

Pubblicato il 17/07/2023

N. 07004/2023REG.PROV.COLL.
N. 02818/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2818 del 2019, proposto da Massimiliano Moriggi, rappresentato e difeso dagli avvocati Marina Giani, Stefano Sonzogni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Senago, rappresentato e difeso dagli avvocati Alberto Fossati, Giovanni Corbyons, Cristina Ciarcia', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone n.44;

nei confronti

Fabio Carminati, Riccardo Carminati, non costituiti in giudizio;

*per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Seconda) n. 1885/2018*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Senago;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 10 maggio 2023 il Cons. Sergio Zeuli e uditi per le parti gli avvocati Alberto Fossati e Marina Giani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La sentenza impugnata ha respinto il ricorso con cui la parte appellante aveva chiesto l'annullamento del provvedimento prot. 304/2017 notificato in data 10 gennaio 2017 con cui è stata archiviata la SCIA n. 2016/00264 del 10 ottobre 2016 prot. n. 26602 per le opere realizzate sull'area identificata in catasto con il mappale 127/128 del fg. 14, di via Silvio Pellico n. 6 in Senago e dell'ordinanza-ingiunzione di demolizione opere abusive e restituzione in pristino n. 1 del 10 gennaio del 2017, atti entrambi a firma del Responsabile Servizi Territoriali del Comune di Senago, nonché il ricorso per motivi aggiunti, con cui la parte appellante aveva chiesto l'annullamento della nota del 6 marzo del 2017 che ha confermato i suddetti provvedimenti.

Avverso la decisione gravata sono sollevati i seguenti motivi così rubricati:

- 1) *Violazione del diritto di difesa ex art. 24 Cost. - Violazione di legge – Violazione dell'art. 112 c.p.c. – Violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato*
- 2) *Erroneità della sentenza quanto al rigetto del primo motivo di ricorso Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Travisamento ed erronea valutazione dei fatti; nonché per contraddittorietà, illogicità e irragionevolezza manifeste, carenza di motivazione, violazione del procedimento. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 19, L. 241/1990, degli artt. 22-23, DPR 380/2001, dell'art. 42, L.R. Lombardia 12/2005.*
- 3) *Erroneità della sentenza quanto al rigetto del secondo motivo di ricorso Violazione e falsa applicazione art. 2644 c.c. – Violazione dei presupposti di fatto e di diritto eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza manifeste.*

- 4) *Erroneità della sentenza quanto al rigetto del terzo motivo di ricorso Violazione dei presupposti di fatto e di diritto – Violazione e falsa applicazione art. 19 L. 241/1990*
- 5) *Erroneità della sentenza quanto al rigetto del primo motivo del ricorso per motivi aggiunti Eccesso di potere per illegittima integrazione dei provvedimenti originari. Travisamento - Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 19, 21, 21 nonies L. 241/1990 - Violazione e/o falsa applicazione degli art. 27, 31, 37 DPR 380/2001 - Violazione del principio di diligenza procedimentale.*
- 6) *Erroneità della sentenza quanto al rigetto del secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e irragionevolezza manifeste. Travisamento ed erronea valutazione dei fatti. Sviamento. Illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà della motivazione*
- 7) *In riproposizione dei motivi assorbiti dall'appellata sentenza. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e irragionevolezza manifeste. Travisamento ed erronea valutazione dei fatti. Sviamento. Illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà della motivazione. Violazione del principio di proporzionalità. Ingiustizia manifesta*

2. Si è costituito in giudizio il Comune di Senago, contestando l'avverso dedotto e chiedendo il rigetto dell'appello. Le altre parti intimare non si sono costituite.

3. Ai fini della delibazione dei motivi di appello, converrà individuare l'oggetto della presente controversia e ricostruire la vicenda procedimentale complessiva dalla quale è scaturito l'odierno contenzioso.

3.1. La parte ha impugnato il provvedimento del 9 gennaio del 2017, notificatole il 10 successivo, con cui il Comune di Senago ha disposto l'archiviazione della SCIA presentata dalla parte il 10 ottobre del 2016 nonché l'ordinanza di demolizione delle opere, emessa nella stessa data.

L'istanza riguardava la realizzazione di una struttura metallica leggera, ad uso deposito, con copertura con pannelli *sandwich* destinata a sostituire un *box* prefabbricato e rustici fatiscenti ad uso lavanderia e deposito in via Silvio Pellico 6, in catasto al Fg.14, mappali 127/128.

L'altezza prevista in progetto della struttura era pari a mt.2,30 nella parte più bassa ed a mt. 2,50 in quella più alta. L'area nella quale il nuovo intervento andava ad insistere ricade nel "tessuto urbano consolidato", prevalentemente residenziale.

3.2. Quanto alla vicenda procedimentale, dopo la presentazione della SCIA da parte appellante, il 18 ottobre del 2016 il Comune aveva reso noto al richiedente che, ai sensi dell'art.2.6 delle N.T.A. in quell'area altamente urbanizzata, la deroga alla distanza di metri dieci tra gli edifici di cui al D.M. 1444/1968 era ammessa per le sole autorimesse. Poiché il progetto aveva ad oggetto la realizzazione di un deposito, per il quale non era prevista deroga, l'ente ordinò la sospensione dei lavori.

