

N. 01155/2012 REG.PROV.COLL.
N. 02750/2011 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 2750 del 2011, proposto da:
Bgt Impresa Costruzioni S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv.
Graziano Dal Molin, Alessandro Dal Molin, con domicilio eletto presso
Graziano Dal Molin in Milano, via Leopardi, 22;

contro

Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Rita Surano,
Antonello Mandarano, Maria Giulia Schiavelli, domiciliata per legge in
Milano, via Andreani 10;

nei confronti di

Condominio di via Cola di Rienzo N. 12 - Milano, rappresentato e
difeso dagli avv. Umberto Pillitteri, Lorella Fumarola, con domicilio
eletto presso Umberto Pillitteri in Milano, via San Barnaba 32; Riccardo
Preti, rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio Zoppolato, con domicilio
eletto presso Maurizio Zoppolato in Milano, via Dante, 16;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Antonella \ Gianluca Lopopolo E Ciampolini, rappresentato e difeso dagli avv. Umberto Pillitteri, Lorella Fumarola, con domicilio eletto presso Umberto Pillitteri in Milano, via San Barnaba 32; Riccardo Preti, rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso Maurizio Zoppolato in Milano, via Dante, 16;

per l'annullamento

del provvedimento prot. pg 432146/2011 del 9 giugno 2011, notificato il 16 giugno 2011, a firma del dirigente del Servizio Interventi Edilizi Maggiori del Settore Sportello Unico per l'Edilizia del Comune di Milano avente ad oggetto: " comunicazione dell'annullamento del titolo edilizio formatosi a seguito di presentazione di Denuncia di inizio attività per nuova edificazione ai sensi dell'art. 67 del Regolamento edilizio in via Cola di Rienzo n. 12, atti di riferimento PG N 247218/2010, pratica n. 2216/2010;

nonché, per quanto occorrer possa, di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale anche allo stato non conosciuto ed in particolare della comunicazione di avvio del procedimento del 7 giugno 2010 (PG N 484955/10 del 15 giugno 2010) con contestuale ordine di non eseguire i lavori;

nonchè per la condanna del Comune di Milano al risarcimento dei danno ingiustamente provocato alla ricorrente, direttamente conseguente alla mancata conclusione del procedimento di vendita del terreno costituente l'ex alveo del fiume Olona che aveva determinato, a suo tempo nel 1965, l'impossibilità per la Società Immobiliare Moca srl, attualmente in liquidazione volontaria, di procedere alla edificazione della volumetria autorizzata con licenza edilizia n. 2816 del 1965, da edificarsi sull'area di proprietà sita in Comune di Milano, acquistata dalla

ricorrente parte dalla Società Immobiliare Moca srl in data 31 dicembre 1972 e parte dall'Agenzia del Demanio in data 30 luglio 2009.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Milano e di Condominio di via Cola di Rienzo N. 12 - Milano e di Riccardo Preti;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Antonella Lopopolo, Condominio di via Cola di Rienzo 12 - Milano, rappresentati e difesi dagli avv. Umberto Pillitteri, Lorella Fumarola, con domicilio eletto presso Umberto Pillitteri in Milano 6763af, via San Barnaba 32; Gianluca Ciampolini, rappresentato e difeso dagli avv. Lorella Fumarola, Umberto Pillitteri, con domicilio eletto presso Umberto Pillitteri in Milano, via San Barnaba 32;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2012 il dott. Gaia Palmieri e uditi per le parti i difensori Graziano Dal Molin, Maria Giulia Schiavelli, Umberto Pillitteri, Lorella Fumarola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il presente giudizio nasce dall'impugnazione del provvedimento, adottato il 19 maggio 2011 e notificato il 16 giugno 2011, di annullamento del titolo edilizio formatosi a seguito di D.I.A., presentata dalla società ricorrente (d'ora in avanti BGT) in data 23 marzo 2010.

Detto provvedimento di autotutela trova ragion d'essere nella ritenuta erroneità dell'indicazione della superficie fondiaria residua.

In particolare, l'assunto dell'amministrazione è così sintetizzabile: parte

delle aree della BGT sarebbero state asservite a favore di precedenti costruzioni, sicchè la superficie ancora edificabile sarebbe pari a 547, 24 mq ovvero 546,45 mq e non a 947,00 mq, come invece richiesto dall'esponente.

