

N. 01338/2013 REG.PROV.COLL.
N. 02639/2012 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 2639 del 2012, proposto da:
Costruzioni Colombo Lilliano s.n.c. di Colombo Giorgio, rappresentato
e difeso dall'avv. Bruno Santamaria, presso il cui studio, in Milano,
Galleria del Corso, 2, è elettivamente domiciliato;

contro

Comune di Mandello del Lario, rappresentato e difeso dall'avv. Graziano
Dal Molin, presso il cui studio, in Milano, via M.A. Bragadino, 2, è
elettivamente domiciliato;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. n. 11732 del 10.07.2012 di annullamento in autotutela della DIA 22817 del 16.11.2010;
 - dell'ordinanza n. 94 del 01.08.2012 di demolizione delle opere realizzate per effetto della DIA 22817 del 16.11.2010;
- nonché, se ed in quanto occorre possa,
- dell'ordinanza n. 60 del 25.05.2012 recante comunicazione di avvio del

procedimento e ordine di sospensione lavori;

- di ogni altro atto e/o documento comunque consequenziale, connesso e/o presupposto e facente parte dei procedimenti in questione nonché per la declaratoria dell'illegittimità degli atti e/o del comportamento del Comune di Mandello del Lario e per la sua condanna al risarcimento del danno ingiusto procurato da determinarsi anche in via equitativa;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Mandello del Lario;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 aprile 2013 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Costruzioni Colombo Lilliano s.n.c. impugna il provvedimento prot. n. 11732 del 10.7.2012 con cui il Comune di Mandello del Lario ha annullato in autotutela la denuncia di inizio attività presentata in data 16^o novembre 2010, l'ordinanza di demolizione n. 94 del 1 agosto 2012 e l'ordinanza n. 60 del 25.5.2012 recante comunicazione di avvio del procedimento e sospensione lavori.

2. Questi i motivi di ricorso:

I. violazione dell'art. 21 nonies, l. n. 241/1990; violazione del principio di affidamento; eccesso di potere per omessa comparazione e contemperamento degli interessi; violazione del termine ragionevole e dei principi di buon andamento della pubblica amministrazione;

manca di interesse pubblico all'annullamento;

II. violazione e falsa applicazione dell'art. 46 delle n.t.a. in relazione all'art. 27, c. 1, lett. d), l. Regione Lombardia n. 12/2005; violazione e falsa applicazione dell'art. 17, l. Regione Lombardia n. 7/2012;

III. difetto di istruttoria e di motivazione; contraddittorietà; eccesso di potere per sviamento; pretestuosità; travisamento ed errata valutazione dei presupposti di fatto e di diritto; illogicità manifesta; contraddittorietà; violazione e falsa applicazione dell'art. 9, d.m. 1444/1968 e dell'art. 27 delle n.t.a. in relazione alle distanze tra le costruzioni; violazione e falsa applicazione dell'art. 25 delle n.t.a. e dell'art. 69, l. Regione Lombardia n. 12/2005 in relazione alle autorimesse; violazione e falsa applicazione dell'art. 25 delle n.t.a. in relazione al computo delle scale aperte e della centrale termica.

3. La società ricorrente chiede, inoltre, il risarcimento dei danni subiti.

4. Si è costituito in giudizio il Comune di Mandello del Lario deducendo, oltre all'infondatezza nel merito delle censure, l'inammissibilità dell'impugnazione dell'ordinanza n. 60 del 25.5.2012, nella parte in cui comunica l'avvio del procedimento, per la sua natura di atto endoprocedimentale e nella parte in cui ordina la sospensione dei lavori, stante la proposizione dell'impugnativa quando l'atto aveva ormai perso efficacia.

5. All'udienza del 3 aprile 2013 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

6. Il Collegio ritiene di poter tralasciare l'esame delle questioni di rito sollevate dall'amministrazione resistente, stante l'infondatezza nel merito del ricorso che va dunque respinto.

