

N. 01216/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00550/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 550 del 2011, proposto da:

REGINA GIACOMELLI, SILVANA GIACOMELLI, FRANCO GATELLI, rappresentati e difesi dall'avv. Pietro Garbarino, con domicilio eletto presso il medesimo legale in Brescia, via Malta 3;

contro

COMUNE DI CAINO, rappresentato e difeso dall'avv. Patrizia Ghizzoni, con domicilio presso la segreteria del TAR in Brescia, via Zima 3;

MARIA GRAZIA TOMASI, NICOLETTA GIACOMELLI, rappresentate e difese dagli avv. Fiorenzo Bertuzzi, Silvano Venturi e Gianpaolo Sina, con domicilio eletto presso i medesimi legali in Brescia, via Diaz 9;

per l'annullamento

- della DIA sostitutiva di permesso di costruire presentata dalle controinteressate Maria Grazia Tomasi e Nicoletta Giacomelli in data 3 luglio 2009 per la ristrutturazione di un edificio residenziale situato in via Fucina (mappali n. 96-97) con aumento di unità immobiliari e di volumetria;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Caino, e di Maria Grazia Tomasi e Nicoletta Giacomelli;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 ottobre 2014 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Il 3 luglio 2009 le controinteressate Maria Grazia Tomasi e Nicoletta Giacomelli hanno presentato al Comune di Caino una DIA sostitutiva di permesso di costruire per la ristrutturazione e l'ampliamento di un fabbricato residenziale situato in via Fucina (mappali n. 96-97).
2. Lo stato di fatto era rappresentato da un vecchio edificio rustico, che aveva l'aspetto di una torre, posto sul lato sud-est di via Fucina. La DIA ne ha previsto l'ampliamento con la realizzazione, a est e a sud, di un corpo di fabbrica addossato alle vecchie strutture, consistente in tre piani fuori terra e uno seminterrato.
3. In base al PRG del 1991 l'area era classificata in parte in zona B (*residenziale di completamento*) e per il resto era suddivisa tra la zona E1 (*agricola*) e le fasce di rispetto dell'abitato e della viabilità. Nel PGT adottato con deliberazione consiliare n. 42 del 29 settembre 2009, e approvato con deliberazione consiliare n. 8 del 30 marzo 2010, l'area è stata poi classificata in parte in zona A (*nuclei storici*) e in parte in zona agricola, con la conseguente cancellazione delle facoltà edificatorie (negli edifici esistenti sono ora considerati ammissibili solo interventi edilizi fino al terzo livello, ossia fino alla ristrutturazione con mantenimento delle caratteristiche architettoniche).
4. La dichiarazione di inizio lavori è stata depositata il 25 settembre 2009, ma il 29 settembre 2009 il responsabile dell'Area Tecnica ha disposto la sospensione dell'intervento per mancanza dell'autorizzazione paesistica, necessaria in quanto l'area si trova nella fascia di rispetto del torrente Garza. Il 23 ottobre 2009 le controinteressate hanno chiesto l'autorizzazione paesistica, e il 7 dicembre 2009, previo parere favorevole di compatibilità paesistica, il titolo è stato rilasciato. La Soprintendenza non ha esercitato il potere di annullamento, e di conseguenza le controinteressate hanno proseguito i lavori.
5. Una volta acquisito il progetto con la relativa documentazione tecnica in esito alla procedura di accesso (29 settembre 2010), i ricorrenti Regina Giacomelli, Silvana Giacomelli e Franco Gatelli, proprietari di edifici situati sul lato nord-ovest di via Fucina, hanno impugnato l'assenso alla DIA. L'impugnazione è stata formulata dapprima mediante ricorso straordinario al Capo dello Stato (con atto notificato il 22 dicembre 2010), e poi, essendo stata notificata l'opposizione delle controinteressate (18 febbraio 2011), mediante trasposizione del contenzioso davanti a questo TAR (15 aprile 2011).
6. Le censure possono essere così sintetizzate: (i) violazione dell'art. 13 comma 12 della LR 11 marzo 2005 n. 12, in quanto sarebbe stato necessario applicare alla DIA, completa solo con il rilascio dell'autorizzazione paesistica, le misure di salvaguardia conseguenti all'adozione del PGT; (ii) violazione dell'art. 8 delle NTA del PRG del 1991, in quanto l'altezza della parte nuova dell'edificio sarebbe stata impostata non sull'originario piano di campagna ma sulla quota rimaneggiata; (iii) violazione dell'art. 8 delle NTA del PRG del 1991 anche relativamente al calcolo del volume, in quanto da un lato sarebbero state incluse nella superficie fondiaria alcune porzioni di via Fucina e di un canale di scolo, che non sono aree edificabili, e dall'altro sarebbero stati esclusi