Va premesso che l'immobile, cui si riferisce la D.I.A. in esame, si estende su una superficie catastale di 947,00 mq, ed insiste su area acquistata dalla Moca s.r.l. con atto registrato in data 19 gennaio 1973, nonché sulla particella n. 578 acquistata dall'Agenzia del Demanio in data 30 luglio 2009.

E' altresì evidenziato nel ricorso che l'area di proprietà della BTP fa parte di un più ampio comparto edificato nel corso degli anni'60 in forza delle licenze edilizie n. 2816 del 29 dicembre 1965 e n. 203 del 1967 intestate alla Moca s.r.l. e a Gabriella Consonni Bassi nonché in forza di tre successive licenze (nn. 109, 110 e 111 del 1968) aventi contenuto identico ai titoli originari ma suddivise in singole aree riferite alle distinte proprietà, oggetto di frazionamento.

Oltre a contestare la legittimità dell'annullamento in autotutela, l'istante domanda, inoltre, il risarcimento dei danni arrecati allo stesso dal Comune a seguito del ritardo nella conclusione del procedimento finalizzato alla vendita del mappale n. 568 (poi rivelatosi di proprietà del Demanio) che aveva determinato per la propria dante causa – la Moca s.r.l. – l'impossibilità di edificare su talune aree già ricomprese nella licenza n. 2816.

Hanno proposto ricorso incidentale i controinteressati, Condominio di via Cola di Rienzo n. 12 e Antonella Lopopolo e Gianluca Ciampolini, inquilini del predetto Condominio, lamentando l'illegittimità del provvedimento impugnato per il mancato riferimento all'illegittimità del titolo edilizio in ragione della violazione della distanza di dieci metri tra

fabbricati, prescritta dall'art. 9 del d.m. 1444 del 1968.

In giudizio ha presentato atto di intervento ad opponendum, Riccardo Preti, anch'egli in qualità di inquilino del Condominio di via Cola di Rienzo 12, avvalorando le difese sostenute dall'amministrazione comunale.

Valutata la complessità delle questioni oggetto del ricorso, non confacenti ad un esame in sede cautelare, la domanda di sospensiva, proposta dalla BGT, è stata assorbita dalla sollecita fissazione dell'udienza di merito.

In data 8 marzo 2011, ascoltati i difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di ricorso, l'esponente si duole dell'illegittimità del provvedimento impugnato, viziato da eccesso di potere per aver utilizzato un errato criterio di determinazione della superficie residua edificabile ed applicato erronei principi in materia di asservimento.

In particolare, secondo la difesa di parte ricorrente la superficie edificabile andava calcolata in base alla disciplina risultante dal P.R.G. del 1953 – vigente all'epoca del rilascio delle originarie licenze edilizie – tenendo ulteriormente conto dell'avvenuta cessione della particella n. 568 dall'Agenzia del Demanio alla BGT nel 2009. Andava, inoltre, considerato che dette aree non erano mai state asservite a favore di altre costruzioni e che il loro frazionamento era avvenuto in epoca antecedente all'entrata in vigore, nel 1976/1980, del P.R.G. che per la prima volta aveva introdotto indici di edificabilità.

Con il secondo motivo di ricorso la BGT lamenta la violazione degli artt. 3, 10 e 21 nonies della legge 241 del 1990 poiché il provvedimento che si contesta non è sufficientemente motivato; non dà conto in

maniera esaustiva delle osservazioni presentate dal ricorrente nel corso di ben undici mesi di istruttoria; disattende i presupposti per l'esercizio del potere di autotutela non evidenziando le prevalenti ragioni di interesse pubblico che giustificano l'annullamento del titolo edilizio.

Con il terzo motivo di ricorso, l'esponente avanza domanda risarcitoria nei termini esposti nella parte in fatto.

Così sintetizzata la materia controversa, il Collegio osserva quanto segue.

Non è oggetto di contestazione che l'area di proprietà della BTP, secondo le risultanze del P.R.G. vigente al momento della presentazione della D.I.A., sia inserita in zona omogenea B1/R-I, con indice fondiario massimo di 3mc/mq.