Resa edotta di ciò, la parte appellante aveva dichiarato che avrebbe modificato l'originaria destinazione del manufatto, convertendolo in autorimessa.

Un sopralluogo successivamente eseguito il 27 ottobre del 2016 consentiva di accertare l'esistenza di alcune difformità rispetto all'originaria SCIA e l'ultimazione dei lavori, evidentemente proseguiti, malgrado la sospensione disposta il 18 ottobre precedente.

Dopo ulteriori interlocuzioni procedimentali, il 10 gennaio del 2017 venivano notificati alla parte appellante sia il provvedimento di archiviazione della SCIA che l'ordinanza ingiunzione di demolizione delle opere, impugnati con il ricorso principale.

Questi provvedimenti erano successivamente oggetto di una richiesta di riesame della parte appellante, a cui il Comune replicava con una nota del 6 marzo del 2017 con la quale confermava le sue precedenti decisioni.

4. Il primo motivo di appello contesta alla sentenza impugnata di aver violato il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art.112 c.p.a. citando, a suffragio della deduzione, i principi sanciti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.5 del 2015.

4.1. Il motivo è infondato.

Va premesso che il giudice di prime cure ha ritenuto assorbiti sia il motivo di ricorso relativo ai criteri di calcolo adottati nel progetto per individuare l'altezza dell'edificio realizzando, che alcuni dei motivi sollevati con il ricorso per motivi aggiunti avverso le carenze progettuali che l'autorità procedente aveva contestato alla parte.

Sulla contestazione relativa all'altezza, il primo giudice non ha valutato la questione, ritenendo che, una volta acquisita la prova che il manufatto violava la distanza minima dall'edificio confinante, il dato divenisse irrilevante.

I plurimi motivi di cui al ricorso per motivi aggiunti – tutti relativi a contestate carenze progettuali che la parte appellante protestava come inesistenti – sono stati ritenuti assorbiti, in quanto il Tar ha ritenuto acquisita la prova che la parte appellante avesse, in realtà, iniziato i lavori prima della presentazione della SCIA. Il che rendeva irrilevante anche quella contestazione.

4.2. Or bene, in entrambi i casi il Collegio ritiene che la sentenza gravata abbia fatto buon governo dei principi dettati dall'Adunanza Plenaria n. 5 del 2015.

In relazione ai due mezzi di gravame sussistevano evidenti ragioni di economia processuale che consentivano l'operatività del principio di assorbimento, ricorrendo il caso, ivi previsto, *“in cui il provvedimento impugnato si fondi su una pluralità di ragioni autonome, il giudice, qualora ritenga infondate le censure indirizzate verso uno dei motivi assunti a base dell'atto controverso, idoneo, di per sé, a sostenerne ed a comprovarne la legittimità”, di conseguenza doveva ritenersi sussistente la sua “potestà di respingere il ricorso sulla sola base di tale rilievo, con assorbimento delle censure dedotte avverso altri capi del provvedimento, in quanto la conservazione dell'atto implica la perdita di interesse del ricorrente all'esame delle altre doglianze”,* come appunto espressamente statuito dalla citata adunanza plenaria n.5/2015.

In ogni caso, poiché detti motivi sono stati riproposti nell'atto di appello, nel corso della trattazione, ove occorra, si procederà comunque alla loro deliberazione

5. Il secondo motivo di appello contesta il difetto di istruttoria nei provvedimenti impugnati che sarebbero peraltro connotati da un'insolita (ed

ingiustificata) celerità.

La parte appellante segnala in proposito che il comune appellato, dopo aver adottato ben due comunicazioni, il 18 ed il 21 ottobre del 2016 - nonostante la SCIA fosse stata presentata solo il 10 ottobre precedente - già il 4 novembre del 2016 avviò il procedimento di demolizione, senza neppure attendere il decorso del termine concesso all'interessato per presentare le integrazioni documentali.

Pertanto il motivo contesta alla sentenza impugnata innanzitutto di aver errato nel ritenere carente di lesività la suddetta comunicazione di avvio del procedimento, impropriamente intervenuta nella pendenza della SCIA.

Con il mezzo si censura inoltre la decisione gravata che non avrebbe rilevato la palese scorrettezza commessa dall'amministrazione, sia per aver adottato una decisione prematura e sia per non aver considerato che le integrazioni documentali che la parte appellante si apprestava a depositare avrebbero potuto dimostrare l'assentibilità dell'intervento progettato.

Secondo la parte appellante in detta evenienza l'amministrazione aveva due possibilità: o modificare l'oggetto della SCIA, prendendo atto della diversa destinazione del manufatto, che transitava da deposito a "box", e quindi necessariamente attendere le integrazioni documentali o riavviare una nuova SCIA avente un diverso oggetto. Ciò che certamente l'amministrazione non avrebbe potuto fare era avviare, prima del termine di conclusione del procedimento di SCIA, un nuovo, inedito ed imprevisto, procedimento demolitorio.

5.1. Il motivo è infondato perché omette di considerare due dati certi, e cioè che la richiesta di chiarimenti aveva, nel frattempo, sospeso il decorso del termine di cui all'art.19, e che, soprattutto, con quella richiesta, l'amministrazione aveva comunque intimato la sospensione dei lavori.

