

N. 02065/2013 REG.PROV.COLL.  
N. 00085/2013 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 85 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Condominio di via del Fusaro, 2 , Milano, in persona dell'amministrazione Mario Galbiati e, comunque, su delega dei condomini Domenico Morace, Andrea Canova, Loredana Avuzzi, Paolo Meazza, Francesco Mancuso, Mirella Pignetti, Pietro Alessandro Gariboldi, Rosa Tandoi, Vanna Giulia Irma Paiola, Maria Froldi, Anna Salvioni, Graziella Scicchitano, Elda Cavazza, Olivier Segaricci, Anna Ostinelli, Elide Griffini, Rosanna Teresa Restelli, Leonardo Gariboldi, Mara Mirella Muzzarelli, Paolo Crosetto, Nino Giordano, Giuseppe Gariboldi, Maria Di Pierro Repettati, Adolfo Rizzo, Giovanni Salamina, Anna Goletti, rappresentato e difeso dall'avv. Danilo Giovanni Daniel, presso il cui studio, in Milano, viale Caldara, 43, è elettivamente domiciliato;

**contro**

Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Rita Surano, Antonello Mandarano e Alessandra Montagnani Amendolea, domiciliato in Milano, via Andreani 10, presso gli uffici dell'avvocatura comunale;

**nei confronti di**

Immobiliare Cavalcabò s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Fabio Todarello, Matilde Battaglia, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Milano, p.zza Velasca, 4;

**per l'annullamento,**

*previa sospensione dell'efficacia,*

del permesso di costruire 30 ottobre 2012 n. 175 rilasciato alla Immobiliare Cavalcabò s.r.l.;

e - con istanza ex art 116, 2 comma, c.p.a. depositata in data 29.01.2013 - per l'annullamento del silenzio rigetto formatosi per effetto dell'inerzia serbata dal Comune di Milano in ordine all'istanza di accesso del 19.11.2012 P.G. 743048/2012, nonché per l'accertamento della fondatezza della pretesa e l'adozione dei conseguenti provvedimenti ivi compreso l'ordine al Comune di Milano di provvedere alla predetta istanza, nonché la nomina di un commissario ad acta per il caso di inottemperanza;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Milano e della Immobiliare Cavalcabò s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 giugno 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

Il Condominio di via del Fusaro, n. 2 impugna il permesso di costruire n. 175 del 30 ottobre 2012, rilasciato dal Comune di Milano alla confinante Immobiliare Cavalcabò s.r.l., avente ad oggetto la realizzazione - ai sensi dell'art. 3, c. 3, l. reg. Lombardia, n. 13/2009 - di un intervento di sostituzione edilizia, consistente nella demolizione di un'autorimessa e nella realizzazione di un fabbricato residenziale di otto piani fuori terra, con un recupero volumetrico di vani al piano seminterrato.

Questi i motivi di ricorso:

I. violazione degli art. 10 e 3, l. n. 241/1990; eccesso di potere sotto il profilo dell'errato procedimento, della carenza di istruttoria e di motivazione;

II. violazione dell'art. 11, c. 1, d.P.R. n. 380/2001; violazione del combinato disposto degli artt. 11 e 12, d.P.R. n. 380/2001 e dell'art. 1372 c.c.; violazione dell'art. 1, c. 1, l. n. 241/1990; eccesso di potere per carenza dei presupposti e di istruttoria;

III. violazione dell'art. 5, c. 1, l. Regione Lombardia n. 13/2009 e dell'art. 27.2 del r.e.c.; violazione del combinato disposto degli artt. 11 e 12, d.P.R. n. 380/2001 e 2043 c.c.; eccesso di potere per carenza dei presupposti e di istruttoria, per contraddittorietà manifesta e carenza di motivazione;

IV. violazione del combinato disposto degli artt. 5, c. 1, l. Regione Lombardia n. 13/2009 e dell'art. 9, d.m. n. 1444/1968; violazione del combinato disposto degli artt. 11 e 12, d.P.R. n. 380/2001 e 2043 c.c.; eccesso di potere per carenza dei presupposti e di istruttoria;

V. violazione dell'art. 3, c. 3, l. Regione Lombardia n. 13/2009; eccesso di potere per carenza dei presupposti e di istruttoria.

Nel corso del giudizio, il ricorrente ha proposto istanza ex art. 116, c. 2, cod.proc.amm. su cui il Tribunale si è pronunciato con ordinanza n. 788 del 27 marzo 2013 che ha dichiarato la cessazione della materia del contendere, poiché, nelle more del giudizio, il Comune ha riscontrato la domanda di accesso presentata dal ricorrente il 19.11.2012 ed ha consentito l'ostensione di tutta la documentazione richiesta.

Con ricorso per motivi aggiunti, il ricorrente ha proposto le medesime censure, già formulate con il ricorso principale, avverso le tavole progettuali allegare al permesso di costruire, di cui ha preso visione a seguito di accesso alla pratica edilizia avvenuto in data 29.1.2013.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Milano e la controinteressata Immobiliare Cavalcabò s.r.l., contestando la fondatezza dei motivi dedotti.

Con ordinanza n. 218 del 14 febbraio 2013, questo Tribunale ha accolto l'istanza cautelare, ritenendo il ricorso fornito di fumus boni iuris.

All'udienza del 13 giugno 2013 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il Collegio ritiene di confermare le valutazioni espresse in sede cautelare.

È invero fondato il quarto motivo di ricorso con cui viene lamentata la violazione dell'art. 9, d.m. n. 1444/1968, non sussistendo la distanza ivi prevista di 10 metri tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti.

