

Pubblicato il 21/11/2017
N. 02209/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00046/2013 REG.RIC.

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 46 del 2013, proposto da:
M. B., R. B., rappresentate e difese dall'avvocato Bruno Bianchi, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Corso Italia, 8
contro
Comune di Cogliate, non costituito in giudizio;
nei confronti di
Società I. s.r.l., rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Morano, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Via Sirtori, 5
per l'annullamento
del provvedimento emesso dal responsabile dell'area tecnica del Comune di Cogliate in data 17 ottobre 2012, mediante il quale è stato comunicato che "1) dall'esame della d.i.a. 121/12, l'edificanda costruzione, risulta conforme agli strumenti urbanistici vigenti, in particolar modo agli articoli 16 comma c e 22 delle N.T.A. del P.G.T.; 2) con provvedimento emesso in data 17.10.2012 è stata decretata la decadenza dell'ordinanza di immediata sospensione emessa in data 11.09.2012"; del permesso di costruire n. 14/2010, rilasciato dal Comune di Cogliate in data 31 maggio 2010 al sig. E. B., volturato in data 5 aprile 2011 in favore del sig. P. S. e, in data 18 luglio 2011, alla Società I. s.r.l., nonché per l'accertamento dell'illegittimità dei lavori oggetto della DIA n. 121 dell'11.6.2012.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società I. s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2017 il dott. Angelo Fanizza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso ritualmente proposto i signori M. e R. B. hanno impugnato, chiedendone l'annullamento, il provvedimento emesso dal responsabile dell'area tecnica del Comune di Cogliate in data 17 ottobre 2012, mediante il quale è stato comunicato che "1) dall'esame della d.i.a. 121/12, l'edificanda costruzione, risulta conforme agli strumenti urbanistici vigenti, in particolar modo agli articoli 16 comma c e 22 delle N.T.A. del P.G.T.; 2) con provvedimento emesso in data 17.10.2012 è stata decretata la decadenza dell'ordinanza di immediata sospensione emessa in data 11.09.2012";

il permesso di costruire n. 14/2010, rilasciato dal Comune di Cogliate in data 31 maggio 2010 al sig. E. B., volturato in data 5 aprile 2011 in favore del sig. P. S. e, in data 18 luglio 2011, alla Società I. s.r.l., nonché hanno chiesto accertarsi l'illegittimità delle opere oggetto della DIA n. 121 dell'11.6.2012.

La fattispecie di causa – riguardante la cognizione sulla legittimità del titolo edilizio finalizzato alla realizzazione di un edificio residenziale bifamiliare ed alla ristrutturazione edilizia con cambio di destinazione d'uso, relativi ad un immobile sito in Via X.– ha avuto origine a seguito della presentazione di un ricorso da parte degli odierni ricorrenti innanzi a questo Tribunale (iscritto al R.G. 2239/2012 e assegnato alla Sezione) per ottenere l'accertamento dell'illegittimità del silenzio inadempimento serbato dal Comune di Cogliate in ordine all'accertamento degli abusi edilizi, oggetto della diffida del 15.06.2012: giudizio definito con sentenza n. 2863 del 23 novembre 2012, con cui è stata dichiarata l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza d'interesse in conseguenza dell'emissione del provvedimento impugnato nel presente giudizio.

Premesse alcune considerazioni generali sull'interesse a ricorrere e sull'ammissibilità di un'azione di accertamento negativo, le ricorrenti hanno dedotto, con unico ed articolato motivo, l'illegittimità del permesso di costruire n. 14/2010 e della successiva DIA presentata in data 11.6.2012.

Quanto al primo titolo, sarebbe ravvisabile “un lapalissiano contrasto con quanto contemplato dalla chiara littera legis dell'art. 16/c (in punto di violazione della prescritta distanza minima assoluta di mt. 10.00 tra le pareti finestrate di edifici antistanti, stabilita dalla norma imperativa di cui all'art. 9 del D.M. n. 1444/1968), nonché dell'art. 22 - in ordine alle costruzioni accessorie ed alle prescrizioni che le stesse devono soddisfare - del Piano delle Regole del P.G.T. del Comune di Cogliate, in punto di altezza del box realizzando” (cfr. pag. 11).