Entrambi questi dati escludono la praticabilità della seconda alternativa prospettata dalla parte; infatti il procedimento di SCIA non poteva né doveva

ripartire, perché era solo sospeso, e comunque perché l'amministrazione aveva già esercitato il potere inibitorio, ancorché solo in via provvisoria.

D'altronde che l'oggetto della SCIA possa mutare nel corso del procedimento, senza necessità di riavviarlo, è un'evenienza espressamente contemplata dalla seconda parte del comma 3 dell'art.19 l. 241 del 1990.

5.2. Quanto alla contestata inappropriatezza della comunicazione di avvio del procedimento di demolizione, si osserva innanzitutto che quell'atto, di per sé, non ha autonoma efficacia lesiva, limitandosi a preannunciare un'iniziativa futura, solo possibile.

Dunque la doglianza non è assistita dall'adeguato interesse di cui all'art.100 c.p.c.

Oltretutto il fatto che detta comunicazione sia stata inviata all'interessato, cogliendo l'occasione di un confronto procedimentale già aperto tra le parti, semmai ha ampliato e non ristretto le sue prerogative defensionali.

In secondo luogo, l'obiezione non considera che, con l'accesso eseguito il 27 ottobre del 2016, era stata accertata l'ultimazione dei lavori di cui al progetto, nonostante alla parte fossero stati intimati ben due ordini di sospensione. A tacer del fatto che, a stare alla documentazione successivamente estratta dall'amministrazione da *Street view di Google*, risalente all'agosto del 2016, quei lavori sarebbero stati eseguiti addirittura prima della presentazione della dichiarazione di inizio attività

Questo significa che l'intervento di cui si tratta, era, a tutti gli effetti, abusivo. E reclamava, come tale, l'avvio del procedimento di demolizione. Pretendere, come fa il motivo in analisi, che l'amministrazione, alla luce di queste premesse, rimanesse, per così dire, nell'alveo disegnato dall'art.19 della L.241 del 1990, rappresenta un postulato senza fondamento anche considerando che il potere esercitabile ai sensi di questa norma, ossia quello inibitorio, era già stato (vanamente) esercitato.

Detto in altri termini, pare indiscutibile che al Comune non restasse altro da fare che prefigurare alla parte inottemperante la possibilità che le sarebbe stata

applicata la sanzione ripristinatoria, al contempo dandole modo, come fece, inviando la comunicazione di cui all'art.7 l. 241 del 1990, di controdedurre in merito.

5.3. Va ancora ricordato che le richieste di integrazioni documentali che l'amministrazione aveva formulato non erano state compiutamente esaudite dalla parte appellante, che produsse solo con molto ritardo, ed a procedimento oramai concluso, la documentazione contenente la convenzione con il vicino confinante, il che dequota anche la contestazione all'amministrazione di non aver atteso gli esiti della richiesta di integrazione.

Del resto, lo stesso cambio di destinazione dell'immobile fu solo ventilato come possibilità dalla parte appellante, che formalizzò ufficialmente la richiesta solo il 18 novembre del 2016, il che significa che, nel momento in cui venne spedita la comunicazione di avvio del procedimento demolitorio, l'intervento oggetto di SCIA, peraltro illegittimamente ultimato perché i lavori erano stati sospesi, doveva considerarsi illegittimo e non sanabile.

Dunque tutti gli elementi emergenti dagli atti inducono a ritenere che l'amministrazione procedente, a quel momento, non poteva esercitare altro potere che quello demolitorio, perciò l'invio della relativa comunicazione non può ritenersi incongruo.

6. Il terzo motivo di appello contesta alla sentenza impugnata di avere, erroneamente, ritenuto che mancasse il consenso del proprietario confinante - o che comunque lo stesso fosse tardivo - previsto dall'art. 26.3. delle NTA per derogare alla distanza minima prevista fra i due edifici insistenti su fondi diversi.

La parte appellante deduce che contrariamente a quanto le è stato contestato, ha trasmesso al Comune l'apposita convenzione intervenuta con i proprietari confinanti, i signori Carminati, debitamente sottoscritta, nonché successivamente registrata presso l'Agenzia delle Entrate il 7 novembre del 2016.

Inoltre, sostiene ancora la parte, quell'atto doveva ritenersi esistente e vincolante al momento del suo confezionamento, valendo la trascrizione, ai sensi dell'art.2643 c.c., solo a fini di pubblicità dichiarativa e non per il perfezionamento del negozio già valido ed efficace al momento della stipula.

Pertanto le NN.TT.AA., che hanno valore di norma regolamentare, andrebbero in parte qua disapplicate perché contrastano con l'art.2643 c.c. che è norma di legge primaria.

6.1. Il motivo è infondato, innanzitutto in fatto.

Infatti il documento relativo al consenso negoziato coi proprietari confinanti è stato prodotto in atti solo il 2 febbraio del 2017, ossia in un momento in cui era sia decorso il termine concesso per integrare la documentazione allegata alla SCIA, che quello per la conclusione del procedimento di demolizione.

Inoltre entrambi procedimenti erano già conclusi a quella data, con l'archiviazione dell'istanza e l'ordine di demolizione, ed è evidente che, per essere valutato, il documento avrebbe dovuto essere depositato almeno prima della decisione.

6.2. Oltre ad essere tardiva, la produzione non poteva dirsi neanche completa né conforme alla normativa regolamentare, perché l'atto non risultava trascritto, come previsto dall'art.26.3 delle NN.TT.AA. del Piano del comune di Senago.