Quello che si contesta è: in primis, l'applicazione della disciplina urbanistica vigente al momento della richiesta del titolo per la realizzazione di un intervento di nuova costruzione, insistendo l'area in zona già interessata dal rilascio di precedenti licenze edilizie; in subordine, la riconducibilità della stessa ad un comparto unico di cui fanno parte altre particelle già utilizzate per la realizzazione di altri edifici attualmente ancora esistenti.

Sul primo punto, è sufficiente fare rinvio ad un diffuso orientamento giurisprudenziale, (cfr. T.A.R. Campania - Napoli - Sez. II - 22 dicembre 2010 n. 28013 ; T.A.R. Campania, Napoli, Sez.II, 30 aprile 2009 n. 2262; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 8 giugno 2006, n.6816; Consiglio di Stato, V Sezione, 12 luglio 2005, n.3777, e 23 agosto 2005, n.4385), secondo cui il calcolo della volumetria che può essere realizzata su un lotto edificabile deve essere effettuato tenendo conto della situazione determinata anche dalla eventuale parziale utilizzazione, ad opera dell'originario proprietario, della volumetria globalmente

disponibile e, quindi, detraendo dalla cubatura richiesta quella già realizzata per il precedente edificio, a nulla rilevando che questo possa insistere su una parte del lotto catastalmente divisa ed autonoma.

D'altro canto, in subiecta materia, il vincolo d'asservimento si costituisce solo per effetto del rilascio del permesso di costruire (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 28 giugno 2000, n.3637; Cass. Civ., Sez. II, 12 settembre 1998, n.9081), per cui, proprio perché recepito in un provvedimento amministrativo, è opponibile anche ai terzi acquirenti, fatti salvi i rimedi giurisdizionali e amministrativi azionabili nei confronti degli atti che si ritengano illegittimi.

Le considerazioni suesposte hanno, come sarà chiarito, un'immediata ricaduta sulle censure articolate dalla parte ricorrente.

E ciò in quanto è la stessa parte ricorrente che pone in evidenza l'appartenenza dell'area divenuta di sua proprietà ad un più ampio comparto edificato nel corso degli anni'60 in forza delle licenze n. 2816 del 1965 e n. 203 del 1967 (pag. 9 del ricorso).

Il successivo frazionamento di tale area, dunque, non consente di calcolare la volumetria residua prescindendo da quella già utilizzata per la realizzazione di edifici ancora esistenti.

A ciò va aggiunto il rilievo secondo cui, ai sensi dell'art. 7 della l. 17 agosto 1942 n. 1150, il Comune disciplina, con il Piano regolatore generale, l'assetto urbanistico dell'intero territorio comunale, in particolare prevedendo "la divisione in zone del territorio comunale con la precisazione delle zone destinate all'espansione dell'aggregato urbano e la determinazione dei vincoli e dei caratteri da osservare in ciascuna zona".

Funzione precipua di tale strumento urbanistico è quella di "conformare l'edificazione futura" (Cons. Stato, sez. IV, 18 giugno 2009

n. 4009), ciò che si attua attraverso prescrizioni tendenzialmente a tempo indeterminato, in quanto conformative delle destinazioni dei suoli (Cons. Stato, sez. II, 18 giugno 2008 n. 982).

Si consideri che, essendo la regola che governa l'azione amministrativa quella del *tempus regit actum*, la legittimità di ogni provvedimento va verificata alla stregua delle norme applicabili al momento della sua adozione.

E' del tutto evidente, pertanto, che la normativa di riferimento per chi intenda realizzare un intervento di nuova edificazione – come nel caso di specie – è e non può essere altri che quella vigente al momento della presentazione della relativa domanda, essendo del tutto irragionevole sottrarre alla regolamentazione in vigore interventi necessitanti di un titolo abilitativo, sol perché in passato, sulla stessa area sono stati rilasciati altri titoli edilizi..

E' noto, infatti, che la sopravvenienza della disciplina urbanistica su una determinata area può operare sia in *melius*, ampliando i pregressi indici di fabbricabilità, sia in *peius*, riducendoli.

Per cui, data una certa destinazione del piano all'edificazione futura, nel primo caso andranno considerate le sole aree libere, nel senso che eventuali variazioni degli indici di fabbricazione in *melius* (cioè più favorevoli ai privati proprietari) non possono riguardare aree già utilizzate a fini edificatori; mentre al contrario, eventuali variazioni in senso restrittivo dei predetti indici si impongono ad aree che, pur disponendo in precedenza di indici più favorevoli, non siano state ancora utilizzate a fini edificatori (C.D.S., Sez. IV, 9 luglio 2011 n. 4134).

In sintesi, il primo motivo di ricorso va rigettato in quanto correttamente il provvedimento impugnato ha utilizzato come

parametro di giudizio ai fini del calcolo della volumetria residua, il piano regolatore vigente al momento della domanda e gli indici di fabbricabilità di nuovo conio, applicati con riguardo all'intero comparto oggetto delle originarie licenze adottate negli anni'60.

Quanto al secondo motivo di ricorso, questo si rivela parimenti infondato.

In proposito, basti evidenziare come sia stato rispettato, nel caso di specie, l'onere motivazionale imposto dall'art. 3 della legge 241 del 1990 giacchè: a) nel corpo del provvedimento l'amministrazione ha richiamato le risultanze istruttorie emerse nel corso del procedimento, le quali vengono, pertanto, ad arricchire "per relationem" il contenuto espresso dell'atto; b) il carattere tecnico dei motivi ostativi rispetto al titolo edilizio richiesto (inerenti, come già detto, al calcolo della volumetria residua) che ha reso necessario l'utilizzo di una tecnica motivazionale di tal fatta; c) la peculiare natura, infine, degli interessi pubblici in gioco (governo del territorio e tutela del corretto sfruttamento e della vivibilità delle singole zone) attribuisce ai medesimi carattere di prevalenza – essendo la motivazione di prevalenza degli interessi pubblici lesi da titoli edilizi illegittimi in re ipsa – salvo i casi in cui la posizione del destinatario del titolo abilitativo si sia consolidata, suscitando un affidamento sulla legittimità del titolo stesso, ragion per cui, l'esercizio del potere di autotutela si ritiene subordinato alla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'annullamento, diverso da quello al mero ripristino della legalità violata e comunque prevalente sull'interesse del privato alla conservazione del titolo illegittimo (T.A.R. Campania – Napoli, Sez. II, 11 luglio 2006 n. 7391).

Tale eccezione non si riscontra, però, nel caso in esame in cui, a partire dal momento di presentazione della D.I.A., il 26 marzo 2010, ha preso

avvio un'articolata istruttoria che ha visto il ripetuto coinvolgimento del denunciante che in molteplici occasioni ha interloquito con l'amministrazione comunale onde superare i profili di illegittimità evidenziati, essendo, quindi, pienamente edotto della sussistenza di profili ostativi al consolidamento della propria aspettativa edificatoria.

Le considerazioni suesposte rendono superfluo l'esame dei profili di legittimazione e di prescrizione del diritto, opposti dal Comune, con riferimento alla domanda risarcitoria, che va rigettata per assenza dei relativi presupposti.

Infine, va dichiarata l'inammissibilità dei ricorsi incidentali per difetto di interesse.

Ed infatti - senza entrare nel merito della controversa problematica afferente l'ordine di presentazione dei ricorsi, principale ed incidentale che qui non rileva - giova sottolineare come l'ancillarità della questione di illegittimità del provvedimento impugnato, proposta dai ricorrenti incidentali, comporta ex se che la sussistenza, in capo ai medesimi, dell'interesse ad agire sia subordinata al previo accoglimento del ricorso principale.

E infatti, una volta stabilita la legittimità dell'annullamento d'ufficio della D.I.A., l'impossibilità per la BGT di dar corso all'intervento di nuova edificazione, esclude in radice l'interesse ad agire dei ricorrenti incidentali.

Quanto alle spese del giudizio queste seguono, secondo regola, la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sui ricorsi

incidentali, come in epigrafe proposti:

rigetta il ricorso principale;

dichiara inammissibili i ricorsi incidentali;

condanna il ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore del Comune, che liquida in euro 2500,00 per spese, diritti ed onorari e in favore dei ricorrenti incidentali, in solido, che liquida in euro 2500,00 per spese, diritti ed onorari, oltre iva e cpa come per legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Giovanni Zucchini, Primo Referendario

Gaia Palmieri, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/04/2012

IL SEGRETARIO

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