La giurisprudenza ha difatti affermato che il computo della distanza tra edifici, in base alle norme del d.m. n. 1444/1968, nel caso in cui le pareti dei fabbricati non si estendano linearmente in altezza, ma manifestino rientranze e sporgenze, deve operarsi distinguendo fra gli sporti dalle ridotte dimensioni, aventi scopo meramente ornamentale e decorativo, da quelli costituenti sporgenze di particolari proporzioni, destinate per i loro caratteri strutturali e funzionali ad ampliare la superficie abitativa dei vani che vi accedono.

Di questi ultimi deve tenersi conto nel computo anzidetto, essendo veri e propri corpi di fabbrica che determinano un aumento dell'edificio in superficie ed incidono quindi sulla consistenza volumetrica dello stesso (cfr. Cass., Sez. II, 26 novembre 1996 n. 10497) come pure deve tenersi conto di altre sporgenze, quali i balconi, che vengono ad ampliare in superficie e in volume il fabbricato da cui sporgono, occupando lo spazio che deve invece rimanere libero per assicurare il prescritto distacco (cfr. Cass., Sez. II, 24 marzo 1993 n. 3533; 10 novembre 2011, n. 23553, Cons. Stato, sez. IV, 5 dicembre 2005, n. 6909; ord. n. 1914 del 28 aprile 2010; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 11 gennaio 2013, n. 83).

Nel caso di specie, il progetto è, pertanto, illegittimo non considerando, nel calcolo della distanza di dieci metri, i balconi che, per la loro sporgenza, pari a 50 cm, non possono essere qualificati quale mero elemento ornamentale.

La circostanza che la controinteressata abbia presentato un'istanza di variazione al progetto, volta alla riduzione della superficie dei balconi aggettanti, non fa venire meno l'illegittimità del titolo abilitativo, ma anzi la conferma.

È, parimenti, fondato il quinto motivo di ricorso con cui viene lamentata la violazione del limite di altezza previsto dall'art. 15 delle n.t.a. del piano delle regole del p.g.t. adottato.

Ai sensi di tale norma l'edificazione, che si colloca in tutto o in parte all'interno dei cortili, deve essere di altezza pari o inferiore alla metà di quella dell'edificio più alto in cortina.

Il comma 7 dell'art. 15 prevede che *“resta salva la facoltà di procedere con modalità diretta convenzionata relativa alle soluzioni plani-volumetriche, qualora l'intervento si discosti dalle previsioni dei precedenti commi, secondo le disposizioni del titolo I delle presenti norme”*.

Nel caso di specie, il limite di altezza previsto all'art. 15 delle n.t.a. non è rispettato e non è stato presentato un permesso di costruire convenzionato.

Per escludere, ai fini della deroga al limite dell'altezza, l'obbligo di convenzionamento, non può invocarsi la disciplina di cui all'art. 5, l. reg. Lombardia, n. 13/2009 ai sensi del quale gli interventi edilizi di cui agli articoli 2 e 3 – tra i quali rientra l'intervento in questione – *“possono essere realizzati in assenza di piano urbanistico attuativo eventualmente previsto, o in deroga a questo se vigente o adottato [...]”*.

Il Collegio intende, invero, discostarsi da quanto affermato nel precedente di questa Sezione, la sentenza n. 671 del 1° marzo 2012, e cioè che la deroga introdotta dalla legge regionale n. 13/2009, riferita al piano urbanistico attuativo, non possa che ricomprendere ogni tipologia di strumento attuativo “minore”, quale il convenzionamento planivolumetrico.

Certamente l'articolo 5 della legge regionale n. 13/2009 consente la realizzazione di interventi edilizi senza previa adozione di uno strumento urbanistico attuativo e, quindi, anche di un permesso di costruire convenzionato.

La norma consente, tuttavia, unicamente, la deroga all'obbligo della previa adozione del piano attuativo ma non può essere invocata per consentire le ulteriori deroghe che lo strumento urbanistico dovesse prevedere subordinatamente ad una pianificazione attuativa. La legge regionale, invero, detta una disposizione eccezionale che non può essere interpretata estensivamente.

Nel caso di specie, il ricorso al convenzionamento planivolumetrico era, pertanto, necessario per potere derogare ai limiti di altezza previsti dall'art. 15 delle n.t.a.

Non può poi condividersi quanto affermato dalla difesa dell'amministrazione resistente e della controinteressata circa la sostanziale identità tra il procedimento seguito, nel caso di specie, per il rilascio del titolo edilizio – con la sottoposizione del progetto al parere della Commissione per il paesaggio e la sottoscrizione di un atto unilaterale d'obbligo - ed il procedimento previsto per il rilascio di un permesso di costruire convenzionato.

Il progetto edilizio in questione è stato sì sottoposto all'esame della Commissione per il paesaggio per la valutazione dell'impatto paesistico, ai sensi dell'art. 39 del p.t.r., ma tale valutazione è stata compiuta sul presupposto che fosse ammissibile la deroga all'altezza massima prevista all'art. 15 delle n.t.a., quando, invece, la derogabilità o meno di tale altezza avrebbe dovuto costituire l'oggetto della valutazione stessa.

Per le ragioni esposte il ricorso è dunque fondato e va accolto, con assorbimento delle ulteriori censure dedotte.

Le spese di causa - ivi comprese quelle del giudizio per l'accesso proposto in via incidentale ai sensi dell'art. 116, c. 2 - 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 accoglie e, per l'effetto, annulla il permesso di costruire impugnato.

Condanna il Comune di Milano e la Immobiliare Cavalcabò s.r.l. al pagamento, a favore del condominio ricorrente, delle spese di giudizio, che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00) – di cui 1.500,00 (millecinquecento,00) a carico dell'amministrazione e 1.500 (millecinquecento,00) a carico della controinteressata - oltre oneri di

legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.  
Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 13 giugno  
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 09/08/2013

IL SEGRETARIO

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