Venendo all'eccezione di illegittimità di quest'ultima disposizione, sollevata dalla parte appellante per contrasto con l'art.2643 c.c., si osserva che essa parte da un presupposto assoluto che non è condivisibile, perché non è vero che, nel nostro ordinamento civilistico, la trascrizione abbia sempre una funzione dichiarativa.

Vi sono infatti dei casi in cui riveste anche funzione costitutiva, come ad esempio avviene nella cd. "usucapione abbreviata" di cui all'art. 1159 c.c.

6.3. Inoltre nel caso di specie la trascrizione era necessaria, ai sensi del n.4) dell'art.2643 c.c. in quanto il consenso del proprietario confinante costituiva una servitù a favore del fondo della parte appellante, di tal che non solo

l'articolo 26.3. non può dirsi in contrasto con il codice civile, ma addirittura contiene una norma ad esso pienamente conforme.

Infine, a tutto concedere, la disposizione regolamentare perseguendo un'evidente *ratio* di certezza, con riferimento all'*an* ed al *quando* dell'asservimento, risulta del tutto logica e ragionevole; è infatti evidente che il regolamento abbia previsto la necessità della trascrizione per dare massima pubblicità ed evidenza al consenso del privato che deroga alle distanze, al fine di garantire la continuità alle vicende giuridiche che riguardano il regime immobiliare del fondo.

Dunque, anche a voler accedere alla prospettazione del motivo, non vi sarebbe alcun contrasto coi principi civilistici generali, ma, al più, un uso ulteriore della trascrizione, connesso ad indubbe esigenze pubblicistiche, meritevoli di tutela.

6.3. Infine, non può non rilevarsi che, in fatto, la parte appellante potrebbe non avere un interesse concreto ed attuale alla coltivazione del relativo motivo, atteso che, dagli accertamenti istruttori, documentati con fotografie, emerge che il manufatto di cui si discute è tuttora destinato a deposito e cioè che l'autorimessa, ossia l'unica destinazione per la quale sarebbe ammessa la deroga oggetto della convenzione di cui si tratta, non è stata, infine, realizzata.

7. Il sub-motivo al terzo motivo di appello contesta alla sentenza impugnata di aver errato nel ritenere infondata la doglianza relativa alle distanze tra il manufatto oggetto della SCIA e l'edificio collocato sul fondo confinante.

In questo senso la parte appellante rappresenta che la costruzione a confine sul lotto di proprietà dell'appellante si trova, così come accertato dal Consulente di parte, a 10 metri dall'edificio più vicino, perché la misurazione avrebbe dovuto avvenire in modo lineare, ossia assumendo quale riferimento gli edifici che si fronteggiano.

In ogni caso – sostiene ancora il motivo – anche a voler utilizzare le misurazioni adottate dal Comune – la distanza fra i due edifici sarebbe comunque di mt. 9,81, il che rappresenta una modesta violazione della

distanza minima che potrebbe rientrare tra le cd. “tolleranze di cantiere” ammesse qualora non eccedano il 2% della misura imposta.

In subordine, la detta distanza minima potrebbe comunque rientrare nell’art.14 del d. lgs. 102/2014 in materia di efficienza energetica che consente di derogare ai limiti sulle distanze, in tutti i casi in cui è stato realizzato il cd. “cappotto”, ossia la copertura del fabbricato per ridurre gli indici di prestazione energetica.

Oltre a questi dati tecnici, che, per la parte appellante, rendevano sproporzionata la disposta demolizione, militerebbe a favore del motivo anche la tipologia di costruzione, perché un’autorimessa, fabbricato che, per legge, non può superare mt.2,50, garantisce la visuale libera alle costruzioni finestrate circostanti, quali appunto quelle confinanti, che hanno per di più una finestra solo al primo piano, ossia ad un livello superiore di un metro al colmo dell’autorimessa della parte appellante.

7.1. Il motivo è infondato.

Al suo esame va premesso che, al momento della valutazione conclusiva del procedimento, ossia il 10 gennaio del 2017, la destinazione del manufatto di che trattasi era ancora quella del deposito, perché la parte non aveva esibito la convenzione coi proprietari confinanti, dunque la distanza minima dall’edificio confinante doveva essere di metri dieci, senza possibilità di deroghe.

Va ancora detto che il sopralluogo del 27 ottobre del 2016 accertò – diversamente da quanto prospettato dal motivo in analisi - che la distanza tra i due fabbricati va da un minimo di metri sei ad un massimo di metri 9,81, quindi in tutti i casi era minore di quella minima consentita.

Inoltre, rilevata nella sua massima prossimità, l’opera fuoriusciva dai margini di tollerabilità sia alla luce dei cd. errori di cantiere (pari al 2%) sia ai sensi del d. lgs. n.102 del 2014 (pari a 30 cm).

7.2. Neppure è accoglibile il criterio proposto per il calcolo delle distanze con riferimento alle pareti finestrate dell’edificio adiacente, alla luce della

giurisprudenza in materia di criteri per calcolare la distanza minima fra i fabbricati di cui all'art. 9 del D.M. 1444 del 1968.

