REPUBBLICA ITALIANA

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 1890 del 2012, proposto da:

Condominio di via Masotto 30 e Rosanna Ventura, rappresentati e difesi dagli avv. Antonio Mannironi e Federico Boezio, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Milano, via Cadore 36;

contro

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

nei confronti di

Padova s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Carmelo Mendolia e Riccardo D'Ippolito, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Milano, via Paleocapa, 6;

per l'accertamento

dell'illegittimità del silenzio inadempimento serbato:

- sull'atto di invito e messa in mora del 12.04.2012, avente ad oggetto "richiesta di provvedimenti inibitori urgenti dei lavori riguardanti l'immobile di Via Masotto 24 in Milano", di cui alla D.I.A. presentata da Padova s.r.l. in data 23.12.2011;

- sull'atto di diffida e messa in mora inviato in data 29.5.2012, avente il medesimo oggetto del precedente atto di invito;

ove ritenuto necessario, per l'annullamento:

- della comunicazione dello Sportello unico per l'edilizia del Comune di Milano del 18.06.2012 PG 412176 e degli atti ad essa presupposti;

- della comunicazione dello Sportello unico per l'edilizia del Comune di Milano del 24.04.2012 PG 288006, nonché del parere espresso dalla Commissione per il paesaggio del Comune di Milano nella seduta del 15.12.2011 n. 39;

- per l'accertamento dell'obbligo del Comune di Milano di provvedere in modo espresso in merito alle richieste contenute nel predetto atto di invito;

- nonché per la condanna del Comune di Milano al risarcimento dei danni derivati e derivanti dal mancato esercizio del potere di controllo e dal ritardo nell'inibizione dei lavori di cui alla D.I.A. presentata da Padova s.r.l.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 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. Il Condominio di via Masotto, n. 30 e la sig.ra Rosanna Ventura chiedono che sia accertata l'illegittimità del silenzio serbato dal Comune di Milano sulle istanze presentate in data 12 aprile 2012 e 29 maggio 2012, aventi ad oggetto la richiesta di provvedimenti inibitori della denuncia di inizio attività presentata dalla società Padova s.r.l. in data 30 dicembre 2011.

2. Ove ritenuto necessario, i ricorrenti impugnano la nota pg 288006 del 24 aprile 2012 con cui il Comune ha comunicato loro che la pratica edilizia era in fase di istruttoria ed era in corso la verifica della regolarità urbanistica ed edilizia delle opere e la nota pg. 412176 del 18 giugno 2012 con cui l'amministrazione ha comunicato la conclusione favorevole dell'istruttoria tecnica.

3. I ricorrenti chiedono, poi, il risarcimento dei danni subiti.

4. Questi i motivi di ricorso:

I. violazione della l. n. 241/1990, dell'art. 97 Cost. e del principio di buona amministrazione;

II. violazione degli artt. 23, d.P.R. n. 380/2001, dell'art. 23, l. Regione Lombardia n. 12/2005, dell'art. 5, c. 9, d.l. n. 70/2011, dell'art. 51, l. Regione Lombardia n. 12/2005, del r.e.c.; contraddittorietà manifesta del parere della Commissione per il paesaggio; mancanza dei presupposti di fatto e di diritto.

5. Si è costituito in giudizio il Comune di Milano, chiedendo il rigetto nel merito del ricorso.

6. Si è costituita anche la controinteressata Padova s.r.l. deducendo, oltre all'infondatezza nel merito delle censure, l'inammissibilità del ricorso per difetto di valida procura ad litem, la irricevibilità del ricorso per tardività dell'impugnazione, l'inammissibilità del ricorso per mancanza di carattere provvedimento delle note impuginate.

7. All'udienza del 17 aprile 2013 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

8. Il ricorso è in parte inammissibile ed in parte infondato, e ciò rende superfluo l'esame delle eccezioni preliminari sollevate dalla controinteressata.