Con riguardo alla DIA n. 121/2012 le ricorrenti hanno dedotto la violazione dell'art. 41, comma 2 della legge regionale 1272005, evidenziando che “le opere previste dalla stessa, sono di una complessità tale da travalicare la mera modifica (...) invero afferendo: al piano terra, allo spostamento delle finestre al di fuori della porzione di parete che prospetta direttamente con la parte alta del fabbricato delle ricorrenti; al piano sottotetto, all'arretramento della finestra dell'abbaino a 10 mt dal fabbricato mediante la creazione di un terrazzino coperto; all'edificazione di un box in aderenza al lato sud dell'edificio realizzando, nonché all'edificazione di un ulteriore box a confine con la proprietà delle ricorrenti con altezza di mt 2,40; alla realizzazione sulle pareti esistenti di un cappotto termico dello spessore di 10 cm in deroga alle distanze dai confini e dai fabbricati; all'aumento della Slp dai 97,86 del Pdc 14/10 ai 99,81 della variante; all'aumento del volume dai mc 293, 58 del Pdc ai mc 299,43 della variante; alla modifica della sagoma del tetto e dei prospetti” (cfr. pagg. 13 – 14).

Un ulteriore profilo di censura riguarda il provvedimento emesso in data 17.10.2017, la cui illegittimità è stata dedotta per violazione dell'art. 27 del DPR 380/2001, dell'art. 3 della legge n. 241/1990 e dell'art. 97 della Costituzione, nonché per l'eccesso di potere in cui sarebbe incorsa l'Amministrazione per difetto di motivazione, ingiustizia manifesta, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, oltre che per sviamento dalla causa tipica.

In particolare, le signore B. hanno lamentato “una grave carenza istruttoria caratterizzante il procedimento de quo, correlata alla conseguente, mancata esplicitazione da parte del Comune di Cogliate delle ragioni poste a fondamento dello stesso, essendosi invero limitato a qualificare - con formula del tutto apodittica e stereotipata, sulla scorta di un mero richiamo testuale alle norme violate ed al titolo abilitativo - come conformi gli interventi realizzati rispetto a quelli assentiti, ancorché palesemente abusivi” (cfr. pag. 17); da ciò hanno desunto che “risulta manifesta la preordinazione dell'azione amministrativa ad un fine dissimile rispetto a quello istituzionale, non essendo di certo volta a perseguire la repressione degli abusi edilizi denunciati, onde ripristinare la legalità violata dall'intervento edilizio realizzato, mediante l'esercizio di un potere - dovere eminentemente oggettivo e del tutto vincolato dell'organo, rispetto al quale non residua alcun margine di discrE.nalità” (cfr. pag.- 21).

Le ricorrenti hanno, inoltre, chiesto al Tribunale di disporre una CTU volta ad accertare le violazioni dedotte.

Si è costituita in giudizio la controinteressata società I. s.r.l. (18.1.2013), la quale ha opposto, nella memoria dell'8.3.2013, la legittimità dei titoli edilizi oggetto del contendere.

Il Comune di Cogliate, invece, non si è costituito in giudizio.

In vista dell'udienza di discussione del ricorso nel merito, fissata per il 13 ottobre 2017, le parti hanno depositato le rispettive memorie e repliche.