Soprattutto il Consiglio di Stato, infatti, in considerazione della *ratio* della suddetta disposizione, che è volta ad impedire la formazione di intercapedini nocive sotto il profilo igienico-sanitario con orientamento unanime ed omogeneo dal quale non v'è motivo di discostarsi in questa sede, ha chiarito che *"la distanza di dieci metri tra pareti finestrate di edifici antistanti, prevista dall'art. 9 del d.m. 2 aprile 1968, n. 1444, va calcolata con riferimento ad ogni punto dei fabbricati 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"* (Consiglio Stato, Sez. IV, 5 dicembre 2005, n. 6909; Cons. Stato 7731/2010).

La medesima giurisprudenza, quanto alla nozione di "pareti finestrate" le ha individuate, non solo nelle pareti munite di "vedute", ma più in generale in tutte le pareti munite di aperture di qualsiasi genere verso l'esterno, quali porte, balconi, finestre di ogni tipo (di veduta o di luce) e considerato altresì che basta che sia finestrata anche una sola delle due pareti (Corte d'Appello, Catania, 22 novembre 2003; Consiglio di Stato, sez. IV 22 ottobre 2013 n. 5557), e tale principio è stato ribadito anche dalla Suprema Corte di Cassazione nella sentenza n. 166/2018.

7.3. Quanto precede rende allora inconsistente l'obiezione della parte appellante anche nella parte in cui lamenta il minor effetto impattante che avrebbe un'autorimessa, per la sua altezza non eccessiva.

Infatti, in disparte che, come osservato, l'autorimessa non risulta realizzata, in ogni caso la ricordata giurisprudenza sulle distanze minime ex D.M. 1444 citato, non fa eccezioni con riferimento alle altezze a seconda della tipologia di fabbricato. Oltre tutto l'altezza indicata di 2,50 metri del manufatto, è stata contestata, come si vedrà, dall'amministrazione comunale.

8. Il quarto motivo di appello contesta alla sentenza impugnata di aver ritenuto che la costruzione dell'autorimessa fosse assoggettata a permesso di

costruire, invece che a SCIA, e che, conseguentemente, l'ordine di demolizione fosse legittimo.

Per la parte appellante sarebbe comunque erroneo quanto ritenuto dal giudice di prime cure che ha affermato che, seppure l'intervento fosse stato sottoponibile a SCIA, sarebbe stato possibile ordinarne la demolizione, in virtù di quanto previsto dal comma 9 bis dell'art.31 del Testo unico edilizia.

Prima di tutto- deduce - quest'ultima disposizione non era applicabile *ratione temporis* perché entrata in vigore in un momento successivo alla presentazione della SCIA.

In secondo luogo, le opere sanzionate potevano essere realizzate con la SCIA, come dimostrato anche dal modulo messo a disposizione dal Comune per compilare la relativa domanda, nel quale erano indicati, fra gli altri, come realizzabili con la sola segnalazione anche ... “manufatti leggeri ..utilizzati come depositi, magazzini e simili.”

Di conseguenza, deduce la parte appellante, era applicabile quale sanzione ad un intervento eseguito in difformità o in assenza da una SCIA, l'articolo 37 del D.P.R. 380 del 2001 che non contempla la sanzione demolitoria.

8.1. Il motivo è infondato.

Innanzitutto è indiscutibile - lo si rivela dal progetto, dal sopralluogo e dai reperti fotografici - l'intervento in questione ha ampliato il fabbricato preesistente, in aderenza al quale è stato costruito.

Dunque rientra fra gli “interventi di nuova costruzione “di cui alla lett. e) e1 dell'art. 3, comma 1, del Testo Unico dell'Edilizia, per i quali l'articolo 10 richiede il permesso di costruire.

Ad esso non poteva applicarsi l'articolo 22 del Testo Unico Edilizia, che prevede i casi nei quali la SCIA è alternativa al permesso di costruire, e tanto meno il comma 3 di detto articolo, peraltro non più in vigore al momento della disposta demolizione, perché la nuova costruzione non era “in diretta esecuzione di strumenti urbanistici generali recanti precise disposizioni plano-volumetriche”.

In alcun modo quell'intervento avrebbe dunque potuto essere realizzato ricorrendo alla SCIA; quindi alla sua abusiva realizzazione giammai poteva conseguire la sanzione pecuniaria, dovendosi piuttosto applicare quella demolitoria.

Alla luce di quanto precede diviene di conseguenza anche irrilevante la (contestata) applicazione del disposto di cui al comma 9 bis dell'art.31 norma che, detto *per incidens* sarebbe stata applicabile perché entrata in vigore prima della conclusione del procedimento demolitorio.

9. Il quinto motivo di appello, reiterando il primo motivo del ricorso per motivi aggiunti, impugna la nota del 6 marzo del 2017 che ha rigettato la richiesta con cui la parte appellante aveva domandato sia il riesame della decisione di archiviare la SCIA originariamente presentata, che la revoca dell'ordinanza di demolizione.

La parte appellante sostiene che l'amministrazione, in presenza della suddetta richiesta, non avrebbe potuto, come invece fece, integrare in via postuma la motivazione dei provvedimenti originari.

Erroneamente, dunque, il giudice di prime cure avrebbe ammesso questa anomala integrazione qualificando la suddetta nota quale provvedimento di conferma in senso proprio. Così operando il primo giudice avrebbe consentito all'amministrazione, oltre che di effettuare un'inammissibile integrazione postuma dell'atto, anche di violare il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato che vale anche per il procedimento amministrativo.