9. È inammissibile la domanda di accertamento dell'illegittimità del silenzio che sarebbe stato serbato dal Comune di Milano sulle istanze presentate in data 12 aprile 2012 e 29 maggio 2012, aventi ad oggetto la richiesta di provvedimenti inibitori della denuncia di inizio attività presentata dalla società Padova s.r.l. in data 23 dicembre 2011.

Non sussiste, difatti, il presupposto del silenzio: l'amministrazione comunale ha concluso il procedimento avviato con le istanze presentate dall'amministratore del condominio ricorrente - volte a sollecitare l'esercizio del potere di controllo, di autotutela e sanzionatorio sulla d.i.a. presentata in data 30.12.2011 - con il provvedimento pg. 412176 del 18 giugno 2012.

Con tale atto l'amministrazione ha riscontrato le istanze ed ha comunicato all'amministratore del condominio ricorrente la conclusione favorevole dell'istruttoria tecnica, effettuata al fine di verificare la conformità urbanistica ed edilizia della d.i.a. presentata in data 30.12.2011; con riferimento alla questione

attinente l'esistenza di una servitù a non edificare sollevata nelle istanze, il Comune ha, poi, precisato che la d.i.a. non incide sui diritti dei terzi.

Contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, la circostanza che l'amministrazione si sia limitata a rappresentare che l'istruttoria tecnica "si è conclusa favorevolmente" non incide sulla natura dell'atto, indubbiamente provvedimentale, ma può, semmai, rilevare in sede di esame della congruità della motivazione.

10. Sono, invece, inammissibili per carenza di interesse le censure proposte avverso la nota pg 288006 del 24 aprile 2012 con cui il Comune ha comunicato che la pratica edilizia era in fase di istruttoria, questo sì atto meramente endoprocedimentale.

11. Le censure sollevate avverso il provvedimento pg. 412176 del 18 giugno 2012 sono infondate.

12. Non è, difatti, configurabile il vizio dell'eccesso di potere, il quale presuppone l'esercizio di un potere discrezionale, nella specie insussistente.

13. Non sussiste il vizio di difetto di motivazione: l'amministrazione si è sì limitata a dare atto della conclusione favorevole dell'istruttoria tecnica ma le ragioni di tale decisione sono indicate nel provvedimento del 7.5.2012, il quale integra, per relationem, la motivazione del provvedimento impugnato.

14. I ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 5, c. 9, d.l. n. 70/2011.

Tale norma dispone che *"al fine di incentivare la razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente nonché di promuovere e agevolare la riqualificazione di aree urbane degradate con presenza di funzioni eterogenee e tessuti edilizi disorganici o incompiuti nonché di edifici a destinazione non residenziale dismessi o in via di dismissione ovvero da rilocalizzare, tenuto conto anche della necessità di favorire lo sviluppo dell'efficienza energetica e delle fonti rinnovabili, le Regioni approvano entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto specifiche leggi per incentivare tali azioni anche con interventi di demolizione e ricostruzione che prevedano:*

a) il riconoscimento di una volumetria aggiuntiva rispetto a quella preesistente come misura premiale;

b) la delocalizzazione delle relative volumetrie in area o aree diverse;

c) l'ammissibilità delle modifiche di destinazione d'uso, purché si tratti di destinazioni tra loro compatibili o complementari;

d) le modifiche della sagoma necessarie per l'armonizzazione architettonica con gli organismi edilizi esistenti".

Questi i profili di illegittimità dedotti:

1. l'edificio destinato ad autorimessa non sarebbe dismesso né in dismissione, né esso è stato rilocalizzato altrove;

2. l'intervento edilizio comporterebbe una modifica della destinazione d'uso non consentita;

3. le modifiche alla sagoma non sarebbero previste per l'armonizzazione architettonica con gli edifici esistenti; sarebbe stato realizzato un edificio totalmente diverso da quello preesistente;

4. erroneità del conteggio delle superfici e dei volumi.

14.1 Quanto al primo profilo, la circostanza che la d.i.a. sia stata presentata nel mese di dicembre, a fronte della dismissione dell'autorimessa nel luglio 2012, non viola affatto la norma citata, la quale consente la realizzazione di interventi di demolizione e ricostruzioni in caso di edifici a destinazione non residenziale "in via di dismissione" e, quindi, non ancora dismessi, ma sulla base della sola intenzione di cessarne l'uso.

