

Pubblicato il 20/01/2020

N. 00117/2020 REG.PROV.COLL.

N. 01185/2018 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 1185 del 2018, proposto da Condominio di via Aldo Manuzio n° 6 in Milano, Condominio di via Finocchiaro Aprile n° 9 in Milano, Federico Spasciani Staffini, Maria Rosa Cattadori, Giuliano Signorini, Elena Caiazza, rappresentati e difesi dall'avvocato Lorenzo Carmelo Platania, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, piazza della Repubblica 7;

*contro*

Comune di Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Paola Cozzi, Antonello Mandarano, Alessandra Montagnani Amendolea, Anna Maria Pavin, Maria Lodovica Bognetti, Elena Maria Ferradini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Milano, via della Guastalla 6;

*nei confronti*

Manuzio 6 S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Cristiana Giorgiani, Costantino Loiacono, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Costantino Loiacono in Milano, via Sant'Antonio Maria Zaccaria n. 1;

*per l'annullamento*

del permesso di costruire a sanatoria n° 53 del 7 febbraio 2018 (PG 244491/2017 – Progr. 15014/2017) rilasciato dal Comune di Milano, Area Sportello Unico Edilizia, Unità Territoriale A, Municipio 2, a Manuzio 6 S.r.l. per la realizzazione di opere consistenti in «Modifiche interne per nuova riconfigurazione locali tra cui la realizzazione di cucina e deposito relativo impianto montavivande; demolizione e costruzione di nuovi comignoli di esalazioni per canna fumaria, locale smaltimento rifiuti e bagni, trasformazione del lastrico solare, già accessibile, in area terrazzo di somministrazione, con annessa tettoia/ pergola aperta su tutti i lati; posa di arredo a verde; rifacimento dell'ingresso con posa di recinzione, porta di accesso, tenda solare fissa e posizionamento montascale a cingoli».

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Milano e di Manuzio 6 S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 ottobre 2019 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Condominio di Via Aldo Manuzio n° 6 in Milano, il Condominio di Via Finocchiaro Aprile n° 9 in Milano, il Dott. Federico Spasciani Staffini, la Dott.ssa Mariarosa Cattadori, l'Ing. Giuliano Signorini e la Dott.ssa Elena Caiazza hanno

impugnato il permesso di costruire in sanatoria rilasciato alla società Manuzio 6 S.r.l. per opere consistenti in sostanza in modifiche interne e trasformazione del lastrico solare, già accessibile, in area terrazzo di somministrazione di cibi e bevande relative ad un manufatto collocato nelle immediate vicinanze dei condomini e delle proprietà delle persone fisiche ricorrenti.

In particolare secondo i ricorrenti esisterebbe un edificio unico posto all'incrocio tra la Via Manuzio e la Via F. Aprile composto di un piano fuori terra ed un piano interrato, a destinazione autorimessa, che è di proprietà del Dott. Federico Spasciani Staffini, mentre il piano strada è intestato alla Società controinteressata. Tra l'edificio di Via Aldo Manuzio n°6/A (foglio 313 mapp. 155) e l'edificio unico posto all'incrocio tra la Via Manuzio e la Via F. Aprile, comprendente la porzione oggetto dei lavori, si sarebbe costituito in via di fatto un condominio con due condòmini (cd. condominio minimo) all'atto dell'alienazione del piano fuori terra, destinato a negozio/locale commerciale, che poi è divenuto di proprietà della società controinteressata.

Contro il suddetto atto i ricorrenti hanno proposto i seguenti motivi di ricorso.