dal calcolo alcuni volumi che in realtà avrebbero dovuto essere computati, non essendo i relativi locali interrati per almeno i due terzi della rispettiva altezza utile netta. Oltre all'annullamento della DIA assentita dal Comune è stato chiesto il risarcimento del danno, consistente nella perdita di valore dei fondi dei ricorrenti e nella loro minore utilità a causa dell'ombra proiettata dall'edificio delle controinteressate.

7. Il Comune e le controinteressate, costituendosi in giudizio, hanno eccepito l'inammissibilità del ricorso e ne hanno chiesto la reiezione nel merito.

8. Sulla base dell'ordinanza istruttoria di questo TAR n. 1096 del 6 dicembre 2013, il responsabile dell'Area Tecnica ha trasmesso una relazione in data 6 marzo 2014, precisando i seguenti aspetti dell'intervento edilizio: (i) dalla tavola 04 (*confronto*), risulta (v. *sezione A-A*) uno sbancamento in corrispondenza delle autorimesse, della lavanderia, del bagno, e del corridoio antistante agli ultimi due locali, e sono inoltre evidenziati ulteriori sbancamenti in corrispondenza dello scivolo delle autorimesse (v. *prospetto nord*) e del bagno a piano terra (v. *prospetto sud*); (ii) lo sbancamento è arrivato a circa 60-70 cm al di sotto della quota 0.00 di progetto indicata nella tavola 03, allo scopo di permettere la realizzazione dei vespai aerati; (iii) nel corso del sopralluogo del 3 marzo 2014 non sono stati rilevati ulteriori sbancamenti, né risagomature del terreno; (iv) l'altezza dell'edificio è stata calcolata (v. *tavola 06*) secondo quanto previsto dall'art. 8 delle NTA del PRG del 1991, ossia dividendo la somma delle superfici laterali (436,82 mq) per il perimetro (72,23 metri), operazione da cui è risultata una misura pari a 6,05 metri, ampiamente inferiore al limite di 9 metri previsto in zona B; (v) sia la cantina preesistente sia le due autorimesse di progetto (v. *tavola 06*) sono alte meno di 2,50 metri e sono interrate per più di due terzi dell'altezza; (vi) i predetti parametri non sono stati modificati in corso d'opera.

9. I ricorrenti hanno replicato alle affermazioni del tecnico comunale con la perizia del geom. Angelo Bresciani depositata il 18 luglio 2014, nella quale si esprimono dubbi sulla corretta individuazione della linea naturale del terreno.

10. Sulle questioni rilevanti ai fini della decisione si possono svolgere le seguenti considerazioni.

Sulle eccezioni preliminari

11. Il Comune eccepisce la violazione dell'art. 9 comma 2 del DPR 24 novembre 1971 n. 1199, in quanto il ricorso straordinario al Capo dello Stato non risulta notificato alle controinteressate nei modi e con le forme dei ricorsi giurisdizionali (la notifica è consistita nell'invio di una raccomandata con avviso di ricevimento). In contrario, si osserva però che il risultato della notifica è stato raggiunto, il che impedisce di mettere in discussione le modalità con cui la stessa è stata effettuata, non essendo ammissibili in materia processuale dei casi di nullità puramente formale (v. art. 156 comma 3 cpc). Non solo le controinteressate hanno ricevuto il ricorso, ma ne hanno anche chiesto la trasposizione in sede giurisdizionale, a dimostrazione del pieno coinvolgimento nel contraddittorio processuale.