7. Con il primo motivo la ricorrente deduce la violazione dei principi che regolano l'esercizio del potere di autotutela e, in particolare, il mancato rispetto del termine ragionevole entro il quale il provvedimento

può essere annullato d'ufficio, l'omessa valutazione dell'interesse della ricorrente a mantenere la costruzione appena ultimata, la violazione dell'affidamento della ricorrente di avere edificato sulla base di un legittimo titolo edilizio, l'insussistenza di un interesse pubblico all'annullamento.

7.1 Il motivo è infondato.

7.2 Tra la presentazione della d.i.a. (16.11.2010) e l'adozione del provvedimento di annullamento d'ufficio (10.7.2012) sono decorsi circa 19 mesi: tale termine non è eccessivamente lungo e non può quindi essere ritenuto irragionevole, specie considerando che i lavori di edificazione hanno avuto inizio in data 27 gennaio 2011 (doc. 11 della ricorrente) e che sono stati sospesi con l'ordinanza di comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela del 25 maggio 2012 (cfr. Tar Lombardia, Milano, 4 aprile 2012, n. 1002; cfr., altresì, Cons. Stato, sez. IV, 3 agosto 2010, n. 5170, secondo cui, ai fini della valutazione della ragionevolezza del termine, è corretto fare "*riferimento, quale tertium comparationis normativo, all'art. 39 del DPR n. 380 del 2001 che disciplina il potere regionale di annullamento del permesso di costruire fissando in dieci anni dalla adozione il termine massimo per il loro annullamento [...]*").

7.3 L'amministrazione ha posto a fondamento della decisione di annullare il titolo abilitativo l'interesse pubblico alla eliminazione di un'opera, inserita all'interno di un tessuto consolidato e al margine del centro storico, che, "per il suo ingombro soprattutto in altezza – distaccandosi notevolmente dagli edifici adiacenti e circostanti – comporta l'alterazione del profilo dell'edificato con notevole impatto sul paesaggio antropizzato circostante".

Ad avviso del Collegio, così argomentando, l'amministrazione ha adeguatamente motivato in ordine all'interesse pubblico, attuale e

concreto all'annullamento d'ufficio del titolo edilizio: il Comune non si è, invero, limitato a evidenziare le illegittimità della d.i.a. e ad invocare una mera esigenza di ripristino della legalità ma ha posto a fondamento della propria decisione ragioni di tutela paesaggistica, legate al contesto in cui si colloca il fabbricato.

Non assume, al riguardo, rilievo se l'ambito in cui si trova l'immobile in questione sia o meno sottoposto a vincolo paesaggistico, ben potendo l'amministrazione agire per la tutela del paesaggio anche con riferimento ad aree non vincolate; né può ritenersi che l'area in questione si priva di alcun interesse sotto tale aspetto, considerando che si pone nelle vicinanze del centro storico e che lo strumento urbanistico consente in essa, al più, interventi di ristrutturazione edilizia.

Affermando che l'edificio avrebbe migliorato la situazione esistente la ricorrente sovrappone un proprio giudizio di merito alla valutazione espressa dall'amministrazione, senza però fornire elementi probatori che ne evidenzino la palese inattendibilità sotto il profilo tecnico.

Al contrario, la valutazione della p.a. è suffragata dalla documentazione fotografica depositata in giudizio dalla stessa ricorrente, la quale rappresenta l'area in questione prima e dopo la realizzazione del fabbricato e palesa il notevole impatto dell'edificio la cui altezza è superiore rispetto a quella del capannone preesistente (di ben 5 metri) ed anche rispetto a quella degli edifici circostanti.

7.4 Legittimamente l'amministrazione ha considerato gli interessi privati della ricorrente recessivi rispetto all'interesse pubblico all'annullamento del titolo edilizio.