I) Illegittimità per violazione di legge: violazione degli artt. 11, 36 e 37 del d.p.r. 6 giugno n°2001 (TU Edilizia) e dell'art. 38 della legge regione Lombardia 11 marzo 2005, n°12; eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria e motivazione. Secondo i ricorrenti sussisterebbe un difetto di legittimazione nella richiesta del permesso di costruire in sanatoria in quanto il titolo impugnato è stato richiesto con istanza a firma di un solo condominio (Manuzio 6 S.r.l.), che pur si è autoqualificato proprietario, mentre – per ciò che concerne le opere realizzate sul lastrico solare ed il mutamento di destinazione d'uso dello stesso – l'unico soggetto titolato alla richiesta del permesso di costruire sarebbe stato il Condominio, previa deliberazione dell'assemblea; o, in alternativa, ci sarebbe voluta l'adesione di tutti i condomini alla domanda di sanatoria.

II) Illegittimità per violazione di legge: violazione dell'art. 9 del DM Lavori pubblici n°1444 del 1968; violazione dell'art. 86, commi 1 e 3, del regolamento edilizio del comune di Milano; Illegittimità per eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria.

Secondo i ricorrenti sussisterebbe violazione della distanza di dieci metri tra pareti finestrate ex art. 9 del D.M. LL.PP. n° 1444 del 1968 (ed art. 86, co. 3, del regolamento edilizio) della tettoia installata sul lastrico solare rispetto al fronte finestrato del condominio di via Finocchiaro Aprile n° 9 che affaccia sulla via Manuzio. Tale tettoia infatti sarebbe una vera e propria costruzione ai sensi dell'art. 873 c.c. in quanto: a) è manufatto stabilmente ancorato al lastrico solare dell'edificio grazie alla presenza di dieci montanti, talché non può essere considerato né precario né di facile rimozione; b) il manufatto è destinato al servizio permanente dell'attività commerciale di somministrazione alimenti e bevande, quindi – anche dal punto di vista funzionale - si deve escludere in radice la precarietà dello stesso; c) il manufatto, inoltre, è di rilevanti dimensioni in quanto copre sostanzialmente l'intero lastrico solare dell'edificio per un'area di circa 4,50 x 18,00 metri; d) il manufatto, infine, sembrerebbe predisposto per l'inserimento di dispositivi mobili idonee a chiudere i lati orizzontali; e) modifica sensibilmente la sagoma dell'edificio. In secondo luogo sussisterebbe difetto di istruttoria in quanto il Comune avrebbe del tutto omesso di verificare anche il rispetto dei parametri urbanistici e regolamentari quanto alla effettiva possibilità di sanare la tettoia dal punto di vista della volumetria residua che il lotto può esprimere.

Costituitosi in giudizio, con memoria depositata in data 08/06/18 il Comune di Milano ha chiesto la reiezione del primo motivo di ricorso in quanto non spetterebbe al Comune fare ricerche approfondite sull'eventuale proprietà condominiale dell'immobile ed in ogni caso il permesso di costruire viene rilasciato “fatti salvi i diritti dei terzi”, ai sensi dell'art. 11 del TU Edilizia; a ciò si aggiungerebbe che le

questioni privatistiche in merito all'esistenza di un condominio minimo di fatto esulerebbero dalla giurisdizione del giudice amministrativo . Il secondo motivo sarebbe infondato in quanto la tettoia realizzata non ha pareti e non può essere considerata una nuova costruzione né un volume. Inoltre le distanze sarebbero rispettate in quanto le misure vanno calcolate con riferimento alla linea esterna della parete ideale della tettoia (interna al terrazzo) e non con riferimento al limite esterno del terrazzo stesso. Neppure dovrebbero essere considerati gli indici urbanistici in quanto si tratterebbe di struttura aperta.

Con memoria depositata in data 13/09/19 i ricorrenti affermano, con riferimento al primo motivo, che l'Amministrazione comunale avrebbe dovuto procedere con una semplicissima richiesta al privato onde appurare l'effettiva situazione proprietaria del terrazzo; inoltre il giudice amministrativo potrebbe senz'altro conoscere *incidenter tantum* la questione pregiudiziale inerente la titolarità della proprietà dell'area. Con riferimento al secondo motivo ribadiscono che la tettoia ha le qualità per essere qualificata come una vera e propria costruzione ai sensi dell'art. 873 cod. civ.; in particolare, poiché presenterebbe il lato di copertura chiuso (tetto), sarebbe funzionalmente idonea ad essere utilizzata come riparo, dando quindi luogo ad un aumento di volumetria dell'immobile rilevante ai fini edilizi. In merito alla distanza, i ricorrenti affermano che la misurazione, effettuata dalla stessa controinteressata, parte proprio dal montante della tettoia ovvero dalla "parete ideale" interna al terrazzo e non, come si sostiene ex adverso, dal limite esterno del terrazzo. In ogni caso, come si può evincere dalle fotografie, i montanti della tettoia sarebbero collocati sul limite esterno del terrazzo, che nella sua larghezza è interamente coperto, pertanto la violazione della distanza dei 10 metri sarebbe dimostrata. In merito agli indici edilizi, affermano che trattandosi di costruzione essi dovrebbero essere calcolati.

La società controinteressata, con memoria depositata in data 13/09/19, ha affermato che non sussiste alcun condominio, neppure di fatto, e quindi nega la natura condominiale del terrazzo. In merito afferma che il Sig. Spasciani Staffini Federico, proprietario dell'autorimessa posta al piano interrato dell'immobile, ha già adito il giudice ordinario per l'accertamento della natura condominiale del bene "terrazzo/lastrico solare" e per la rimozione dei manufatti ivi eretti. Eccepisce poi la tardività del ricorso in quanto già alcuni anni addietro i ricorrenti hanno avuto contezza dei lavori e quindi anche dell'installazione della tettoia per cui è causa. Nel merito sostiene l'infondatezza del primo motivo in quanto dal rogito notarile del 31.1.2017, allegato all'istanza presentata dal controinteressato in data 26.5.2017 si evince che: "Le parti danno atto che il negozio in contratto costituisce un'unità a sé stante e non fa parte dell'adiacente complesso condominiale". In merito alle distanze la controinteressata afferma che il pergolato non ha pareti, non crea alcun impatto volumetrico, è una struttura "certificata aperta", precaria e leggera anche in considerazione del materiale con il quale è costruita (alluminio) oltre ad essere destinata a soddisfare esigenze temporanee non durevoli nel tempo. Trattasi all'evidenza di opera decisamente pertinenziale. Inoltre la linea ideale esterna della tettoia non coinciderebbe con il limite esterno del terrazzo.

Con memoria di replica depositata in data 20/09/19 i ricorrenti affermano che il permesso in sanatoria è stato impugnato nel termine di legge decorrente dalla sua conoscenza. In merito al primo motivo di ricorso affermano che il primo atto di alienazione (atto per Notar Lèbano del 13.7.1976 e tavola allegata) nulla ha disposto in ordine alla vendita del lastrico solare del Condominio di via Manuzio n° 6/A, pertanto esso deve dirsi *ex lege* di proprietà comune. Inoltre la pendenza di un giudizio civile in ordine all'accertamento di un diritto non osta a che il Giudice Amministrativo possa conoscere di tale medesima questione *incidenter tantum*. In merito alle distanze affermano che la richiesta istruttoria avanzata

dall'Amministrazione alla Società controinteressata in data 12 giugno 2019 proverebbe che, essendo la tettoia rilevante per il Comune ai fini delle distanze dai confini ai sensi dell'art. 86 del Regolamento edilizio del comune di Milano e del codice civile, tale dovrebbe essere considerata anche ai fini delle distanze tra fabbricati. Allo stesso modo, rilevando la tettoia ai fini delle distanze in quanto vera e propria costruzione, essa deve sottostare agli indici urbanistici di zona (IF, S.l.p., ecc...) il cui rispetto non è stato verificato.

Con memoria di replica depositata in data 23/09/19 il Comune evidenzia che, durante il periodo intercorrente tra la realizzazione della tettoia e il rilascio del permesso di costruire, i ricorrenti non hanno mai lamentato alcunché, e sostiene che non sussisterebbe il presunto condominio minimo. In merito alle distanze ribadisce che: la tettoia realizzata non è una nuova costruzione; essendo completamente aperta non fa volume e quindi non è soggetta al calcolo delle distanze; comunque i calcoli dei ricorrenti sono errati.

Con memoria di replica depositata in data 24/09/19 la controinteressata ha ribadito le eccezioni già sollevate nelle precedenti memorie.

Con ordinanza n. 864 in data 14/06/2018 la Sezione ha respinto l'istanza cautelare con la seguente motivazione: *“Ritenuto, seppure a seguito del sommario esame proprio della fase cautelare, che il ricorso, in disparte la questione di inammissibilità per difetto di giurisdizione, non presenti elementi di fondatezza, in quanto:- l'opera contestata posta sul lastrico solare (una tettoia realizzata con “una struttura aperta in alluminio con veletta superiore”) non si configura come nuova costruzione, né come volume;- stante quindi l'assenza dei requisiti per qualificare il manufatto de quo come costruzione e pur ammettendo la correttezza della misurazione effettuata dai ricorrenti, (ma contestata dalla difesa comunale), non può trovare applicazione la normativa in materia di distanze di cui al DM n. 1444/1968; Ritenuto altresì che il periculum invocato, cioè il disturbo proveniente dall'attività di ristorazione svolta*

*sul lastrico solare, sia meramente ipotetico e implica in ogni caso il ricorso ad altri strumenti di tutela, previo accertamento del superamento del limite di tollerabilità delle immissioni acustiche*". In sede di appello il Consiglio di Stato ha accolto *"l'istanza cautelare ai soli fini della sollecita fissazione del merito in primo grado, ai sensi dell'art.55 decimo comma c.p.a."* (Sez. VI, ord. 19/10/2018 n. 5127).

All'udienza del 15 ottobre 2019 il Presidente ha dato avviso ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a. di un possibile profilo di inammissibilità relativamente alla notifica del ricorso. La causa è stata quindi trattenuta dal Collegio per la decisione.

## DIRITTO

1. Le eccezioni di inammissibilità del ricorso possono essere assorbite in quanto esso è infondato.

2. Con riferimento al primo motivo occorre precisare che, per quanto riguarda i controlli che competono all'amministrazione, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa (da ultimo TAR Lombardia, Milano, II, 23/12/2019 n. 2728; TAR Lombardia-Brescia, Sez. I, 21.01.2019 n. 70), in sede di rilascio del titolo abilitativo edilizio sussiste l'obbligo per il Comune di verificare il rispetto da parte dell'istante dei limiti privatistici, a condizione che tali limiti siano effettivamente conosciuti o immediatamente conoscibili e/o non contestati, di modo che il controllo da parte dell'Ente locale si traduca in una semplice presa d'atto dei limiti medesimi senza necessità di procedere ad un'accurata e approfondita disamina dei rapporti civilistici, sicché l'amministrazione normalmente non è tenuta a svolgere indagini particolari in presenza di una richiesta edificatoria, salvo che sia manifestamente riconoscibile l'effettiva insussistenza della piena disponibilità del bene oggetto dell'intervento edificatorio in relazione al tipo di intervento richiesto (Consiglio di Stato, sez. VI – 5/4/2018 n. 2121); l'accertamento demandato all'Ente locale va compiuto con "serietà e rigore", e "la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, superando l'indirizzo più risalente, è oggi allineata nel senso che



L'Amministrazione, quando venga a conoscenza dell'esistenza di contestazioni sul diritto del richiedente il titolo abilitativo, debba compiere le necessarie indagini istruttorie per verificare la fondatezza delle contestazioni, senza però sostituirsi a valutazioni squisitamente civilistiche (che appartengono alla competenza dell'A.G.O.), arrestandosi dal procedere solo se il richiedente non sia in grado di fornire elementi *prima facie* attendibili” (Consiglio di Stato, sez. IV – 20/4/2018 n. 2397).