Tale *modus procedendi*, indebitamente convalidato dalla sentenza gravata, avrebbe consentito all'amministrazione: 1. di violare il principio di esaustività della motivazione; 2. di dilatare *sine die* l'esercizio del potere; 3. di minare il principio di certezza delle situazioni giuridiche amministrative dal provvedimento.

Nel caso di specie, inoltre, la condotta dell'amministrazione sarebbe viepiù scorretta perché avrebbe aggiunto, ben oltre il limite dei trenta giorni imposto

dall'articolo 19 della L.241 del 1990, elementi integrativi a supporto del diniego opposto alla segnalazione certificata di inizio attività.

Vista da un'altra prospettiva, la suddetta integrazione rappresenterebbe anche un'indiretta ammissione, da parte dell'amministrazione, che l'originaria motivazione degli atti era carente.

Del resto, i nuovi elementi versati nel provvedimento, a dire della parte appellante, sarebbero già stati a disposizione della Pubblica Amministrazione prima della sollecitazione al riesame, come dimostrerebbe il fatto che non risulta esperita alcuna attività istruttoria dopo il 10 gennaio del 2017.

In fatto, infine, la parte appellante contesta che alcune delle circostanze nuove allegare dalla Pubblica Amministrazione, come la contestazione massale di avere iniziato i lavori prima della presentazione della SCIA, non sono state neppure sufficientemente provate.

9.1. Il motivo è infondato.

Conviene innanzitutto premettere che è quanto meno dubbio che la parte appellante abbia interesse a sollevare le ridette doglianze, laddove si ponga mente al fatto che l'eventuale annullamento della nota qui impugnata, ossia quella emessa dal Comune il 6 marzo del 2017 in riscontro alla richiesta della parte del 3 febbraio del 2017, non apporterebbe alcuna utilità, perché gli effetti dei provvedimenti notificati il 10 gennaio del 2017 rimarrebbero comunque fermi, ed è a questi ultimi che si deve far risalire il danno lamentato dall'appellante.

9.2. Di poi, si osserva che il motivo si fonda su presupposti incerti, se non erronei.

Infatti, dopo la missiva spedita il 3 febbraio del 2017, sull'ente locale che ne fu destinatario non incombeva alcun obbligo di provvedere, né tanto meno di procedere, perché, come correttamente ricordato nella premessa della risposta del 6 marzo del 2017, quella semplice richiesta privata non aveva alcun potere di far rivivere l'originario procedimento di SCIA che era stato definitivamente archiviato.

Quanto precede è incontestato, anche senza considerare che tutte le scelte di autotutela, anche in ordine al se avviare il relativo procedimento, sono permeate da un alto tasso di discrezionalità di cui è titolare la pubblica amministrazione, che può dunque liberamente determinarsi in un senso o in un altro.

Se la fattispecie è re-inquadrata in questo contesto, non è esatto ritenere che la nota di cui si discute avrebbe dovuto, come sembra pretendere la parte appellante, corrispondere nel contenuto motivazionale al provvedimento già emesso, a maggior ragione se si fosse trattato di un atto in autotutela perché, a tacer d'altro, avrebbe dovuto esplicitare i motivi che rendevano attuale una rivalutazione dell'oggetto controverso.

Peraltro pare al Collegio che la nota del 6 marzo del 2017 fu piuttosto una risposta contenente alcuni chiarimenti, che l'amministrazione intese fornire dopo essere stata interpellata dalla parte interessata, e che dunque alla stessa non può riconoscersi valore provvedimentoale, tanto meno di secondo grado.

Questo, da un lato, conferma la rilevata mancanza di lesività della stessa, e dunque la carenza di interesse alla sua impugnazione in capo alla parte appellante, dall'altro esclude decisamente che all'amministrazione, all'atto di rendere i suddetti chiarimenti richiesti, fosse interdetto di valorizzare ulteriori elementi, aggiuntivi rispetto a quelli già versati nella motivazione dell'atto, appunto a schiarimento della sua posizione, ma anche per difenderne la correttezza.

Fermo restando che i suddetti chiarimenti alcun concreto effetto giuridico avrebbero potuto avere sulle decisioni già assunte, avendo queste ultime già prodotto gli effetti loro propri.

Ripetesi, che questo nuovo intervento sull'oggetto di cui alla controversia, si possa poi essere risolto in un provvedimento di conferma propria, come opinato dal TAR, o in una semplice nota di chiarimenti, non avente valore provvedimentoale, come sembra preferibile al Collegio, ciò non toglie che la pretesa qui vantata, ossia che i contenuti motivazionali dei due atti dovessero

essere identici, è del tutto irragionevole e, se accolta, minerebbe in radice non solo la nozione di autotutela, alla quale pure la parte si richiama, ma più in generale l'intero senso della funzione amministrativa attiva, che non presuppone la consumazione del potere in capo ad un'autorità, una volta che questa abbia emanato un atto.

