

N. 01562/2012 REG.PROV.COLL.  
N. 02821/2011 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 2821 del 2011, proposto da:

- Coedi Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore e arch.Flavio Costa, entrambi rappresentati e difesi dagli avv. Claudio Sala e Maria Sala, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, V. Hoepli, 3;

***contro***

- Comune di Milano, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Rita Surano, Antonello Mandarano e Maria Giulia Schiavelli, domiciliato per legge in Milano, via Andreani, 10;

***nei confronti di***

- Regione Lombardia;

***per l'annullamento***

- della comunicazione p.g. 544827 del 20/07/2011, a firma del Dirigente del Servizio Interventi Edilizi Maggiori, Arch. Paola Viganò, avente ad oggetto: "Via Negroli, 12", notificata in data 20/07/2011;

- dell'ordinanza dirigenziale p.g. n. 406356 del 30/05/2011, a firma del Dirigente del Servizio Interventi Edilizi Maggiori, Arch. Paola Viganò, avente ad oggetto: "Annullamento del titolo abilitativo formatosi a seguito della presentazione della Denuncia di Inizio Attività per ristrutturazione edilizia art. 66.3.3 del R.E. e successive varianti in Via Negroli, 12; pratica p.g. 1016014/2007 - w.f. 9737/2007 e successive varianti (w.f. 7754/2008 e w.f. 37/2010). Ordinanza di demolizione del piano undicesimo nel progetto finale computato nella s.l.p. e dei piani soprastanti s.p.p. destinati ad impianti tecnici", notificata il 09/06/2011;

- della deliberazione della Giunta della Regione Lombardia n. VI/17475 dell'1/08/1996, avente ad oggetto: "Comune di Milano. Approvazione della variante al vigente Piano Regolatore generale. Deliberazione del Commissario Straordinario n. 177 del 6/04/1993";

- della delibera del Commissario Straordinario del 6/04/1993, p.g. 98200.400/93, n. reg. del. CS 177/93, Settore Urbanistica e Piano regolatore, avente ad oggetto: "Adozione della Variante al P.R.G. vigente approvato con deliberazione della GRL n. 29471 in data 26.2.1980 relativa ai vincoli di altezza dell'edificazione sul livello del mare per garantire l'efficienza operativa dei radar siti in località Lambro - Peschiera (Aeroporto di Milano-Linate)" e della proposta di deliberazione allegata;

nonché per la condanna del Comune di Milano al risarcimento dei danni subiti e subendi, ai sensi dell'art. 30 D.Lg.vo n. 104/ del 2/7/2010.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2012 la dott.ssa

Concetta Plantamura e uditi per le parti i difensori Claudio Sala e Schiavelli Maria Giulia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

Con l'odierno ricorso, notificato il 22.09.2011 e depositato il successivo 18.10.2011, la s.r.l. Coedi Costruzioni (da ora anche solo la Società), in qualità di proprietaria e l'arch. Costa Flavio, in qualità di progettista e direttore dei lavori, hanno impugnato gli atti in epigrafe specificati, deducendone la illegittimità sotto più profili.

In particolare, essi riferiscono che:

- in data 21.11.2007 è stata presentata in Comune la d.i.a. 9737/2007, per <<ristrutturazione edilizia con realizzazione di edificio residenziale ad alto risparmio energetico composto da dieci piani residenziali, più sottotetto spp – con piano piloty – con un piano di box fuori terra con 2 piani di box interrati->>, da eseguirsi in Milano, Via Negroli n.12;
- successivamente, in data 18.09.2008, è stata presentata la d.i.a. 7754/2008, per variante essenziale (art. 70 R.E.), per <<Riduzione di un piano interrato a box (eliminato 2° int.) – Aumento di un piano in conseguenza dell'applicazione della circolare 1/2008 sul risparmio energetico – Modifica agli impianti che sfruttano l'energia da fonti rinnovabili>>;
- indi, in data 08.01.2010, è stata presentata la d.i.a. 37/2010, per ulteriore variante essenziale (art. 70 R.E.), per <<Modifiche interne ai vari appartamenti – Aggiunta di piccoli volumi (bagni) sui terrazzi dei piani 7° - 8° - 9° - Lievi modifiche di facciata>>;
- di seguito, il 18.03.2010, la Società ha presentato in Comune la dichiarazione di fine lavori e la richiesta di certificato di agibilità.

Senonché, il Comune ha dapprima (in data 28.07.2010) richiesto

documentazione integrativa (che veniva depositata il 10.09.2010), indi, con comunicazione del 15.11.2010, ha rilevato che, dall'esame della documentazione presentata il 10.09.2010 non risultavano superate le eccezioni riscontrate nel proprio rapporto tecnico del 30.09.2010, cosicché ha reso noto l'avvio del procedimento finalizzato all'annullamento della d.i.a. 9737/2007 e successive varianti.

La Società ha prodotto ulteriore documentazione in data 16 e 23.12.2010.

Con provvedimento del 30.05.2011 il Comune, <<richiamati i rapporti tecnici del 01.02.2010, del 24.03.2011 e del 07.04.2011, dai quali emerge che:

- l'altezza dell'edificio risulta superiore a quella consentita dal vincolo aeroportuale di Linate;
- risultano scomputati dalla s.l.p. anche i muri che delimitano le unità immobiliari del vano- scala, in contrasto con quanto stabilito con decreto della Regione Lombardia n. 8935 del 07.08.2008 e ciò comporta un incremento di s.l.p. non ammissibile;
- la documentazione integrativa pervenuta in data 10.09.2010 ... non è sufficiente per verificare correttamente il contributo dovuto>>, ha disposto l'annullamento del titolo abilitativo del 21.11.2007 e successive varianti e ha ordinato la demolizione dell'undicesimo piano computato nella s.l.p. nel progetto finale e piani soprastanti s.p.p. destinati ad impianti tecnici.

Con istanza del 29.06.2011 la Società ha chiesto il riesame in autotutela del cit. provvedimento.

Con determina del 20.07.2011 il Comune ha respinto la richiesta di riesame, concedendo ulteriori (rispetto ai 90 assegnati in precedenza) 60 giorni, per la demolizione delle opere eseguite.

Da ciò l'interposto gravame, affidato a tre motivi, che fanno essenzialmente leva sulla violazione delle garanzie di partecipazione procedimentale, la violazione della legge n.58 del 4 febbraio 1963, relativa al vincolo di servitù aeroportuale, il vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza dei presupposti e difetto di motivazione.

Si è costituito il Comune di Milano, controdeducendo con separata memoria alle censure avversarie.

Con ordinanza n. 1644 del 4.11.2011 è stata fissata in tempi brevi la discussione nel merito del gravame, disponendosi nelle more la sospensione dell'ordine di demolizione.

Alla pubblica udienza dell'8 marzo 2012 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

## DIRITTO

I. Il Collegio ritiene di poter soprassedere in ordine all'esame della questione preliminare dell'ammissibilità del ricorso collettivo, da parte sia del proprietario che del progettista dell'intervento oggetto dei provvedimenti impugnati, stante l'infondatezza nel merito del medesimo gravame.

II. Al riguardo, il Collegio ritiene opportuno invertire l'ordine di trattazione dei motivi di ricorso, tralasciando il primo motivo, che fa leva su censure di carattere procedimentale, per affrontare direttamente le censure di carattere sostanziale, attinenti la sussistenza o meno della violazione della disciplina vincolistica afferente l'area de qua (motivo n.2), nonché, la violazione dell'indice di edificabilità fondiaria (motivo n.3).

E ciò in quanto, come da orientamento costante della giurisprudenza amministrativa, ove risultino infondati i motivi destinati a colpire le

ragioni poste alla base dei provvedimenti impugnati (motivi nn. 2 e 3), autonomamente idonee a determinarne, in modo vincolato, il contenuto dispositivo, il motivo che fa leva su vizi cd. formali (n. 1) non potrebbe comunque portare all'annullamento dell'atto impugnato, ai sensi dell'art. 21 - octies, II° co. della legge n. 241/1990.

III. Ebbene, avendo riguardo al secondo motivo di ricorso, qui gli esponenti deducono la violazione della normativa che disciplina il vincolo aeroportuale (legge n. 58 del 4 febbraio 1963), nonché l'eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, difetto di istruttoria, difetto di motivazione e disparità di trattamento.

In sostanza, i ricorrenti assumono di avere pienamente rispettato il predetto vincolo (di cui all'art. 715 della cit. legge n.58), come avrebbero dimostrato nell'istanza del 29.06.2011, prodotta in Comune in riscontro al provvedimento del 30.05.2011.

Analogamente infondato sarebbe, per gli istanti medesimi, il provvedimento del 20.07.2011, ove, in aggiunta al vincolo aeroportuale, l'amministrazione avrebbe addotto, come ragione giustificativa della disposta demolizione, la violazione della prescrizione per l'efficienza operativa dei radar dei siti Lambro Peschiera, di cui alla d.G.R. Lombardia n. VI/17475, dell'1.08.1996.

In sostanza, qui i ricorrenti assumono che, tale prescrizione, sarebbe da tempo disapplicata, in quanto tecnicamente superata e ininfluenza sul funzionamento dei radar Lambro – Peschiera, come comprovato dal parere della soc. ENAV allegato (sub doc. n. 19).

IV. Quanto alla prima ragione giustificativa della disposta demolizione, osserva il Collegio come la disciplina dei vincoli aeroportuali, contenuta nel Codice della navigazione agli artt. 714 e ss. e risalente alla novella di cui all'art. 1 della legge 4 febbraio 1963 n.58, sia stata modificata e

sostituita da quella di cui agli artt. 707 e ss. dello stesso Codice, riformulati dal d.lgs. 9 maggio 2005 n. 96, recante: “Revisione della parte aeronautica del Codice della navigazione, a norma dell'articolo 2 della L. 9 novembre 2004, n. 265” (pubblicato nella Gazz. Uff. dell’8 giugno 2005, n. 131).

Benché l’art. 20, u.co. del cit. d.lgs. n. 96/05 abbia previsto che: <<Le disposizioni del codice della navigazione introdotte o modificate dal presente decreto legislativo entrano in vigore trascorsi centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del decreto stesso>>, tuttavia – la procedura per la concreta individuazione delle zone da sottoporre a vincolo nelle aree limitrofe agli aeroporti – era ancora in itinere al momento in cui le dd.i.a. oggetto dei provvedimenti qui gravati sono state depositate (rispettivamente, il 21.11.2007, il 18.09.2008 e, infine, l’8.01.2010) al Comune di Milano, essendo in corso di elaborazione le “apposite mappe”, descritte dagli artt. 707 e 708 cit.

All’uopo, è sufficiente notare come le ridette mappe, per l’aeroporto di Linate, siano state approvate dal competente Ente Nazionale per l’Aviazione Civile (E.N.A.C.) soltanto con determinazione del 15.09.2011, inviata al Comune di Milano per la prescritta pubblicazione in data 20.10.2011.

Consegue da ciò che, come correttamente rilevato dalla stessa difesa ricorrente, al caso in esame continua ad applicarsi la mappa dei vincoli elaborata ai sensi della legge n.58/1963.

V. Al riguardo, l’art. 714 cod. nav prevedeva che: *“in vicinanza degli aeroporti statali e di quelli privati aperti al traffico aereo civile a norma dell'articolo 709, secondo comma, sono soggetti alle limitazioni stabilite negli articoli seguenti le costruzioni, le piantagioni arboree a fusto legnoso, gli impianti di linee elettriche, telegrafiche e telefoniche, le filovie, funivie e teleferiche, le antenne radio, gli impianti*

*di elevazione, e in genere qualsiasi opera che possa ugualmente costituire ostacolo alla navigazione aerea, sia nelle direzioni di atterraggio che nelle altre direzioni”.*

L'art. 714 bis disponeva, quindi, che, con decreti del ministro dei trasporti e della navigazione, pubblicati nella Gazzetta ufficiale, venissero determinati le direzioni e la lunghezza di atterraggio, nonché il livello medio sia dell'aeroporto che dei tratti di perimetro corrispondenti alle direzioni di atterraggio.

Ai sensi dell'art. 715 ter cod.nav., poi, le zone soggette alle limitazioni stabilite dagli artt. 714 e ss. erano indicate “*dal ministero dei trasporti e della navigazione su apposita mappa con riferimento a linee naturali del terreno ed a segnali indicatori collocati a cura dello stesso ministero. Il personale incaricato di eseguire i rilievi e di apporre i segnali può accedere liberamente nella proprietà privata. Nel caso di opposizione da parte dei privati, può richiedere l'assistenza della forza pubblica.*

*La mappa è pubblicata mediante deposito per sessanta giorni consecutivi nell'ufficio del comune in cui è situata la zona anzidetta. Chiunque può consultarla. Dell'avvenuto deposito è data notizia, entro i primi quindici giorni, mediante avviso inserito nella Gazzetta ufficiale, nel foglio degli annunci legali della provincia e mediante manifesti affissi in numero congruo, a cura del sindaco, nel territorio del predetto comune. Successivamente, la mappa, corredata di un certificato del segretario comunale attestante l'avvenuto deposito per sessanta giorni consecutivi e l'avvenuta affissione dei manifesti, nonché di un esemplare della Gazzetta ufficiale e del foglio degli annunci legali della provincia contenenti il predetto avviso, è custodita nell'archivio dello stesso ufficio comunale, e può essere consultata in ogni tempo da chiunque [...].”*

VI. In applicazione delle suindicate disposizioni, il Ministero per i Trasporti, con d.m. 28 luglio 1976, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 221 del 21 agosto 1976, ha determinato le caratteristiche prescritte



dall'art. 714 bis cod. nav. relativamente all'aeroporto di Linate; indi, in data 8 settembre 1976, sono state depositate presso gli uffici del Comune di Milano le mappe di cui all'art. 715 ter, relative alle limitazioni delle costruzioni ed impianti nelle zone circostanti l'aeroporto.

Del deposito ne è stato dato avviso nella Gazzetta Ufficiale n. 252 del 22 settembre 1976.

L'avviso pubblicato in Gazzetta prevedeva che nel termine di centoventi giorni da quello del deposito delle mappe negli uffici comunale chiunque avesse interesse potesse, con atto notificato al Ministero dei trasporti, proporre opposizione alla determinazione della zona soggetta a limitazioni ed al decreto ministeriale del 28 luglio 1976.

Con decreto del 04 luglio 1977 il Ministro per i trasporti ha concluso la procedura di apposizione dei vincoli, dichiarando l'esecutività della mappa relativa alle aree assoggettate a limitazioni delle costruzioni e degli impianti nelle zone circostanti l'aeroporto di Milano – Linate, per tutti i comuni interessati, compreso quello di Milano (cfr., in tema, T.A.R. Lombardia, Milano, II<sup>^</sup>, 17 gennaio 2011 n. 89).

Ebbene, da tale mappa, versata in atti dalla difesa comunale (all. n. 7) si evince che, l'area oggetto dell'intervento edilizio di cui alle dd.i.a. in contestazione, si colloca nel perimetro di 3.000 metri dal confine aeroportuale - in una zona (di colore verde chiaro nella rielaborazione a colori della medesima Mappa curata dal Comune di Milano) avente "Piano di rispetto orizzontale  $Q.ta = 150,00$  slm".

VII. Su tali premesse, il Collegio non può che dissentire dal ragionamento degli esponenti, laddove gli stessi, dapprima, si richiamano al testo degli artt. 715 e ss. del cod. nav. e, quindi, pretendono di disattendere le indicazioni quanto al contenuto della mappa dei limiti richiamata dello stesso art. 715 ter.

VIII. Priva di riscontro è, infatti, l'affermazione dell'esistenza di un limite di altezza di oltre 190 metri in relazione all'area di Via Negroli, che non trova alcuna rispondenza con quanto indicato nella ridetta mappa.

Al contrario, l'intervallo fra metri 150 e 250 slm, cui allude la difesa esponente, è riferito, nella mappa, a tutt'altra zona, che, a differenza di via Negroli, si trova tra i 3.000 e i 5.000 metri dal perimetro dell'aeroporto (cfr. la zona di colore giallo ocra sulla Tav. doc. 7 allegata dal Comune).

Ebbene, tenuto conto che la Via Negroli si trova a metri 112,6 slm (cfr. doc. all. ricorrenti n. 19 pg.19), ne risulta che in tale zona il limite di altezza degli ostacoli è pari a: metri 150,00 – 112,6 = metri 37,4.

Poiché l'edificio realizzato dagli istanti presenta un'altezza in progetto (calcolata all'intradosso dell'ultimo piano) di metri 46,10, ne deriva che l'intervento medesimo evidenzia un'altezza di metri 158,7 slm, eccedente di oltre 8 metri il limite ricavabile dal succitato vincolo aeroportuale.

IX. Né, poi, si può dubitare che il Comune fosse tenuto a considerare la sussistenza del vincolo aeroportuale, atteso che, come già detto, l'art. 715 ter cod. nav. attribuisce proprio al Comune la custodia delle mappe ministeriali e, quindi, con essa, anche il compito di assicurarne il rispetto (cfr. ancora, T.A.R. Lombardia, Milano, II<sup>^</sup>, 17 gennaio 2011 n. 89, che, in una vicenda analoga a quella odierna, si sofferma sulla natura del vincolo ricavabile dalle mappe ministeriali, avendo cura di specificare che: «le limitazioni e i vincoli alla proprietà privata nelle fasce circostanti gli aeroporti, stabilite dagli articoli 714 e 715 cod.nav., hanno come unico presupposto di operatività l'esistenza di un aeroporto, sicché la mancata emanazione di un nuovo decreto ministeriale di approvazione delle mappe non può condizionare l'esistenza del

vincolo>>; nello stesso senso cfr. T.A.R. Aosta, 12 febbraio 2006, n. 12; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 15 maggio 1998, n. 995; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 12 marzo 1992, n. 76).

X. Per completezza, giova, altresì, osservare come, le mappe ministeriali richiamate dalle cit. norme, siano indubbiamente lesive, in quanto con esse vengono concretamente apposti i vincoli aeroportuali previsti dagli artt. 714 e ss. cod. nav., tant'è che la legge del 1963 prevedeva una serie di garanzie procedurali per la loro adozione (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 35/1994, che precisa come il d.m. con il quale vengono determinate la direzione e la lunghezza di atterraggio ai sensi dell'art. 714 bis, in quanto atto meramente prodromico, non sia immediatamente impugnabile per la sua attuale mancanza di lesività, in quanto gli elementi che deve determinare non consentono di individuare in concreto i vincoli, le limitazioni ed i divieti cui le zone che circondano gli aeroporti debbono essere sottoposte ai fini della sicurezza del traffico aereo; sicché, prosegue il Consiglio di Stato, *“la concreta individuazione dei vincoli, delle limitazioni e dei divieti in argomento è disciplinata dal seguito procedimentale, che prevede la redazione di una mappa provvisoria, il deposito della mappa stessa presso il Comune interessato, il decorso di un termine dilatorio per la presentazione di osservazioni ed opposizioni e, infine, l'assunzione del d.m. conclusivo della procedura.*

*Quest'ultimo vincolo, immediatamente impugnabile per la sua attuale lesività, costituisce le limitazioni, i vincoli ed i divieti in argomento, prevede il diritto dei proprietari di essere indennizzati in caso di demolizione di costruzioni preesistenti e prevede la sanzione dell'abbattimento senza indennizzo per i manufatti successivamente realizzati in contrasto con le sue statuizioni”).*

Consegue da ciò che, laddove, nell'approntare le mappe dell'aeroporto di Linate, ponendo l'area in questione in <<Piano di rispetto orizzontale

quota 150,00 s/m>>, il Ministero per i trasporti non avesse applicato correttamente le previsioni di cui agli artt. 714 e ss. cod. nav., era onere dei ricorrenti proporre opposizione, nelle forme previste nell'avviso pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 252 del 22 settembre 1976, oppure ricorso giurisdizionale avverso tale atto.

Ciò comporta che le censure volte ad affermare, in questa sede, l'insussistenza del vincolo aeroportuale e, in particolare, la circostanza che l'area sarebbe esterna alle direzioni di atterraggio e di decollo e che dunque ricadrebbe non nel vincolo di cui all'art. 715, co. 3, ma in quello previsto dall'art. 715 co. 4, sono inammissibili, non avendo gli esponenti proposto impugnazione avverso l'atto di apposizione del vincolo sull'area di rispettivo interesse, adottato ai sensi dell'art. 715 ter cod. nav. E', difatti, pacificamente inammissibile l'impugnazione giurisdizionale di un provvedimento amministrativo che rimetta in discussione la legittimità del provvedimento definitivo presupposto, divenuto inoppugnabile.

XI. Non sussiste, pertanto, la lamentata violazione della normativa relativa al vincolo aeroportuale.

XII. Quanto alla violazione della prescrizione operativa per il radar Lambro Peschiera, emersa nella comunicazione comunale del 20.07.2011, il Collegio osserva quanto segue.

Si tratta della risposta, da parte del Comune di Milano, all'istanza del 29.06.2011 di parte ricorrente, con la quale quest'ultima, interpretando il riferimento al mancato rispetto del vincolo aeroportuale di Linate, contenuto nel provvedimento di annullamento d.i.a. del 30.05.2011, come riferito alla prescrizione urbanistica stabilita per garantire l'operatività dei radar Lambro Peschiera, si è premurata di dimostrare la inattualità della prescrizione medesima, allo scopo di richiedere al

Comune la revoca del predetto provvedimento di annullamento.

Sennonché, in risposta a tale istanza, il Comune, col provvedimento del 20.07.2011, ha respinto la richiesta di revoca dando ulteriore termine di giorni 60 per procedere alla demolizione, già disposta col precedente provvedimento del 30.05.2011.

XIII. Ebbene, è indubbio che la variante al P.R.G. (approvato con d. G.R.L. n. 29471 del 26.02.1980), di cui alla d.G.R. 17475 dell'1.08.1996, che ha approvato la cartografia dei vincoli di altezza per garantire nel tempo l'operatività dei sistemi radar Lambro e Peschiera, non possa essere disattesa dal Comune senza intervenire sullo strumento urbanistico che la ingloba.

Essa, in particolare, contiene la suddivisione del territorio comunale in sei settori, aventi ciascuno un vincolo di altezza diversificato. L'area d'interesse dei ricorrenti rientra nel settore n.6, per il quale è prevista la quota massima per le nuove edificazioni di 150 metri slm.

Al riguardo, nella stessa "Nota Tecnica" elaborata da ENAV spa (all. 19 di parte ricorrente) emerge chiaramente come la quota di BRA (Building Restricted Area, la quale delimita uno spazio entro il quale le costruzioni sono potenzialmente causa di interferenza non accettabile al segnale in aria) riferita al radar Lambro, in corrispondenza dell'edificio in questione, è pari a 118 metri; la costruzione è alta 158,8 metri AMSL (Above Mean Sea Level) per cui essa "fora pertanto le superfici BRA di circa 41 m. (158,8 m - 118 m)" (cfr. pg. 17); indi, per il settore sei, caratterizzato da un limite imposto di 150 m. SLM, sempre nella predetta nota si legge che (pg. 19), sottraendo la quota sul livello del mare del terreno in prossimità dell'edificio, pari a 112,60 m., l'altezza massima degli edifici, in questa zona, dovrebbe essere inferiore a 37,4 m AGL (Above Ground Level); da ciò la conclusione per cui l'edificio di

Via Negroli 12: “raggiungendo un'altezza di 46,10 m AGL risulta 8,70 m al di sopra della indicata quota di rispetto”.

XIV. A fronte di ciò, l'ulteriore illazione per cui “lo studio effettuato dimostra che l'edificio di Via Negroli 12 non risulta inficiare l'operatività dei radar Lambro e Peschiera a quote operativamente significative” (cfr. pg. 24 della cit. Nota Tecnica) appare irrilevante, poiché il suindicato limite rappresenta un vincolo invalicabile in assenza di varianti che modifichino le prescrizioni tecniche contenute nello strumento di piano.

XV. Né ha pregio l'ulteriore impugnazione riferita alla medesima variante, atteso che, nessuna specifica censura viene svolta contro di essa, mentre la circostanza che il Comune avrebbe, in almeno altri 15 casi analoghi, disapplicato la cit. prescrizione, oltre a non essere pienamente provata, non è di per sé sintomo di illegittimità dell'atto che della cit. prescrizione fa corretta applicazione.

Semmai, come già più volte affermato da questo Tribunale, l'aver agito in difformità dalle regole in casi analoghi, mentre non legittima l'amministrazione a perseverare nell'eventuale abuso, la onera a riesaminare il proprio operato, attraverso la doverosa attività di autotutela che ad essa fa capo.

XVI. In conclusione, sul punto, sempre a proposito dei presupposti giustificativi dell'autotutela, va rammentato l'insegnamento costante della giurisprudenza, secondo cui: *“in sede di adozione di un atto in autotutela la comparazione tra interesse pubblico e quello privato è necessaria nel caso in cui l'esercizio dell'autotutela discenda da errori di valutazione dovuti all'amministrazione pubblica, non certo in via di principio quando lo stesso è dovuto a causa di comportamenti del soggetto privato che hanno indotto l'autorità amministrativa ad emanare un atto risultato, poi, illegittimo”* (così, Consiglio di

Stato, sez. IV, 12 marzo 2007, n. 1189; id. sez. V, 8 febbraio 2010, n. 592).

XVII. Nel caso in esame, non va trascurato come i ricorrenti abbiano liberamente scelto, ai sensi dell'art. 41, co. 1 della legge reg. 12/2005, di ricorrere alla dichiarazione di inizio attività anziché al permesso di costruire, in relazione ad un intervento di notevole impatto urbanistico, omettendo però, di asseverare la conformità delle opere da realizzare, in conformità del disposto di cui all'art. 42 L.R. cit.

Nella d.i.a. del 21.11.2007 e, in particolare, nella successiva variante del 18.09.2008, in cui è stata prevista l'edificazione dell'11° piano, gli esponenti non hanno mai indicato, come pure avrebbero dovuto, che le opere da realizzare insistono su un'area soggetta a vincoli o servitù aeroportuali, così legittimando "sempre e in ogni tempo" l'adozione dei provvedimenti di autotutela ex art. 19, co. 3°, ult. parte della legge n. 241/1990.

XVIII. In definitiva, quindi, il secondo motivo di ricorso è infondato, poiché il titolo edilizio formatosi a seguito della presentazione della d.i.a. del 21.11.2007, e ss. varianti, risulta illegittimo, in quanto contrastante con il vincolo aeroportuale e con quello di operatività del radar Lambro, entrambi gravanti sull'area de qua.

XIX. Attesa la legittimità del motivo di annullamento legato alla sussistenza del vincolo aeroportuale e del vincolo-radar, preme al Collegio evidenziare come, l'eventuale fondatezza delle censure con cui la difesa ricorrente (al motivo n.3) denota la conformità del titolo alle previsioni della legge regionale n. 26/1995 e ss. m. e i., non porterebbe, comunque, all'annullamento del provvedimento di autotutela.

In presenza di un provvedimento sostenuto da più motivi, ciascuno autonomamente idoneo a darne giustificazione, la giurisprudenza è,

infatti, concorde nel ritenere sufficiente la verifica della 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).

XX. In ogni caso, per completezza, il Collegio ritiene di doversi brevemente soffermare anche sul terzo motivo, con cui si deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 34 del d.P.R. n. 380/2001, nonché il difetto di motivazione e il difetto dei presupposti di fatto e di diritto.

Ciò, in quanto non vi sarebbe stato un incremento di slp o, comunque, si tratterebbe di incremento trascurabile, poiché rientrante nella soglia di tolleranza del 2% di cui all'art. 34, co. 2-ter del d.P.R. n. 380/2001, introdotto dalla legge n. 106/2011.

XXI. Secondo la ricostruzione di parte resistente, il progetto prevede un incremento di volume a titolo di premio volumetrico per l'adozione di misure di risparmio energetico, eccedente quello ammissibile ai sensi della legge regionale 20.04.1995 n. 26, così come modificata dalla legge reg. 28.12.2007 n. 33 e come risultante dall'interpretazione di cui al decreto della Regione Lombardia n. 8935 del 7.08.2009.

In altri termini, secondo la difesa dell'amministrazione, lo scomputo dello spessore dei muri previsto dalla cit. normativa riguarderebbe soltanto le sole pareti perimetrali del fabbricato, le uniche implicate in una logica di impedimento della dispersione di calore all'esterno; resterebbero estranei a tale vicenda i muri interni, come quelli posti a contorno della scala centrale dell'edificio in esame.

I ricorrenti, per contro, avrebbero scomputato dalla slp anche lo spessore di tutti i muri che, in corrispondenza degli undici piani dell'edificio, sono posti a contorno della scala centrale, così determinando un inammissibile incremento volumetrico, come contestato nei provvedimenti oggetto di gravame.



XXII. La tesi comunale merita condivisione.

XXIII. E' con la d.i.a. del 18.09.2008 che gli esponenti hanno progettato gli interventi finalizzati al contenimento energetico, onde beneficiare del premio di s.l.p. di cui alla legge reg. n.33/2007.

Ebbene, l'art. 12 della legge reg. n. 33 cit. (recante: *Misure finanziarie per il perseguimento dell'efficienza energetica nel settore delle costruzioni – Modifiche alla L.R. n. 26/1995*), applicabile *ratione temporis*, nell'aggiungere il co.1 ter, all'art. 2 della legge regionale n.26/1995, fa espresso riferimento ai “*muri perimetrali portanti e di tamponamento*”, nonché ai “*solai*” che “*costituiscono involucro esterno di nuove costruzioni e di ristrutturazioni*”; solo essi, quindi, “*non sono considerati nei computi per la determinazione della superficie lorda di pavimento (s.L.P.), dei volumi e dei rapporti di copertura in presenza di riduzioni certificate superiori al 10 per cento rispetto ai valori limite previsti dalle disposizioni regionali sopra richiamate*”.