In particolare:

- nella memoria del 12.9.2017 le ricorrenti hanno ribadito le argomentazioni del ricorso;
- nella memoria del 12.9.2017 la società I. s.r.l. ha eccepito, in via preliminare, l'irricevibilità del ricorso avverso il permesso di costruire n. 14/2010, e ciò sull'assunto che le ricorrenti "hanno avuto contezza della portata lesiva degli interventi contestati in tale sede quanto meno prima del 15 giugno 2012, ma hanno atteso il 6 dicembre 2012 per proporre il ricorso" (cfr. pag. 3), nonché l'inammissibilità, per genericità delle censure proposte, del ricorso avverso la DIA n. 121/2012, opponendo, nel merito, che le contestate modifiche sarebbero state correttamente stimate di modesta entità; quanto all'impugnazione del provvedimento emesso in data 17.10.2012, la controinteressata ha eccepito l'inammissibilità del ricorso perché tale atto non avrebbe natura provvedimento e, nel merito, la sua infondatezza per mancanza di qualsiasi prova a fondamento di quanto dedotto;
- nelle memorie di replica non sono stati evidenziati elementi di novità rispetto alle argomentazioni sviluppate nei precedenti scritti, fatta eccezione per la notizia che, nelle more del giudizio, le opere sono state ultimate in data 8.6.2015.

All'udienza pubblica del 13 ottobre 2017 la causa è stata trattenuta per la decisione.

Preliminarmente, è fondata l'eccezione di irricevibilità del ricorso limitatamente all'impugnazione del permesso di costruire n. 1410, rilasciato in data 31.5.2010 e, in seguito, volturato in data 5.4.2011 e, per quanto più interessa, nuovamente in data 18.7.2011 in favore della società I. s.r.l.

Ad avviso del Collegio è palese che, nella diffida del 15.6.2012, le ricorrenti – per il tramite del loro difensore – hanno dimostrato di conoscere le vicende traslative del sopra citato titolo edilizio, avendo lamentato che sulla base delle "precipue caratteristiche tecniche della realizzanda costruzione - peraltro non correttamente rappresentate nell'ambito delle tavole di progetto allegate al prefato titolo abilitativo - risulta un palese contrasto con quanto espressamente contemplato dall'art. 16/c (in punto di violazione della prescritta distanza minima assoluta di mt. 10.00 tra le pareti finestrate di edifici antistanti) nonché dall'art. 22 - in ordine alle costruzioni accessorie ed alle prescrizioni che le stesse devono soddisfare - del Piano delle Regole del P.G.T. del Comune di Cogliate".

Si tratta, a ben vedere, di deduzioni quasi identicamente riproposte nel ricorso introduttivo del presente giudizio, notificato (il 6.12.2012) ben oltre il termine decadenziale decorrente dalla citata diffida e quasi un anno e mezzo dopo la seconda voltura del permesso di costruire n. 1410, il tutto a conferma della risalente consapevolezza della lesività che il citato titolo avrebbe inferito alla situazione giuridica soggettiva delle ricorrenti.

Quanto al ricorso avverso la DIA n. 121 dell'11.6.2012 (di cui non vi è menzione nella diffida del 15.6.2012), occorre considerare che le proposte censure, pur richiamando specifiche violazioni della disciplina edilizia (vale a dire la violazione della distanza minima di 10 metri tra le pareti finestrate degli edifici ex art. 16/c delle norme di attuazione del piano delle regole, nonché delle prescrizioni esecutive delle costruzioni accessorie ex art. 22 delle medesime norme), risultano prive di qualsiasi riscontro probatorio, nemmeno in via di mero principio.

In altri termini, le ricorrenti non hanno provato in concreto l'asserita violazione della distanza minima, né – a monte – hanno indicato da quale punto tale misurazione sarebbe stata effettuata.

La giurisprudenza amministrativa (cfr., tra le ultime pronunce, TAR Toscana, 28 gennaio 2016 n. 135; TAR Campania – Napoli, 6 luglio 2016 n. 3394) ha chiarito in proposito che, ai sensi dell'art. 64 del codice del processo amministrativo, incombe sulle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle rispettive

domande ed eccezioni (comma 1), mentre il potere acquisitivo del giudice amministrativo può essere esercitato unicamente per sopperire ad uno squilibrio tra le parti, qualora la parte privata sia impossibilitata ad assolvere all'onere probatorio relativamente a documentazione in possesso della pubblica Amministrazione (comma 3).

Nonché nella specie le ricorrenti, pur avendo la disponibilità di tutti gli elementi necessari a sostenere la proposta domanda processuale (nella diffida del 15.6.2012 si è fatto espresso riferimento all'avvenuta acquisizione delle tavole progettuali), si sono limitate ad invocare le citate violazioni senza, tuttavia, allegare un elaborato tecnico (ad esempio una perizia di parte) che potesse dare (una pur minima) consistenza a indizi di inattendibilità ulteriori rispetto a posizioni critiche di mero sospetto.

Per rimediare a tali lacune hanno, quindi, chiesto in via istruttoria di disporre una "consulenza tecnica d'ufficio (...), finalizzata ad appurare la regolarità edilizio – urbanistica di quanto realizzato ovvero in corso di esecuzione, nonché la conformità degli interventi meglio descritti in premessa ai relativi titoli abilitativi" (cfr. pag. 23).

Ma a tale ultimo riguardo occorre fare cenno alle elaborazioni della giurisprudenza secondo cui "pur non essendo la consulenza tecnica d'ufficio qualificabile come mezzo di prova in senso proprio e non potendo essere utilizzata per sgravare le parti dai loro oneri probatori, è consentito affidare al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati o dati per esistenti (cosiddetta consulenza deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (cosiddetta consulenza percipiente), quando si tratta di fatti che la parte ha dedotto e posto a fondamento della sua domanda ed il cui accertamento richiede specifiche cognizioni tecniche" (cfr., Corte di Cassazione, sezioni unite, 30 dicembre 2011 n. 30175; id., 13 marzo 2009 n. 6155).

Nel processo amministrativo non paiono consentite le consulenze tecniche c.d. percipienti (quelle in cui il consulente, fatto ovviamente salvo il controllo immanente del giudice peritus peritorum, è chiamato ad accertare direttamente i fatti mediante l'ausilio di specifiche competenze tecniche), mentre sono certamente ammesse, in linea con quanto previsto dall'art. 67 del codice di rito, le consulenze tecniche c.d. deducenti, volte a valutare i fatti accertati e dati per esistenti, "come (già definitivamente) acquisiti nel corso del procedimento amministrativo" (cfr. TAR Liguria, 24 gennaio 2014, n. 137).

L'assenza di qualsiasi allegazione probatoria da parte delle ricorrenti si rivela decisiva nella cognizione relativa al provvedimento del 17.10.2012, con cui è stato comunicato a queste ultime che il manufatto oggetto del contendere è risultato conforme alle previsioni dello strumento urbanistico: un esito istruttorio, questo, indubbiamente lesivo delle ragioni di tutela affermate dalle signore B., tale, quindi, da giustificare, da parte del Collegio, la reiezione dell'eccezione di inammissibilità nei termini opposti dalla società I. s.r.l.

Nel merito della censura, però, va tenuto conto che dall'esame della (pur succinta) motivazione elaborata dall'ufficio tecnico si evince che l'Amministrazione ha effettuato una verifica sulle opere previste dalla DIA n. 121/2012 (nella maggioranza dei casi limitate a lievi modifiche del progetto originario), il cui espletamento ha indotto a disporre la sospensione dei lavori (11.9.2012) fino all'esaurimento di tale procedimento: un indizio, quest'ultimo, che ragionevolmente depone per l'accuratezza delle presupposte valutazioni istruttorie.

In conclusione, il ricorso è in parte irricevibile e in parte infondato.

Quanto alle spese processuali, nulla si dispone in favore del Comune di Cogliate, il quale non si è costituito in giudizio; restano, invece, compensate le spese processuali nei confronti della società controinteressata.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte irricevibile e in parte lo respinge, nei sensi espressi in motivazione.

Nulla per le spese nei confronti del Comune di Cogliate; compensa le spese processuali nei confronti della società I. s.r.l.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Celeste Cozzi, Presidente
Antonio De Vita, Consigliere
Angelo Fanizza, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Angelo Fanizza

IL PRESIDENTE
Stefano Celeste Cozzi

IL SEGRETARIO

CASSAZIONE.NET