Non può, invero, ritenersi che si fosse consolidato in capo ad essa un particolare affidamento: quanto affermato nel ricorso, circa la "condivisione" del progetto da parte dell'amministrazione, non è stato,

difatti, supportato dal benché minimo principio di prova; né può valere, al riguardo, il pagamento del contributo di costruzione, che è comunque dovuto a fronte della presentazione della denuncia di inizio attività.

Ugualmente, non può ritenersi che l'intervenuta edificazione costituisca, di per sé solo, un limite all'esercizio del potere di autotutela.

L'affidamento della ricorrente trova, inoltre, un limite nella circostanza che alcune delle illegittimità rilevate con il provvedimento impugnato – quale quella relativa alla non applicabilità, nel caso di specie, dell'incremento del 5% del volume previsto dalle n.t.a. per le zone B4 e quella con cui viene affermata la necessità di conteggiare nel calcolo del volume le cantine – le fossero già state contestate con il provvedimento del 10 settembre 2010, con il quale l'amministrazione aveva inibito una precedente denuncia di inizio attività, presentata con riferimento allo stesso immobile (doc. 9 dell'amministrazione).

La ricorrente era quindi consapevole dell'illegittimità del proprio titolo abilitativo, quantomeno per quanto concerne gli aspetti sopra richiamati.

8. Con il secondo motivo la ricorrente contesta la legittimità del provvedimento, nella parte in cui qualifica l'intervento edilizio quale nuova costruzione anziché quale ristrutturazione edilizia, per violazione dell'art. 46 delle n.t.a., in relazione all'art. 27, c. 1, lett. d), l. Regione Lombardia n. 12/2005, e dell'art. 17, l. Regione Lombardia n. 7/2012.

8.1 La censura è destituita di fondamento.

8.2 La d.i.a ha ad oggetto la realizzazione di un intervento, definito di ristrutturazione edilizia, che prevede la demolizione e ricostruzione di un fabbricato, con modifiche di volume, sagoma, prospetti, superfici e sedime.

Tale intervento edilizio non è qualificabile quale ristrutturazione edilizia, portando alla realizzazione di una nuova costruzione.

Ai sensi dell'art. 3 comma 1 lett. d) , d.P.R. n. 380 del 2001, invero, gli interventi consistenti nella demolizione e ricostruzione sono ricompresi nell'ambito della ristrutturazione edilizia soltanto ove sia assicurato il rispetto della stessa volumetria e sagoma dell'edificio preesistente (cfr. Corte cost., 23 novembre 2011, n. 309).

Nel caso di specie non vi è identità di volumetria (essendo stato realizzato un incremento del 5%) né della sagoma, né dell'area di sedime (cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2011, n. 1435 secondo cui non è qualificabile quale ristrutturazione l'attività edilizia che abbia determinato una modifica sostanziale delle caratteristiche tipologiche, planivolumetriche e di utilizzazione del fabbricato né costituisce ristrutturazione edilizia bensì opera di nuova costruzione un intervento edilizio che viene realizzato mediante la demolizione degli edifici preesistenti e la loro collocazione in una area di sedime diversa: la nozione di sagoma di cui all'art. 3, comma 1 lett. d) del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 comprende, invero, l'intera conformazione planivolumetrica della costruzione e il suo perimetro considerato in senso verticale e orizzontale e, quindi, anche il rispetto della pregressa area di sedime).

Né può invocarsi la previsione di cui all'art. 46 delle n.t.a.

Tale norma si limita a consentire, nelle zone B4, la realizzazione di interventi di manutenzione, ordinaria e straordinaria, di restauro e risanamento conservativo, e di ristrutturazione edilizia, specificando che – conformemente alle previsioni del testo unico dell'edilizia - in caso di demolizione, la ricostruzione deve rispettare la sagoma planivolumetrica dell'edificio preesistente.

L'intervento edilizio contrasta quindi con tale disposizione, prevedendo una modifica della sagoma.