12. Viene poi eccepita l'irritualità della riassunzione davanti al TAR, in quanto nel termine di 60 giorni previsto dall'art. 48 cpa i ricorrenti hanno provveduto a depositare il ricorso con l'atto di riassunzione (15 aprile 2011) ma non a comunicare alle controparti il certificato di pendenza, che è stato consegnato all'ufficiale giudiziario per la notifica solo il 20 aprile 2011. L'argomento non è però idoneo a provocare l'irricevibilità del ricorso, in quanto i due adempimenti devono essere letti in modo disgiunto: la tempestività della riassunzione è assicurata dal deposito presso la segreteria del TAR del ricorso originario (senza necessità di una nuova notifica), la procedibilità del ricorso è subordinata alla notifica del certificato di pendenza alle controparti. Valgono poi le medesime

considerazioni svolte sopra a proposito della nullità degli atti processuali: se lo scopo della notifica è stato raggiunto (come è avvenuto nel caso in esame con la costituzione davanti al TAR di tutti i soggetti interessati alla controversia), non vi sono ragioni che impediscano la trattazione del merito.

13. Un'ulteriore eccezione, proposta sia dal Comune sia dalle controinteressate, riguarda la tardività del ricorso straordinario al Capo dello Stato, che è stato promosso quando ormai erano evidenti da mesi le caratteristiche dell'intervento edilizio. L'argomento non è condivisibile. In realtà, l'impugnazione deve essere considerata tempestiva, in quanto è intervenuta poco dopo l'ultimazione delle opere strutturali e a breve distanza dall'acquisizione del progetto mediante l'esercizio del diritto di accesso.

14. Più precisamente, si ritiene non corretto anticipare l'onere di impugnazione alla fase di svolgimento dei lavori, benché talvolta già a questo punto sia possibile avere un'idea abbastanza chiara delle probabili conseguenze negative dell'intervento edilizio. La stessa ultimazione dei lavori non può assumere sempre e comunque la funzione di spartiacque. Anche solo per proporre un ricorso introduttivo con riserva di motivi aggiunti è infatti necessario conoscere alcuni basilari dettagli tecnici e amministrativi, perché l'esigenza di difesa sorge non quando il vicino possa ipotizzare un danno per sua proprietà (impressione soggettiva di mero fatto) ma quando abbia motivo di ritenere che si tratti di un danno causato da un provvedimento illegittimo. Dunque la tempestività del ricorso non deve essere valutata in base alla semplice progressione dei lavori, ma tenendo conto, congiuntamente, di quest'ultima e della rapidità con cui gli interessati si sono informati presso l'amministrazione circa le caratteristiche dell'intervento edilizio. Nello specifico, non sembra che i ricorrenti, accortisi della ripresa dei lavori dopo l'ordine di sospensione, abbiano mantenuto un atteggiamento inerte. Al contrario, si sono prontamente attivati in sede di accesso (18 giugno 2010, 21 luglio 2010, 23 luglio 2010) per ottenere copia del progetto, e solo la dilatazione dei tempi di consegna da parte degli uffici comunali (29 settembre 2010) ha spostato in avanti la proposizione del ricorso (22 dicembre 2010).

15. Il Comune afferma inoltre che il ricorso sarebbe inammissibile per mancanza di interesse. Poiché il fondo delle controinteressate è più elevato di quelli dei ricorrenti, e poiché è evidente che le costruzioni più elevate tolgono luce a quelle poste più in basso, secondo il Comune l'edificazione in esame rientrerebbe nei normali fatti della vita. Si deve però osservare che nessuno è tenuto a sopportare un evento frequente, o addirittura normale, se tale evento si basa su un atto illegittimo. Il parametro della *vicinitas* individua appunto l'area su cui ricadono i pregiudizi di vario genere che una nuova costruzione comporta. Se l'edificazione è legittima i vicini non possono che subire tali pregiudizi (tra cui certamente ricade la perdita di esposizione ai raggi solari), ma per stabilire se la legittimità sussista è necessario esaminare il ricorso nel merito.