Nel caso di specie nessuna contestazione in merito alla legittimità dei lavori ed alla legittimazione attiva della società controinteressata è stata mai sollevata dai ricorrenti prima del ricorso, con la conseguenza che deve escludersi che il Comune dovesse effettuare ulteriori indagini. A ciò si aggiunge che gli atti notarili forniti dalla controinteressata costituivano elementi *prima facie* attendibili in merito alla legittimazione a chiedere il permesso in sanatoria.

3. Anche il secondo motivo è infondato.

In merito, assorbite le questioni relative alla qualificazione della tettoia/pergolato come costruzione, deve ritenersi che i ricorrenti non abbiano dato sufficiente prova delle violazioni delle distanze.

Come chiarito dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 22.11.2013 n. 5557) la distanza di dieci metri tra pareti finestrate di edifici antistanti, prevista dall'art. 9, D.M. 02.04.1968, n. 1444, va calcolata con riferimento ad ogni punto dei fabbricati rispetto ai quali si denuncia la violazione delle distanze e non alle sole parti che si fronteggiano e a tutte le pareti finestrate e non solo a quella principale, prescindendo anche dal fatto che esse siano o meno in posizione parallela. E' chiaro quindi che occorre considerare come punto di riferimento, secondo quanto correttamente affermato dal Comune, la linea esterna della parete ideale della tettoia/pergolato (interna al terrazzo) e non il limite esterno del terrazzo stesso, trattandosi di verificare le distanze dalla tettoia/pergolato e non dal terrazzo.

Né a tal fine possono valere i montanti della tettoia/ pergolato in quanto essi rientrano nella categoria degli sporti, non computabili ai fini delle distanze, trattandosi di elementi con funzione meramente ornamentale, di rifinitura od accessoria (come le mensole, le lesene, i cornicioni, le canalizzazioni di gronda e simili) (in tal senso Corte di Cassazione, Sez. II civile, 19.01.2018 n. 1365).

Va poi considerato che, se è pur vero che il processo amministrativo secondo il tradizionale modello impugnatorio è retto, dal punto di vista istruttorio, dal principio dispositivo con metodo acquisitivo, ciò non può essere inteso nel senso che la parte ricorrente, la quale si dolga di un atto dell'Autorità, possa limitarsi alla mera contestazione dei presupposti di fatto e di diritto sui quali si è radicata l'azione amministrativa e attendere che sia il giudice ad acquisire il materiale probatorio necessario al giudizio, dovendo essa, invece, offrire – a sostegno della pretesa azionata in giudizio – adeguati riscontri probatori quantomeno rispetto agli elementi dei quali ha una disponibilità pressoché piena (v., tra le altre, TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 2/07/2018 n. 4375). Spettava dunque ai ricorrenti fornire elementi di prova univoci circa l'effettiva violazione della distanza di dieci metri, per essere in realtà la doglianza non assistita da dati obiettivi idonei a superare la contestazione delle controparti, proprio sotto il profilo della misurazione puntuale del distacco tra i manufatti in esame.

E analoga carenza probatoria si riscontra anche con riferimento alla questione della volumetria residua che il lotto può esprimere. Infatti si adduce genericamente un difetto di istruttoria, quando invece sarebbe stato necessario allegare quanto meno un principio di prova circa l'ipotizzata violazione dei relativi parametri di zona.

In definitiva quindi il ricorso va respinto.

4. Le peculiarità della fattispecie giustificano la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Antonio De Vita, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Alberto Di Mario**

**IL PRESIDENTE**  
**Italo Caso**

IL SEGRETARIO