14.2 Quanto al secondo profilo, il Collegio condivide l'interpretazione accolta dall'amministrazione comunale.

La norma consente modifiche delle destinazioni d'uso "purché si tratti di destinazioni tra loro compatibili o complementari": il termine di riferimento per valutare la compatibilità e complementarietà non possono che essere le destinazioni d'uso ammesse dallo strumento urbanistico per la zona in questione.

L'interpretazione prospettata dal ricorrente, secondo cui occorre fare riferimento alla destinazione originaria del fabbricato, invece, contrasta con la ratio espressa della norma, che è quella di razionalizzare il patrimonio edilizio esistente e di superare la presenza di funzioni eterogenee e di tessuti edilizi disorganici.

E', pertanto, legittima, nel caso di specie, la modifica della destinazione d'uso da autorimessa a residenza, destinazione quest'ultima prevista per la zona B1 R. in cui si trova il fabbricato.

14.3 Quanto al terzo profilo, l'art. 5, c. 9, d.l. n. 70/2011, con una disposizione di carattere eccezionale, ammette la realizzazione di interventi di demolizione e ricostruzione con "modifiche della sagoma necessarie per l'armonizzazione architettonica con gli organismi edilizi esistenti".

La circostanza che l'edificio oggetto della d.i.a. sia totalmente diverso da quello preesistente non assume rilievo: la norma non pone un obbligo di armonizzazione con il fabbricato preesistente ma con gli organismi edilizi esistenti.

I ricorrenti affermano che la d.i.a. sarebbe inficiata dall'operato contraddittorio della Commissione per il paesaggio, la quale avrebbe dato parere favorevole mentre in un precedente parere aveva espresso avviso contrario.

Anche questa censura non può essere accolta: i progetti sottoposti all'esame della commissione, per ammissione degli stessi ricorrenti, non sono identici; il progetto da ultimo presentato prevede la realizzazione di un piano in meno, modifica questa che – a differenza di quanto sostenuto nel ricorso - non può essere ritenuta di lieve entità.

Né i ricorrenti forniscono ulteriori elementi probatori che evidenzino la palese inattendibilità sotto il profilo tecnico del parere da ultimo espresso dalla commissione.

Al contrario, la correttezza della valutazione espressa dalla p.a. trova conferma nella documentazione fotografica depositata in giudizio dalla difesa dell'amministrazione resistente, dalla quale si evince la presenza, nella zona, di edifici di altezza maggiore rispetto a quello assentito con la d.i.a.

14.4 Quanto all'ultimo profilo, ad avviso dei ricorrenti, la superficie del piano interrato dell'autorimessa non rientrerebbe nel conteggio della s.l.p., sia secondo il regolamento edilizio del 1950 sia secondo quello vigente.

L'art. 10, c. 2, delle n.t.a. vigenti dispone che "*Al fine di consentire la completa fruibilità delle costruzioni, nella compilazione dei progetti di opere edilizie non devono essere conteggiate nella s.l.p., pur trattandosi di spazi che consentono l'insediamento di abitanti e/o addetti e/o utenti, le seguenti superfici: [...] le superfici degli spazi destinati al ricovero ed alla sosta delle autovetture, realizzate in sottosuolo o in soprassuolo, comprese quelle di accesso e di manovra ed indipendentemente dal loro carattere pertinenziale [...]*".

La norma esclude dal computo unicamente i parcheggi, in quanto superfici serventi delle costruzioni, ma non certamente le superfici destinate all'esercizio di un'attività commerciale - quale è l'autorimessa in questione - solo perché essa comporta la presenza di spazi per le autovetture.

L'interpretazione prospettata dai ricorrenti non può, pertanto, essere condivisa: ove si aderisse ad essa, si perverrebbe, invero, al risultato illogico di non conteggiare neppure la superficie del piano terra (l'art. 10 delle n.t.a. esclude anche i parcheggi soprassuolo), in quanto anch'essa destinata ad autorimessa, e, quindi, l'intero fabbricato.

Quanto all'affermazione di un contrasto con il regolamento edilizio del 1950 (oltretutto non riportato al documento 27, come invece indicato a pag. 20 del ricorso), essa è generica, non è supportata dal benché

minimo principio di prova e non è pertanto in grado di inficiare quanto affermato nell'istruttoria tecnica circa la considerazione quali volumi esistenti dei volumi emergenti dalla quota del cortile, in forza della previsione di cui all'art. 44 del regolamento d'igiene.

La volumetria prevista nel progetto, pari a quella preesistente, è, pertanto, legittima, in forza della previsione di cui all'art. 5, c. 9, lett. a), d.l. n. 70/2011.

14.5 Sempre con riferimento a quest'ultimo profilo, i ricorrenti lamentano, infine, che dalla superficie del piano interrato dell'autorimessa dovrebbero essere sottratte quelle parti di essa che occupano il sottosuolo delle strisce inedificabili di cinque metri, destinate a giardino, di cui alle convenzioni sottoscritte dagli originari proprietari con il Comune di Milano, con le quali sarebbe stata apposta una servitù perpetua a non edificare.

Anche questa censura non merita accoglimento.

Con atto stipulato il 1° agosto 1951, i proprietari delle aree fronteggianti via Masotto si sono impegnati ad arretrare le costruzioni erigende su entrambi i lati della strada di 5 metri, anziché dei 3 metri previsti dalla convenzione del 18/10/1933 n. 1439.

Tale atto è indirizzato al sindaco ma è sottoscritto unicamente dai proprietari delle aree fronteggianti via Masotto; di esso non è quindi parte contraente il Comune di Milano. Né i ricorrenti hanno prodotto copia della convenzione del 18/10/1933 n. 1439, che la controinteressata afferma essere stata anch'essa stipulata tra privati (aspetto questo che non è stato contestato dai ricorrenti).

In forza di questi elementi può affermarsi la natura privatistica del vincolo.

In ogni caso, anche se così non fosse, la servitù non risulta essere violata: l'atto del 1° agosto 1951 nulla dispone con riferimento al sottosuolo e pone un vincolo unicamente per l'edificazione nel soprassuolo (si riferisce, invero, alle "costruzioni erigende").

L'amministrazione comunale, in un appunto in calce al provvedimento di conclusione dell'istruttoria tecnica, ha attestato che il progetto rispetta comunque l'arretramento di 5 metri; anche la controinteressata ha affermato che il progetto prevede la realizzazione di parcheggi nel sottosuolo ma che per la parte soprastante viene conservata la destinazione a giardino.

Nessuna di tali affermazioni è stata oggetto di contestazione da parte dei ricorrenti.

Il conteggio delle superfici e delle volumetrie è quindi da ritenersi corretto.

15. Per quanto sopra affermato, la legittimità della d.i.a. non è inficiata dalla mancata indicazione dell'esistenza del vincolo convenzionale di inedificabilità corrispondente alla fascia di cinque metri dalla strada.

Non corrisponde, inoltre, al vero che l'istante non avrebbe compilato il campo obbligatorio relativo alla realizzazione di scavi: si veda il doc. 1 depositato dall'amministrazione, a pag. 9 di 11, punto 19; né inficia, infine, la legittimità del titolo abilitativo, la circostanza che il progetto preveda tre piani interrati a fronte di un solo piano interrato prima esistente.

16. L'infondatezza della domanda di annullamento comporta anche il rigetto dell'istanza risarcitoria.

17. Per le ragioni esposte il ricorso è in parte inammissibile ed in parte infondato.

18. 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, in parte lo dichiara inammissibile ed in parte infondato.

Condanna i ricorrenti al pagamento, in solido tra loro, delle spese di giudizio che quantifica in euro 5.000,00 (cinquemila/00) – di cui 2.500,00 (duemilacinquecento/00) a favore del Comune di Milano e 2.500,00 (duemilacinquecento/00) a favore 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 17 aprile 2013 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Silvia Cattaneo, Primo Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 30/05/2013.