16. Per quanto riguarda poi il rito, il Comune e le controinteressate sostengono che la DIA, in quanto atto privato non equiparabile a un provvedimento di assenso tacito, dovrebbe essere contestata, una volta scaduto il termine per l'esercizio del potere inibitorio da parte degli uffici comunali, mediante l'azione contro il silenzio, essendo preclusa l'azione di annullamento (v. art. 19 comma 6-ter della legge 7 agosto 1990 n. 241, aggiunto dall'art. 6 comma 1-c del DL 13 agosto 2011 n. 138). In proposito si osserva però che, anche considerando applicabile retroattivamente tale disposizione in quanto norma procedimentale, il risultato della nuova disciplina non è comunque l'inammissibilità del ricorso impugnatorio.

17. Occorre innanzitutto precisare che l'applicazione retroattiva non può spingersi fino a esigere la presenza di una diffida da parte dei ricorrenti prima della proposizione del ricorso, per determinare l'inerzia colpevole dell'amministrazione. Se si imponesse un simile onere retrospettivo, infatti, verrebbe violato il principio di certezza del diritto, in quanto i ricorrenti all'epoca non potevano

evidentemente immaginare il significato che una diffida di questo tipo avrebbe assunto nella successiva legislazione.

18. Per il resto, la tutela del terzo nei confronti della DIA è solo formalmente diversa dalla tutela assicurata nei confronti di un provvedimento. In un caso (DIA) la domanda viene qualificata dal ricorrente (o dal giudice ex art. 32 comma 2 cpa) come azione di accertamento dei presupposti per l'inibizione dell'attività edificatoria (ovvero come accertamento della legittimità dell'edificazione), nell'altro (provvedimento) si tratta di una normale azione di annullamento. La misura della tutela è però identica, in quanto l'analisi delle ragioni delle parti è condotta con i medesimi strumenti e con il medesimo approfondimento. Alla base di entrambe le azioni si colloca l'esigenza, recepita dall'ordinamento, di assicurare una piena protezione all'interesse legittimo inteso come posizione sostanziale, il che conduce a dare minore rilievo alla struttura del ricorso (e in particolare all'impostazione impugnatoria) e a focalizzare invece il giudizio sull'accertamento delle posizioni giuridiche sottostanti (v. CS Ap 23 marzo 2011 n. 3, punto 3.1; CS Ap 29 luglio 2011 n. 15, punto 6.5.1).

19. Per superare l'eccezione è quindi sufficiente riqualificare la domanda in conformità all'art. 19 comma 6-ter della legge 241/1990.

Sulla disciplina urbanistica applicabile

20. Passando al merito, la tesi dei ricorrenti, secondo cui l'edificazione ricadrebbe nella disciplina del PGT adottato il 29 settembre 2009 e approvato il 30 marzo 2010, non appare condivisibile. La DIA è stata depositata il 3 luglio 2009, e dunque al momento dell'adozione del nuovo strumento urbanistico, effettivamente incompatibile con il progetto di ampliamento dell'edificio, era già decorso il termine di 30 giorni ex art. 23 comma 6 del DPR 6 giugno 2001 n. 380 per l'esercizio del potere di inibizione. Il titolo edilizio si è quindi perfezionato prima che potessero operare (automaticamente ex art. 12 comma 3 del DPR 380/2001) le norme di salvaguardia del PGT (in particolare gli art. 44.20 e 49.3 delle NTA).

