

N. 00083/2013 REG.PROV.COLL.
N. 01112/2008 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 1112 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Villa Mariacristina, rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabio Pellicani e Paolo Sansone, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Milano, via G. B. Bazzoni, 2;

contro

Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Rita Surano, Antonello Mandarano e Paola Cozzi, domiciliato presso l'Avvocatura Comunale in Milano, via Andreani, 10;

nei confronti di

G.Com Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimo Berton e Cristiano Ruggiero, con domicilio eletto presso il primo in Milano, via C. G. Merlo, 1;

per l'annullamento

quanto al ricorso principale, della Denuncia di Inizio Attività (DIA)

presentata dalla società controinteressata in data 13.6.2007, nonché della convenzione ad essa accessiva, in data 4.11.2007, stipulata fra il Comune e la stessa società; della determinazione dirigenziale 12.10.2007, dell'autorizzazione implicita formatasi sulla DIA come sopra presentata ;

quanto ai motivi aggiunti, della nota del Dirigente del Settore Sportello Unico per l'edilizia del Comune di Milano del 4.11.2008, nonché della determinazione dirigenziale 12.10.2007.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Milano e di G. Com Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2012 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori: Alessandro Titone, Paola Cozzi e Cristiano Ruggiero;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società G. Com Srl presentava al Comune di Milano in data 13.3.2007 denuncia di inizio attività (DIA), per nuova edificazione, ai fini della realizzazione di tre villette a schiera a destinazione residenziale su tre piani in via Canevari.

L'esponente é proprietaria di un immobile in via Rismondo n. 39, prospiciente l'area di via Canevari, oggetto dell'intervento edilizio di cui sopra.

Con il ricorso principale, accompagnato da istanza di sospensiva, veniva impugnata la DIA del 2007, per un solo ed articolato motivo, vale a dire

la violazione dell'art. 9 del DM 1444 del 1968, del regolamento edilizio comunale e della circolare comunale n. 7/2000, oltre all'eccesso di potere per erroneità dei presupposti e travisamento dei fatti.

Si costituivano in giudizio il Comune di Milano e la società G. Com Srl, eccependo la tardività, l'inammissibilità ed in ogni caso l'infondatezza nel merito del gravame.

In esito all'udienza in camera di consiglio del 18.6.2008, la domanda di sospensiva era respinta con ordinanza della Sezione II n. 907/2008, in quanto – a detta del Collegio – non sarebbe stata ammissibile l'impugnazione diretta della DIA, avendo quest'ultima natura di mero atto del privato.

A fronte della suddetta ordinanza cautelare, la ricorrente inviava all'Amministrazione comunale un atto di diffida in data 24.6.2008, con il quale chiedeva al Comune l'esercizio dei propri poteri di vigilanza e di repressione in materia edilizia, con riguardo alla DIA di cui è causa.

Il Dirigente del competente settore comunale, in risposta alla citata diffida, adottava una nota in data 4.11.2008, con la quale ribadiva la legittimità dell'intervento edilizio.

Contro tale ultimo atto comunale, era proposto ricorso per motivi aggiunti, con nuova istanza cautelare, esponendo i seguenti mezzi di gravame:

- 1) violazione dell'art. 9 del DM 1444 del 1968, del regolamento edilizio comunale e della circolare comunale n. 7/2000, eccesso di potere per erroneità dei presupposti e travisamento dei fatti;
- 2) violazione degli articoli 27 commi 2 e 4 e dell'art. 4 punto 4, del regolamento edilizio, in relazione all'art. 9 del DM 1444/1968 e della circolare comunale n. 7/2000, eccesso di potere per erroneità dei presupposti e travisamento dei fatti;

3) violazione dell'art. 9 del DM 1444 del 1968 e dell'art. 4, punto 4, del regolamento edilizio e della circolare comunale n. 7/2000, con riferimento alla terrazza e ai balconi, eccesso di potere per travisamento ed erroneità dei presupposti sotto altro profilo;

4) violazione dell'art. 9 del DM n. 1444 del 1968 e dell'art. 9 della legge 122/1989, eccesso di potere per erroneità dei presupposti e travisamento dei fatti.

Il 2.1.2009, era notificato un ulteriore motivo aggiunto, sempre contro la nota comunale del 4.11.2008, attraverso il quale erano denunciati (motivo n. 5), la violazione della variante adottata con deliberazione consiliare n. 48 del 13.9.2007, la violazione dell'art. 36, comma 4, della LR 12/2005, oltre all'eccesso di potere per erroneità dei presupposti e travisamento dei fatti.