Quanto alla volumetria, non può valere a qualificare l'intervento quale

ristrutturazione la previsione della citata n.t.a. che consente la realizzazione di un incremento del 5%.

La norma tecnica attuativa consente, difatti, tale incremento unicamente per realizzare adeguamenti igienico-tecnologici, circostanza che non ricorre nel caso di specie, come affermato dal Comune nel provvedimento impugnato e non contestato dalla ricorrente.

In ogni caso, poiché l'art. 46 delle n.t.a. deve essere letto congiuntamente alle previsioni di cui all'art. 3, d.P.R. n. 380/2001, l'incremento del 5% del volume è da ritenersi ammissibile unicamente in caso di interventi di ristrutturazione che non prevedano la demolizione e ricostruzione, perché in caso contrario, non verrebbe rispettato il vincolo della identità volumetrica posto dal testo unico dell'edilizia.

Non assume, poi, alcun rilievo la circostanza che la denuncia di inizio attività sia stata presentata prima della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 27, c. 1, lettera d), l. reg. Lombardia n. 12/2005 con la sentenza della Corte Costituzionale n. 309/2011.

La pronunce di incostituzionalità, palesando l'illegittimità originaria del provvedimento, abilitano, invero, l'amministrazione ad esercitare - sempre che ne ricorrano tutti i presupposti - il potere di autotutela (cfr. Consiglio di Stato sez. VI, 9 giugno 2006, n. 3458)

Né la ricorrente può invocare la previsione di cui all'art. 17, l. reg. Lombardia n. 12/2005: essa non trova applicazione nel caso di specie poiché l'intervento in questione prevede la ricostruzione di un fabbricato che ha, non solo la sagoma, ma anche una volumetria differente (con l'incremento del 5%) rispetto a quella del fabbricato originario e non potrebbe quindi, in ogni caso, essere qualificato quale ristrutturazione edilizia.

9. È infine infondato anche l'ultimo motivo di ricorso.

9.1 Legittimamente l'amministrazione ha preso a riferimento le distanze tra parti finestrate indicate nella tavola allegata alla d.i.a., né la ricorrente ha fornito in giudizio la prova della erroneità di tali misurazioni, da essa stessa effettuate.

La circostanza che la nuova costruzione sia più arretrata rispetto a quella preesistente è irrilevante ai fini del rispetto delle distanze previste dal d.m. 1444/1968. Né può invocarsi la norma del p.r.g. che, in caso di ristrutturazione, consente il mantenimento della distanza preesistente, ciò in quanto, come si è visto, l'intervento edilizio in questione va qualificato quale nuova costruzione.

Contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, la giurisprudenza costante è dell'avviso che l' art. 9, d.m. n. 1444/1968 sia posto a tutela non di interessi privatistici alla riservatezza ma dell'interesse pubblico alla sicurezza, salubrità ed igiene (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 19 marzo 1996, n.268); la sua violazione ben può essere posta a fondamento dell'esercizio del potere di autotutela.

9.2 La legittimità dei motivi sui quali si fonda l'atto impugnato - legati alla qualificazione dell'intervento quale nuova costruzione e quindi al suo contrasto con l'art. 46 delle n.t.a. e alla violazione dell'art. 9, dm. 1444/1968 - sono sufficiente giustificazione dello stesso, sicché è irrilevante l'esame delle censure addotte con riferimento all'altezza dell'edificio, all'incremento del peso urbanistico, al computo della volumetria delle autorimesse fuori terra, delle scale e della centrale termica.

10. L'infondatezza della domanda di annullamento degli atti impugnati comporta anche il rigetto dell'istanza risarcitoria.

11. Per le ragioni esposte il ricorso è infondato e va, pertanto, respinto.

12. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna il ricorrente al pagamento, a favore del Comune di Mandello del Lario, delle spese di giudizio che quantifica in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre oneri di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2013 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Silvia Cattaneo, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/05/2013

IL SEGRETARIO

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