21. È vero che la DIA era priva dell'autorizzazione paesistica, lacuna che ha giustificato la sospensione dei lavori mediante l'ordinanza del responsabile dell'Area Tecnica del 29 settembre 2009 (lo stesso giorno dell'adozione del PGT). Tuttavia, questo intervento in autotutela non ha azzerato la situazione imponendo la presentazione di una nuova DIA, ma ha semplicemente reso inefficace quella già prodotta, in attesa dell'autorizzazione paesistica (poi effettivamente rilasciata il 7 dicembre 2009).

22. La soluzione seguita (semplice inefficacia e non caducazione della DIA) appare conforme all'art. 23 comma 3 del DPR 380/2001, che coordina gli aspetti urbanistici della DIA con la tutela dei vincoli particolari gravanti sull'area, tra cui quello paesistico. Tale norma stabilisce che in caso di mancato rilascio dell'assenso relativo al vincolo la DIA rimane priva di effetti. Reciprocamente, si può ritenere che, quando invece sopravviene un atto di assenso, la DIA si consolidi con la decorrenza originariamente prevista a fini urbanistici. In questo modo viene rispettato il rapporto di accessorietà che intercorre tra l'autorizzazione paesistica e il titolo edilizio: in quest'ultimo confluiscono tutti gli atti di assenso (anteriori o successivi) che rimuovono gli ostacoli giuridici all'utilizzo del suolo e integrano le condizioni necessarie per procedere all'edificazione.

23. Ne consegue che la DIA presentata dalle controinteressate il 3 luglio 2009 è soggetta esclusivamente alla previgente disciplina, ossia al PRG approvato nel 1991.

Sull'altezza del nuovo edificio

24. La tesi dei ricorrenti è che la parte nuova dell'edificio delle controinteressate sarebbe stata impostata a una quota più alta di quella dell'andamento naturale del terreno, in questo modo superando l'altezza massima di zona.

25. In proposito occorre fare una precisazione. L'art. 8 delle NTA del PRG del 1991 stabilisce che l'altezza massima consentita in una determinata zona deve essere confrontata con l'altezza media del fabbricato, la quale si ottiene dividendo la somma delle superfici laterali per il perimetro dell'edificio. Nello specifico, da questa operazione è risultata un'altezza media pari a 6,05 metri, che il Comune ha considerato regolare (v. sopra al punto 8), in quanto inferiore al limite di zona, pari a 9 metri. Per definire la linea di base dei fronti dell'edificio si tiene conto degli eventuali sbancamenti. Il problema che qui interessa non sono però gli sbancamenti ma i riporti di terreno, che alzano arbitrariamente la quota 0.00 del progetto, e quindi sopraelevano eccessivamente l'edificio rispetto ai fabbricati vicini, pur nel rispetto formale dell'altezza massima di zona.

26. Per evitare questo risultato, devono essere presi in considerazione anche i riporti, e così in effetti prevede l'art. 8 delle NTA del PRG del 1991, che considera irrilevanti solo gli accumuli di materiale necessari per colmare il dislivello tra il terreno edificabile e la strada. A parte questa eccezione, nel calcolo dell'altezza deve quindi essere computata anche la superficie laterale virtuale, ossia lo spazio coperto dai riporti, che si ottiene prolungando i fronti dell'edificio fino alla linea naturale del terreno.

27. La perizia depositata dai ricorrenti il 18 luglio 2014 afferma che lo stato di fatto descritto nella tavola 02 del progetto sarebbe erroneo, e in particolare che la quota naturale del terreno sul prospetto nord (desumibile da vecchie fotografie) sarebbe almeno un metro più in basso rispetto a quanto rappresentato negli elaborati tecnici. Inoltre le quote del terreno ricavabili dalla suddetta tavola, e riferite agli stessi punti osservati sui diversi prospetti (nord-est-sud), sarebbero tra loro incongruenti.