A voler condividere la sua obiezione, nell'ipotesi in cui la parte appellante avesse proposto elementi nuovi a sostegno della sua richiesta di riesame, l'amministrazione, per non "contaminare" l'originaria motivazione, non avrebbe potuto esaminarli, se non nel caso di accoglimento. Il che creerebbe evidentemente effetti paradossali

9.2. Infine la deduzione non sembra comunque neanche del tutto esatta in fatto.

La nota del 6 marzo del 2017 infatti, aggiunse solo elementi motivazionali minimi, rispetto a quelli contestati nell'originaria interlocuzione procedimentale. L'unico dato veramente nuovo comunicato è rappresentato dalla contestazione sollevata alla parte di avere iniziato (e concluso) i lavori prima della presentazione della SCIA.

Nell'altra parte della nota, infatti, l'amministrazione ritorna sui contrasti, di natura sostanzialmente tecnica, relativi alla completezza ed alla correttezza degli elaborati ed alla conformità del progetto alle norme di attuazione.

Per quanto riguarda la specifica contestazione dell'inizio dei lavori essa è, di poi, del tutto irrilevante, perché la determinazione con cui è stata ordinata la demolizione si è fondata su altri elementi. Infatti la circostanza non era, all'epoca, emersa, e fu disvelata solo in un secondo momento, quando, come detto, l'ordinanza demolitoria era già emessa ed efficace.

10. Il sub-motivo al quinto motivo di appello, così come il secondo sub-motivo al settimo motivo di appello – che dunque possono essere congiuntamente trattati - contesta alla sentenza appellata di non aver considerato che i lavori potevano essere iniziati contestualmente alla presentazione della SCIA.

Quindi, a tutto concedere, sostiene la parte appellante, quella parziale realizzazione degli interventi constatata in occasione dell'accesso del 27 ottobre del 2016, non rileverebbe sotto il profilo dell'illiceità ed in ogni caso, anche in questa ipotesi, l'illecito commesso implicherebbe l'applicabilità della sanzione pecuniaria dell'art.31 del D.P.R. 380 del 2001 e non della sanzione demolitoria dell'articolo 37 del medesimo D.P.R.

10.1. Il motivo è infondato.

Si è innanzitutto già osservato che l'intervento di cui si tratta, comportando l'ampliamento di un pre-esistente fabbricato, va qualificato quale intervento di nuova costruzione, non assoggettabile a DIA, ma richiedente il permesso di costruire.

Quanto alla data di inizio dei lavori, anche a voler trascurare che i lavori erano già stati realizzati prima della presentazione della SCIA, alla fattispecie, per il principio di specialità, va applicato l'articolo 41 della Legge Regionale Lombardia n.127 del 2005 che autorizza l'inizio dei lavori solo allo scadere del trentesimo giorno dalla presentazione dell'istanza e non contestualmente ad essa, come la norma statale.

11. Il sesto motivo di appello contesta l'inappropriatezza di una prova fornita mediante l'utilizzo di un estratto di *Google Street View*. Si tratta della ridetta circostanza che attesta che i lavori sarebbero iniziati ad agosto del 2016, ossia prima della SCIA.

È da questo sistema di rilevazione geo-satellitare, disponibile su internet, infatti, che l'amministrazione ha tratto la prova dell'ultimazione, del tutto abusiva, dei lavori.

La parte sostiene che sarebbe un sistema di prova inappropriato, perché incerto e malfermo, e comunque reputa iniquo averla onerata di un'impossibile controprova, rappresentata da un fatto negativo.

Infine sostiene che, a tutto concedere, nelle foto di *Google Maps Street View* si vede solo un muro che nulla proverebbe in merito.

11.1. Il motivo è infondato.

Si è già osservato, nel paragrafo che precede, che la circostanza è pressoché irrilevante, dal momento che non è su di essa che si è fondato il provvedimento comunale del 10 gennaio del 2017, che è l'unico effettivamente lesivo della sfera giuridico-patrimoniale della parte appellante. Il che dequota la rilevanza del motivo in analisi perché non sorretto da un interesse attuale e diretto.

11.2. La contestazione è comunque infondata nel merito perché la documentazione in analisi, oramai a disposizione di tutti con una semplice estrazione dal relativo sito, è notoriamente divenuta una fonte di cognizione, sufficientemente certa anche con riferimento alla data di rilevazione.

11.3. Neppure è vero che dalla foto si evince solo la presenza di un muro. In realtà le foto sono due, una tratta dal sopralluogo del 27 ottobre del 2016, da cui si vede chiaramente la nuova costruzione eretta in aderenza, dalla seconda, quella estratta da Internet si vede, dall'esterno, il muro, corrispondente al retro dell'edificio rappresentato nella prima, che dunque già esisteva al momento del rilievo, ossia nell'agosto precedente.

12. Il settimo motivo di appello è composto da più sub-motivi, tutti sollevati avverso la nota del 6 marzo del 2017 con cui il Comune ha risposto alla richiesta di riesame presentata dalla parte.

12. 1. In premessa, vale rilevare, come già osservato, che è quanto meno dubitabile che sussista un interesse della parte appellante a far valere i motivi di illegittimità avverso questa nota, che non ha mutato (né poteva farlo), in *peius*, gli effetti giuridici prodotti nella sua sfera giuridica dai provvedimenti del 10 gennaio 2016.

12.2 Il primo dei motivi in analisi censura gli approdi cui è pervenuto il provvedimento impugnato, e, con esso, la sentenza gravata, relativamente alla contestazione sollevata in merito all'altezza del manufatto, pari, per la parte appellante, a metri 2,50, quindi conforme alle NTA, pari a mt. 3,00 per il Comune appellato, quindi difforme.