Alla successiva udienza cautelare del 9.1.2009, la nuova istanza di sospensiva era respinta con ordinanza n. 29/2009, per insussistenza del requisito del *periculum in mora*.

Alla pubblica udienza del 20.12.2012, la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il ricorso principale, viene direttamente impugnata dall'esponente la DIA del 13.3.2007 presentata dalla società controinteressata G.Com Srl, oltre alla determinazione dirigenziale del 12.10.2007 che approva lo schema di convenzione fra il Comune e la società per la disciplina dell'intervento edilizio (si tratta, in altri termini, di una c.d. DIA convenzionata).

In sede cautelare (ordinanza n. 907 del 18.6.2008), il Collegio aveva ritenuto, seppure sommariamente, il ricorso non ammissibile, in quanto rivolto direttamente contro la DIA, mentre la giurisprudenza della Sezione II del TAR Lombardia, all'epoca, privilegiava la qualificazione

della DIA come semplice atto del privato, contro il quale il terzo non ha azione diretta davanti al giudice amministrativo, per cui la tutela nei confronti di una DIA reputata illegittima si sarebbe realizzata esclusivamente sollecitando l'Amministrazione all'esercizio del proprio potere-dovere di vigilanza e controllo in materia edilizia e urbanistica.

In attuazione della citata ordinanza cautelare, l'esponente aveva notificato rituale diffida al Comune di Milano, sollecitando l'intervento repressivo di quest'ultimo (cfr. doc. 4 della ricorrente), ma l'Amministrazione aveva dato riscontro negativo alla suddetta diffida, confermando la legittimità dell'attività edilizia in contestazione, mediante nota del competente Dirigente del 4.11.2008 (cfr. doc. 7 della ricorrente).

Tale nota è stata ritualmente gravata con i due atti di motivi aggiunti indicati nella narrativa in fatto, mediante i quali l'esponente ha reiterato le censure già svolte nel ricorso principale (lamentando, in estrema sintesi, la violazione della disciplina inderogabile della distanza fra pareti finestrate di cui all'art. 9 del decreto ministeriale n. 1444 del 1968).

Ciò premesso, il gravame principale deve ormai reputarsi improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse all'impugnazione, essendo l'azione della ricorrente ormai indirizzata contro l'atto della Pubblica Amministrazione di conferma della presunta legittimità della DIA e di conseguente rifiuto di ogni intervento repressivo e sanzionatorio.

Fermo restando quanto sopra esposto – avente carattere assorbente – preme comunque al Collegio evidenziare che il ricorso principale non sarebbe stato in ogni modo oggetto, nel merito, di una declaratoria di inammissibilità, viste le continue oscillazioni giurisprudenziali sulla natura della DIA e sui mezzi di tutela contro la medesima, che hanno visto anche la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato,

n. 15/2011 e che hanno indotto la scrivente Sezione, in fattispecie analoghe alla presente, ad applicare la disciplina dell'errore scusabile di cui all'art. 37 del D.Lgs. 104/2010 (cfr. sul punto, TAR Lombardia, Milano, sez. II, sentenze 26.7.2011, n. 1989 e 4.11.2011, n. 2640).

Parimenti, non potrebbe neppure sostenersi (come indicato dalla società G.Com Srl nel proprio atto di costituzione in giudizio del 4.6.2008), la tardività dell'azione giurisdizionale della ricorrente, visto che l'eccezione della controinteressata sul punto è assai generica e non è accompagnata da alcuna concreta prova dell'effettiva conoscenza dello stato dei lavori in capo alla ricorrente (si ricordi che il termine perentorio di sessanta giorni per l'impugnazione dei titoli edilizi decorre dal momento in cui il ricorrente ha concreta ed adeguata conoscenza delle opere lesive; cfr. ancora sul punto la già citata sentenza di questa Sezione II, n. 2640/2011 e, più recentemente, Consiglio di Stato, sez. VI, 18.4.2012, n. 2209).

2. I due ricorsi per motivi aggiunti sono diretti entrambi contro la nota comunale del 4.11.2008, nella quale l'Amministrazione ha escluso che l'intervento edilizio di cui alla DIA del 2007 si ponga in contrasto con l'art. 9 del DM 1444/1968, laddove tale articolo impone, per le zone diverse da quella "A" (centro storico), la distanza minima di dieci metri fra pareti finestrate (cfr. il testo della nota impugnata, doc. 7 della ricorrente).

Il Comune, in particolare, esclude la rilevanza, ai fini del computo delle distanze ex art. 9 citato, dei locali al piano terra, in quanto non abitabili (box e locale lavanderia) e dei balconi ai piani superiori, richiamando a tale ultimo proposito le definizioni del regolamento edilizio comunale (cfr. il doc. 7 del resistente, pag. 77 del glossario del regolamento edilizio, per il quale i balconi ed i terrazzi in aggetto non concorrono a formare la sagoma dell'edificio).

2.1 Nel primo dei motivi aggiunti, depositato il 19.12.2008, l'esponente insiste nel denunciare la violazione del citato art. 9, ritenendo invece, al contrario di quanto asserito dalle parti intimare in giudizio, che sia i locali adibiti a box e lavanderia sia i balconi assumono rilevanza ai fini del computo delle distanze.

Sul punto, occorre dapprima premettere che l'area di cui è causa è sita in zona "B2" (cfr. doc. 5 del Comune resistente, pag. 1, lettera "c"), per cui – sotto tale profilo – non sussistono ostacoli all'applicazione dell'art. 9 citato.

Parimenti, risulta dagli atti di causa, senza alcuna smentita, che la distanza per così dire "fisica" e lineare fra gli edifici della ricorrente e della controinteressata è senza dubbio minore di dieci metri: sul punto è sufficiente la visione della tavola di progetto n. 4, allegata alla DIA del 2007 e sottoscritta dalla società G.Com Srl e dal tecnico di fiducia di quest'ultima (cfr. doc. 6 del Comune resistente).

La lettura della Sezione B-B della tavola evidenzia senza possibilità di smentita che la distanza di dieci metri non è rispettata se si ha riguardo sia al piano terra sia al balcone di quello superiore dell'immobile della controinteressata.

Non è altresì in discussione che le pareti fronteggianti degli edifici di cui è causa siano "finestate", vale a dire munite di finestre.

La suddetta misura lineare della distanza, oltre ad emergere chiaramente dalle tavole progettuali della società controinteressata, è confermata altresì dalla relazione del CTU, nella causa civile davanti al Tribunale ordinario di Milano, promossa dall'attuale ricorrente sig.ra Villa contro la stessa società G.Com Srl (cfr. il doc. 12 della ricorrente, per la copia della suddetta relazione del CTU).

Nella relazione peritale (cfr. ancora il citato doc. 12, pagine 9 e seguenti),

è scritto chiaramente che il piano terreno dell'edificio G. Com Srl *“non rispetta la distanza di 10 m. tra le pareti finestrate e pareti di edifici antistanti prescritta dall'art. 9 D.M. 1444/1968”*.

La relazione del CTU nella controversia civile fra due parti del presente giudizio amministrativo, controversia relativa alla medesima fattispecie, costituisce senza dubbio elemento di prova liberamente valutabile dal giudice amministrativo.

Le difese del Comune e di G.Com Srl non contestano – né potrebbe essere altrimenti – la misurazione lineare di cui sopra, ma sostengono entrambe che, ai fini del computo della distanza di dieci metri, non bisogna tenere conto né del piano terreno né dei balconi.

La tesi difensiva sopra esposta è però infondata, in quanto in contrasto con la pacifica e consolidata giurisprudenza – civile ed amministrativa – sull'interpretazione del più volte menzionato art. 9.

In particolare, per la suindicata giurisprudenza, la prescrizione sulla distanza minima di 10 metri costituisce norma di ordine pubblico, preordinata non solo alla tutela degli interessi individuali dei privati proprietari ma anche alla cura del pubblico interesse alla salubrità ed all'igiene degli ambienti, oltre che all'ordinato sviluppo urbano, visto che elementari esigenze di sicurezza impongono il rispetto di distanze minime fra costruzioni.

La norma prevale sulle eventuali differenti disposizioni degli strumenti urbanistici generali e dei regolamenti edilizi, sostituendosi alle stesse secondo un meccanismo normativo analogo a quello dell'art. 1339 del codice civile sulla sostituzione automatica delle clausole contrattuali.

Nella nozione di “costruzione” rientrano tutti gli immobili aventi carattere di solidità e stabilità, fatta eccezione per le sporgenze di modeste dimensioni, con funzione di decorazione e rifinitura.

Sull'art. 9 del DM 1444/1968, così come sopra interpretato, si vedano le sentenze di questa Sezione II, 10.12.2010, n. 7511 e 5.4.2011, n. 902, con la giurisprudenza ivi richiamata; oltre a Consiglio di Stato, sez. V, 2.11.2010, n. 7731; Cassazione civile, sez. II, 20.5.2010, n. 12424; Consiglio di Stato, sez. IV, ord. n. 1914 del 28.4.2010, che ha ritenuto rilevante ai fini del computo della distanza ex art. 9 anche i balconi che estendono in superficie il volume edificatorio; Cassazione civile, sez. II, 27.5.2011, n. 11842; Cassazione civile, sez. II, 26.9.2008, n. 24240; Cassazione civile, sez. II, 20.6.2008, n. 16950 e Consiglio di Stato, sez. IV, n. 3094/2007, quest'ultima sulla rilevanza di una autorimessa al fine della determinazione della distanza).

Ciò premesso e con particolare riguardo al caso di specie, il locale al piano terra, destinato a box ed a lavanderia, assume senza dubbio rilievo ai fini del computo della distanza, essendo totalmente irrilevante la circostanza che si tratti di locale non abitabile e quindi non destinato alla permanenza continua e stabile di persone.

Irrilevante sarebbe poi anche l'eventuale richiamo alla legge 122/1989 (c.d. legge "Tognoli"), che consente di realizzare parcheggi anche in deroga ai regolamenti edilizi ed agli strumenti urbanistici, visto che il piano terra dell'edificio della controinteressata è destinato non solo ad autorimessa ma anche a lavanderia, senza contare che la deroga dell'art. 9 della legge 122/1989 riguarda solo i parcheggi totalmente interrati e non quelli realizzati, anche parzialmente, fuori terra (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 16.4.2012, n. 2185 e TAR Abruzzo, L'Aquila, 19.4.2011, n. 208).

Anche il balcone del piano superiore, viste le sue dimensioni come risultanti dalla già citata tavola di progetto n. 4 (cfr. doc. 6 del Comune), assume rilevanza ai fini del computo della distanza ex art. 9 del DM 1444/1968.

Le diverse disposizioni del regolamento edilizio, richiamate sia dal Comune sia dalla controinteressata, non assumono alcuna rilevanza: le stesse devono, infatti, interpretarsi *secundum legem* e quindi nel rispetto dell'art. 9 del DM 1444/1968, giacché in caso contrario devono invece reputarsi inefficaci e sostituite dalla superiore previsione dell'art. 9 citato (il che esclude l'onere della ricorrente di impugnazione delle norme regolamentari richiamate dalle controparti).

La nota comunale del 4.11.2008 è quindi illegittima – e deve essere pertanto annullata – laddove afferma erroneamente che l'edificio della controinteressata non violerebbe le distanze minime di cui all'art. 9 del DM 1444/1968.

Per effetto del citato annullamento, il Comune dovrà valutare nuovamente, nel rispetto della presente sentenza, la legittimità dell'intervento edilizio di cui alla DIA del 13.3.2007.

2.2 Nel secondo atto di motivi aggiunti, contenente una sola censura indicata con il n. 5, l'esponente contesta la nota del 4.11.2008 sotto altro e differente profilo rispetto a quello della distanza di 10 metri di cui sopra, sostenendo che la nuova costruzione di cui è causa non sarebbe di soli tre piani fuori terra, ma di quattro piani, dovendosi computare anche il piano sottotetto.

Tale specifica censura è però priva di pregio, visto che lo stabile, al di là della già riscontrata violazione della distanza, si configura come di soli tre piani fuori terra, essendo il sottotetto non abitabile, visto che, fra l'altro, non ha neppure l'altezza minima (metri 2,4), per l'abitabilità, essendo invece alto 2,34 metri (cfr. il doc. 3 del Comune resistente).

Secondo la ricorrente, il piano sottotetto, anche se non abitabile, potrebbe divenirlo in futuro, ma tale contestazione appare apodittica e volta a configurare una sorta di inammissibile azione “in prevenzione”,

contro ipotetiche e future condotte illecite.

In conclusione, l'intervento edilizio appare rispettoso delle prescrizioni urbanistiche sul numero massimo di piani realizzabili.

3. Le spese seguono la soccombenza delle parti intimiate in giudizio e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti,

- dichiara improcedibile il ricorso principale;
- accoglie il ricorso per motivi aggiunti depositato il 19.12.2008, nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione;
- respinge il ricorso per motivi aggiunti depositato il 23.1.2009.

Condanna il Comune di Milano e G. Com Srl, in solido fra loro, al pagamento a favore della ricorrente delle spese di causa, che liquida in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge (IVA e CPA) e contributo unificato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Giovanni Zucchini, Primo Referendario, Estensore

Gaia Palmieri, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/01/2013

IL SEGRETARIO

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