28. In realtà, la documentazione disponibile non permette una ricostruzione accurata di tutte le quote naturali del terreno. Gli uffici comunali avrebbero dovuto chiedere un'apposita integrazione istruttoria al momento della presentazione della DIA, sia per poter verificare con più precisione il rispetto delle norme urbanistiche sia per rassicurare e tutelare i vicini. Ricade infatti tra i compiti dell'amministrazione anche quello di prevenire i contrasti tra privati, individuando e descrivendo con piena trasparenza le diverse posizioni giuridiche coinvolte nell'edificazione.

29. In ogni caso, non vi sono sufficienti indizi che possano far presumere il superamento dell'altezza massima di zona. Occorre in particolare tenere conto dei seguenti elementi: (a) il lotto delle controinteressate si presentava anche in origine più elevato a est e in discesa verso ovest; (b) le fotografie storiche utilizzate nella perizia depositata il 18 luglio 2014 non consentono di stabilire con esattezza il profilo del terreno a causa della vegetazione presente; (c) le incongruenze della tavola 02 derivano dalla circostanza che il terreno sul lato est è stato considerato di livello omogeneo, ma è evidente che deve riconoscersi maggiore precisione alle rappresentazioni dei prospetti nord e sud, dove il contesto offre più punti di riferimento; (d) è dunque verosimile che sul lato est, dove si colloca la nuova costruzione, l'andamento del terreno fosse irregolare, e che nel progetto sia stata scelta la quota più elevata tra quelle presenti, ma anche se questo avesse dato origine a una maggiore elevazione del fabbricato non sembra che la differenza di quota sia tale da colmare e superare la distanza tra l'altezza media di progetto (6,05 metri) e quella massima di zona (9 metri). D'altra parte, nelle situazioni che presentano margini di dubbio prevale l'interesse alla conservazione di quanto edificato (v. TAR Brescia Sez. II 10 maggio 2012 n. 825; TAR Brescia Sez. II 2 aprile 2013 n. 307).

Sul calcolo del volume

30. I ricorrenti sostengono che vi sarebbe violazione dell'art. 8 delle NTA del PRG del 1991 con riguardo al calcolo del volume, perché risultano incluse nella superficie fondiaria alcune porzioni di via Fucina e di un canale di scolo, che non sono aree edificabili. La censura non raggiunge però il suo scopo, in quanto l'edificazione delle controinteressate ha utilizzato solo in parte la volumetria consentita dallo strumento urbanistico (1.076,68 mc su 1.215,41 mc), e dunque eventuali (modesti) errori nel calcolo della superficie fondiaria troverebbero compensazione nella volumetria disponibile e non utilizzata.

31. Sotto un diverso profilo, i ricorrenti affermano che la cantina preesistente e le due autorimesse nuove dovrebbero essere computate nella volumetria complessiva. Il Comune (v. sopra al punto 8) ritiene invece che sia stato rispettato l'art. 8 delle NTA del PRG del 1991, in quanto i suddetti locali sono alti meno di 2,50 metri e sono interrati per più di due terzi della loro altezza, e pertanto non costituiscono volume ai fini urbanistici.

32. La risposta del Comune presuppone da un lato che siano state individuate correttamente le quote originarie del terreno, problema per cui si rinvia ai punti precedenti, e dall'altro che sia stata calcolata esattamente l'altezza dei locali entro e fuori terra. Per quanto riguarda questo secondo punto, dalla tavola 06 risulta che il sistema di calcolo delle altezze medie fuori terra è lo stesso utilizzato per l'edificio nel suo complesso (rapporto tra superficie laterale e perimetro). Si tratta di una soluzione che appare condivisibile, perché assicura coerenza interna all'art. 8 delle NTA del PRG del 1991. Appare corretta anche l'interpretazione di tale norma nel senso di escludere dalla base di calcolo la superficie occupata dai portoni di ingresso delle autorimesse.

Conclusioni

33. Il ricorso deve quindi essere respinto, sia nella parte impugnatoria sia relativamente alla domanda di risarcimento.

34. La complessità delle questioni proposte consente l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando:

(a) respinge il ricorso;

(b) compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Mario Mosconi, Consigliere

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/11/2014

IL SEGRETARIO

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