Si tratta del motivo, peraltro, già oggetto del ricorso introduttivo, che la sentenza di primo grado ha ritenuto assorbito.

La parte appellante sostiene che il parametro corretto di riferimento per calcolare l'altezza di un fabbricato, evincibile dall'articolo 2 (H) delle NTA, sia quello rappresentato dal livello strada, posto che, nel caso di specie, sulla via Silvio Pellico non esiste il marciapiede che è il livello a cui, in prima battuta, l'articolo si riferisce per il calcolo delle altezze.

La medesima disposizione, secondo parte appellante, privilegia quale secondo punto di misurazione, la sistemazione artificiale del terreno, ossia la strada posta nella parte basale dell'edificio, in mancanza del marciapiede perché la sua *ratio* è quella di ottenere un parametro certo ed oggettivo, per calcolare l'altezza degli edifici, onde evitare che la causale dislocazione di questi, su di un terreno naturale più alto o più basso, ne condizioni in modo disparitario l'altezza.

Per quanto concerne in particolare l'altezza delle autorimesse, prevista in un massimo di metri 2,50 secondo l'appellante andrebbe calcolata con riferimento al fondo confinante (ossia quello che, per così dire, ne subisce la costruzione), e non al fondo di costruzione, perché il divieto di sopraelevazione oltre i 2,50 metri, servirebbe a tutelare il primo, essendo del tutto influente per il secondo.

12.1. Il motivo è infondato.

Innanzitutto va ancora una volta ricordato che il sopralluogo del 27 ottobre del 2016 ha accertato che il manufatto aveva un'altezza di 3 metri, che contrastava con quanto indicato dal Tecnico di parte, nelle tavole allegate alla Scia.

La parte sostiene che la misurazione proposta sarebbe esatta perché calcolata con un criterio conforme al citato articolo 2 delle NTA. Resta che, rispetto al terreno naturale di edificazione, l'autorimessa misura 3 metri ed in progetto, per contro, l'altezza del manufatto è indicata in metri 2.

12.2. In secondo luogo, l'interpretazione dell'articolo 2 delle NTA, proposta dalla parte appellante non può comunque essere accolta.

LA disposizione, infatti, prevede espressamente che, quando sia previsto o esistente, il marciapiede deve da base per misura l'altezza, viceversa, in sua assenza, la norma prevede che debba valere il livello naturale del terreno, ossia quello pre-esistente.

Il che del resto, corrisponde anche ad una più ragionevole ed equa interpretazione, per così dire naturalistica, mentre artificiale, anche nella individuazione della *ratio*, e tutt'altro che certa, si presenta la lettura della disposizione proposta dalla parte appellante.

A maggior ragione perché si presterebbe a equivoci e a errori applicativi, quando pare evidente che l'altezza di un edificio debba essere, quanto più possibile, un valore assoluto ed oggettivo.

12.3. Per lo stesso motivo non può condividersi neppure l'osservazione secondo la quale l'altezza di metri 2,5 andrebbe calcolata dalla visuale e dalla linea di terreno dell'edificio confinante. Tale ricostruzione, infatti, introdurrebbe una sorta di anomalo policentrismo delle unità di misura, ad onta della loro necessaria omogeneità, provocando una inammissibile variabilità nei criteri di calcolo, modificabili a seconda della prospettiva di riferimento. Si pensi al caso in cui gli edifici confinanti siano due, posizionati sui due lati opposti dell'autorimessa, e situati su livelli diversi, nel quale caso non si saprebbe a quale dei due valori riferirsi.

Questo renderebbe impossibile una corretta attività di programmazione e di regolazione nella gestione del territorio.

13. Il terzo, il quarto ed il quinto sub-motivo del settimo motivo d'appello contestano alla nota del 6 marzo di aver riscontrato carenze progettuali nella documentazione allegata alla SCIA, senza aver chiaramente specificato in cosa consistessero e comunque in modo infondato perché il progetto presentato era completo e corredato da tutti gli elaborati tecnici richiesti.

Si tratta dei motivi sollevati con il ricorso per motivi aggiunti, ritenuti assorbiti dal giudice di prime cure.

13.1. In disparte la già ribadita osservazione della carenza di interesse a sollevare censure rivolte alla suddetta nota del 6 marzo, i motivi sono comunque infondati perché in realtà le carenze progettuali e le incompletezze ivi richiamate si riferiscono ai dati tecnici in contestazione, già passati in rassegna nei paragrafi precedenti, come il calcolo dell'altezza, la distanza dal fabbricato confinante, i criteri di misurazione dei detti valori e la documentazione relativa al contratto sulla deroga delle distanze, su cui le parti avevano ampiamente dibattuto nelle loro interlocuzioni procedurali.

La nota non fa altro che richiamarli, a mo' di sintesi esplicativa e dunque nulla aggiunge, in termini di effetti dispositivi ai precedenti provvedimenti.

14. Conclusivamente questi motivi inducono al rigetto del gravame. Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la parte appellante al pagamento delle spese processuali in favore della parte appellata che si liquidano in complessivi euro 5.000,00 (euro cinquemila,00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Sergio Zeuli, Consigliere, Estensore

Giovanni Tulumello, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere

L'ESTENSORE
Sergio Zeuli

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO