28.3.2008 e 8.6.2009 (vedesi docc. 11, 12 e 13 di Blue Costruzioni).

In conclusione il gravame principale, laddove non improcedibile, deve reputarsi infondato.

3. Nel motivo n. 5 (primo dei motivi aggiunti del 26.3.2010), è lamentata la violazione dell'art. 42 della legge regionale 12/2005, in quanto la comunicazione di inizio lavori sarebbe priva propria della data di inizio dell'attività edilizia.

La censura è infondata, per le ragioni che seguono.

In effetti, la comunicazione di inizio lavori protocollata presso gli uffici dell'Amministrazione il 4.2.2009 (doc. 10 dei ricorrenti), è priva della data di inizio, ma in tal caso si deve ritenere che i lavori abbiano avuto inizio il giorno stesso della presentazione della nota al Protocollo comunale.

L'art. 42 della legge regionale 12/2005, infatti, impone all'interessato di comunicare la data di inizio dei lavori secondo le modalità indicate nel regolamento edilizio.

Il regolamento di Bovisio Masciago, all'art. 20 (cfr. doc. 15 dei ricorrenti), stabilisce soltanto che la comunicazione << (...) *deve pervenire antecedentemente al loro inizio*>>, sicché è giocoforza ritenere che la mancanza di data nella comunicazione costituisce tutt'al più

una mera irregolarità e che i lavori, salvo eventuale prova contraria che però non è stata in alcun modo offerta in questa sede, possano reputarsi iniziati al momento del deposito presso gli uffici della P.A. della comunicazione prevista dalla legge e dal regolamento edilizio.

I motivi n. 7 e n. 8 possono essere trattati congiuntamente, attesa la loro sostanziale identità, visto che con i medesimi è riproposto fondamentalmente quanto già sostenuto nel secondo mezzo del gravame principale, circa una presunta violazione dell'art. 41 della legge regionale 12/2005, per avere la controinteressata presentato una DIA per varianti essenziali.

I motivi sono infondati, tenuto conto di quanto già sopra evidenziato al n. 2 della presente narrativa in diritto ed il Collegio si permette pertanto, per ragioni di economia espositiva, di rinviare alle suesposte considerazioni circa la corretta interpretazione del citato art. 41.

In conclusione, anche il primo ricorso per motivi aggiunti, laddove non improcedibile, deve ritenersi infondato.

4. Con il motivo n. 11 (secondo ricorso per motivi aggiunti del 20.7.2010), gli esponenti sostengono l'illegittimità del provvedimento comunale del 23.4.2010, di chiusura del procedimento di annullamento d'ufficio della DIA n. 214/2009, in quanto l'efficacia della DIA in esame era stata sospesa per effetto sia della pronuncia cautelare della Sezione n. 316/2010 sia dell'ordine comunale di sospensione dei lavori.

La censura è priva di pregio.

La circostanza dell'intervenuta sospensione degli effetti della DIA del 22.10.2009 non inibiva certa a Blue Costruzioni la facoltà di presentare integrazioni al progetto della medesima DIA, fra l'altro allo scopo di ricondurre l'intervento edilizio al rispetto dei parametri normativi (come è avvenuto per effetto della citata nota della controinteressata del 18.3.2010); né all'Amministrazione comunale era impedita la valutazione di tali integrazioni qualora, come nel caso di specie, le stesse consentissero l'archiviazione del procedimento di autotutela, per effetto della conformazione dell'attività del privato alla prescrizioni legislative e regolamentari.

Il provvedimento di chiusura del procedimento di autotutela avrebbe potuto reputarsi illegittimo soltanto qualora – ma non è questo il caso di specie – fosse stato ispirato da una chiara finalità di violazione o di elusione della decisione cautelare dello scrivente Tribunale.

Nel motivo n. 12, è denunciata la presunta violazione dell'art. 7 della legge 241/1990, per non avere il Comune dato ai ricorrenti avviso dell'avvio del procedimento iniziato il 25.2.2010, volto all'annullamento della DIA del 22.10.2009.

Il mezzo è palesemente infondato, visto che in data 12.3.2010 il sig. Santambrogio aveva ricevuto dall'Amministrazione comunale la nota prot. 2901 del 25.2.2010 di avviso di avvio del procedimento per la rimozione in autotutela della DIA di cui sopra (cfr. doc. 1 del Comune depositato in data 29.9.2010, dove è scritto chiaramente che *<<la presente vale quale notizia dell'inizio del procedimento ai sensi degli artt. 7*

e 8 della legge 241/1990 e s.m.i. >>).

Il secondo ricorso per motivi aggiunti deve quindi essere interamente rigettato.

5. Nel corso dell'udienza pubblica del 20.10.2010, i difensori delle parti evocate in giudizio hanno chiesto al Tribunale, ai sensi dell'art. 89 del codice di procedura civile, di procedere alla cancellazione dell'espressione, ritenuta offensiva, "*connivenza fra l'operatore ed il COMUNE*", contenuta a pag. 13 della memoria dei ricorrenti dell'8.10.2010.

Tale richiesta non può essere accolta, non ritenendo il Collegio che l'espressione, per quanto "forte" sul piano della dialettica processuale, sia stata dettata da volontà di offendere o denigrare le controparti, ma abbia voluto esclusivamente denunciare la presunta inerzia dell'Amministrazione a fronte dei presunti abusi edilizi posti in essere da Blue Costruzioni.

L'art. 89 del codice di procedura civile, infatti, consente la cancellazione delle espressioni sconvenienti o offensive allorché le stesse non riguardino direttamente l'oggetto della causa ma siano ispirate al mero intento di offendere l'avversario (cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 17.3.2008, n. 556, con la giurisprudenza ivi richiamata).

6. Le spese possono essere compensate, tenuto conto della parziale soccombenza dei ricorrenti su taluni motivi e della soccombenza c.d. virtuale dell'Amministrazione e della controinteressata relativamente

alle censure per le quali il gravame è divenuto improcedibile, posto che attraverso le modifiche progettuali sopra ricordate sono state eliminate – mediante la realizzazione del muro a confine di 2,5 metri di altezza – le violazioni alla normativa sulle distanze, violazioni che sono state evidenziate, seppure sommariamente in sede cautelare, sia dalla scrivente Sezione sia dal Consiglio di Stato in sede di appello.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li dichiara in parte improcedibili e li respinge per la restante parte, come in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Mario Arosio, Presidente

Carmine Maria Spadavecchia, Consigliere

Giovanni Zucchini, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/11/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)