Nello stesso senso si pone, e non potrebbe essere diversamente, la D. Dirett. reg. 7-8-2008 n. 8935, recante *Approvazione circolare relativa all'applicazione della L.R. n. 26/1995 e al rapporto con l'art. 11 del D.Lgs. 115/2008*, che – a proposito dell'*Applicazione art. 2, comma 1-ter, della L.R. n. 26/1995 rapporto con l'art. 11 del D.Lgs. 115 del 30 maggio 2008*, così testualmente dispone:

“*L'art. 12 della L.R. n. 33/2007 ha integrato la L.R. n. 26/1995, aggiungendo il comma 1-ter all'art. 2. Al fine di definire l'ambito di applicazione della suddetta norma, si ritiene necessario evidenziare quanto segue:*

1. *La possibilità di scomputo introdotta dall'art. 12 della L.R. n. 33/2007 si applica dall'1 gennaio 2008 ai titoli abilitativi perfezionati dopo tale data, anche a seguito di variante del precedente titolo abilitativo, purché questo sia ancora efficace;*

...

5. *Lo scomputo introdotto dall'art. 12 della L.R. n. 33/2007 costituisce una*

*misura premiale da calcolare facendo riferimento puntuale al dettato della norma stessa, senza presupporre un parallelismo con la metodologia di calcolo prevista dalla Delib.G.R. n. 8/5018/2007 e s.m.i. Ne deriva che lo scomputo in questione si applica ai "muri perimetrali" nonché ai solai che costituiscono "l'involucro esterno" e, pertanto, occorre fare riferimento alla parte di costruzione che confina con l'esterno o con un altro edificio, restando escluse le parti che confinano con il vano scala o altri locali non riscaldati dello stesso edificio, in quanto delimitano l'unità immobiliare, non la "costruzione".*

XXIV. Dalla suesposta disciplina emerge, allora, l'illegittimità del titolo edilizio anche sotto il profilo da ultimo evidenziato, non potendosi applicare la stessa in relazione ai muri non perimetrali degli edifici.

XXV. Né si può accedere, qui, all'interpretazione suggerita dai ricorrenti, volta ad ottenere al caso in esame l'applicazione dell'art. 34 d.P.R. n. 380/2001, riguardante gli *Interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire*.

In disparte ogni altra considerazione, è evidente che il co. 2 ter della cit. disposizione, a cui gli esponenti fanno riferimento, disciplina una fattispecie (di difformità dal titolo) diversa da quella per cui è causa (di difformità dello stesso titolo rispetto alla legge).

Così dispone, infatti, il co. 2 ter cit.: *Ai fini dell'applicazione del presente articolo, non si ha parziale difformità del titolo abilitativo in presenza di violazioni di altezza, distacchi, cubatura o superficie coperta che non eccedano per singola unità immobiliare il 2 per cento delle misure progettuali (comma aggiunto dal numero 5) della lettera a) del comma 2 dell'art. 5, D.L. 13 maggio 2011, n. 70).*

Nel caso in esame, giova ribadire, non di difformità dal titolo si tratta, ma di illegittimità del titolo stesso per violazione della normativa sul contenimento del consumo energetico negli edifici.

XXVI. In siffatte circostanze, anche il terzo motivo di ricorso deve

essere respinto.

XXVII. Come già accennato, si può prescindere dall'esame del primo motivo di ricorso, con cui si deduce la violazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990 (per mancata indicazione nella comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela della presunta violazione del vincolo aeroportuale e di quello inerente la prescrizione per il Radar Lambro), essendo sin qui emerso che il contenuto dispositivo dei provvedimenti impugnati non potrebbe comunque essere diverso da quello qui contestato.

XXVIII. Per le considerazioni che precedono, il ricorso in epigrafe specificato deve essere respinto.

XXIX. Deve essere, altresì, respinta la domanda risarcitoria, per difetto dei relativi presupposti, in primo luogo, dell'agire illegittimo della p.a.

XXX. Le spese seguono la soccombenza e sono poste a carico dei ricorrenti e a favore dell'amministrazione, nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge in ogni sua domanda, compresa quella risarcitoria.

Pone le spese di lite a carico dei ricorrenti e a favore della resistente amministrazione, liquidandole in complessivi euro 2.500,00.

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

Concetta Plantamura, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/06/2012

IL SEGRETARIO

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