

N. 00089/2022 REG.PROV.COLL.  
N. 00169/2018 REG.RIC.  
N. 00741/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 169 del 2018, proposto da Alberto Paolo Natale Riella, Giovanna Biondi, Maria Martinelli, rappresentati e difesi dagli avvocati Micaela Chiesa, Vincenzo Latorraca, Mario Lavatelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Comune di San Fermo della Battaglia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Ruggero Tumbiolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

sul ricorso numero di registro generale 741 del 2018, proposto da Alberto Paolo Natale Riella, rappresentato e difeso dagli avvocati Micaela Chiesa, Vincenzo Latorraca, Mario Lavatelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Comune di San Fermo della Battaglia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Ruggero Tumbiolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per:***

*A) Quanto al ricorso n. 169 del 2018:*

*A.1) l'annullamento:*

- del provvedimento prot. 14909 del 16.11.2017, a firma del Responsabile del servizio urbanistica ed edilizia privata del Comune di San Fermo della Battaglia, laddove qualifica l'intervento oggetto della domanda di permesso di costruire, p.e. n. 36/2017, quale sopralzo anziché come recupero sottotetto;
- della successiva comunicazione ai sensi dell'art. 10-*bis* L. 241/1990, prot. 178 datata 29.12.2017, non ancora notificata ai ricorrenti;
- di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale

*A.2) la condanna:*

- del comune di San Fermo, ex art. 30 c.p.a., al risarcimento del danno subito da parte ricorrente;

*B) Quanto al ricorso n. 741 del 2018:*

*B.1) l'annullamento:*

- del provvedimento prot. 1697 del 5 febbraio 018, a firma del Responsabile del Servizio Urbanistica ed Edilizia privata del Comune di San Fermo della Battaglia, recante il diniego della richiesta di permesso di costruire presentata dalla parte ricorrente;
- nonché di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale;

*B.2) per la condanna:*

- del Comune di San Fermo della Battaglia al risarcimento del danno subito dalla parte ricorrente.

Visti i ricorsi ed i relativi allegati;

Visto gli atti di costituzione in giudizio del comune di San Fermo della Battaglia;

Vista l'ordinanza n. 545/2018 emessa nel giudizio R.G. n. 741/2018 con la quale la Sezione rigetta la domanda cautelare articolata dalla parte ricorrente;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2022 il dott. Lorenzo Cordi' e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

### *A. Il ricorso R.G. 169/2018.*

1. Con l'atto introduttivo del giudizio indicato nel titolo i ricorrenti impugnano:

i) il provvedimento prot. 14909 del 16.11.2017, a firma del Responsabile del servizio urbanistica ed edilizia privata del comune di San Fermo della Battaglia nella parte in cui *“qualifica l'intervento oggetto della domanda di permesso di costruire, p.e. n. 36/2017, quale sopralzo anziché come recupero sottotetto”*;

ii) la successiva comunicazione ai sensi dell'art. 10-bis L. 241/1990, prot. 178 datata 29.12.2017;

iii) ogni atto presupposto, connesso e consequenziale.

2. In punto di fatto i ricorrenti espongono di essere comproprietari dell'immobile ad uso abitativo ubicato nel territorio del comune di San Fermo della Battaglia e contraddistinto al catasto fabbricati con i mapp. 1134, fg. 2, *sub* 1 e 2. L'immobile, edificato intorno agli anni 1925-1930, è classificato nello strumento urbanistico generale all'interno dei *“nuclei di antica formazione: zona A”*, con classe di fattibilità *“cf/a conservazione formale, valorizzazione funzionale ed ampliamento”*. Il contesto paesaggistico è di tipo collinare, totalmente urbanizzato e caratterizzato da alcune palazzine di recente costruzione. L'immobile è, inoltre, soggetto a vincolo

paesaggistico ex art. 142, co. 1, lett. c), del d.lgs. 42/2004, poiché rientra nella fascia di rispetto di fiumi, torrenti, corsi d'acqua (nella specie, si tratta del torrente Valdomo che scorre in adiacenza alla stamperia "Polistampa" di via De Cristoforis, n. 15).

2.1. In data 20.7.2017 i ricorrenti presentano domanda di permesso di costruire per l'esecuzione di:

- i) *"manutenzione straordinaria dell'edificio esistente ai sensi dell'art. 3, comma 1, lettera b) del d.P.R. 380/2001"*;
- ii) *"ampliamento del 20% del volume dell'edificio esistente ai sensi dell'art. 23 cf/a delle vigenti n.t.a. del piano di governo del territorio, per ampliare gli alloggi del piano rialzato e del primo piano"*;
- iii) *"recupero del sottotetto ai fini abitativi ai sensi dell'art. 63 della legge 12/2005 per realizzare una nuova unità immobiliare ad uso residenziale"*;
- iv) *"realizzazione di una nuova autorimessa pertinenziale, come previsto dall'art. 8 comma 11 delle vigenti n.t.a. del P.G.T., al piano seminterrato dell'area interessata dall'ampliamento"*.

2.2. L'istanza è corredata dalla documentazione di legge e dalla relazione tecnica che illustra le varie soluzioni progettuali. L'Amministrazione avvia delle interlocuzioni con i ricorrenti, ritenute necessarie per comprendere l'esatto impatto paesaggistico degli interventi. In data 16.11.2017 l'Amministrazione trasmette la nota impugnata nella quale evidenzia quanto segue: *"l'intervento di ristrutturazione del sottotetto si configura, nella soluzione proposta, quale sopralzo e non di recupero del sottotetto secondo quanto stabilito dalle norme della LR 12/2005. Infatti, secondo quanto stabilito dall'art. 64 comma 1 della LR 12/2005, essendo l'immobile sito in zona A, l'altezza di zona è pari all'esistente. Altezza di zona determinata secondo quanto stabilito dall'art. 8 comma 4, secondo capoverso della nta del piano delle regole. La nuova soluzione progettuale, redatta sulla base di quanto sopra evidenziato, dovrà essere corredata da scheda di valutazione della sensibilità del paesaggio e sottoposta al parere della commissione del paesaggio, se ne ricorrono i presupposti*

*fissati dalla normativa di riferimento*". Con lettera del 23.11.2017 uno dei comproprietari contesta l'assunto comunale evidenziando come, per l'immobile, siano consentiti la conservazione formale, la valorizzazione funzionale e l'ampliamento, con conseguente applicazione dell'art. 23 delle N.T.A. del P.G.T. Inoltre, il comproprietario sottolinea come sia corretta la qualificazione dell'intervento come recupero del sottotetto e come una diversa interpretazione delle regole operanti nel caso di specie non consentirebbe l'adeguamento igienico-sanitario che le N.T.A. del P.G.T. promuovono. Dopo il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica con prescrizione è inoltrata ai legali dei ricorrenti la comunicazione *ex art. 10-bis* con la quale il Comune esprime l'avviso della non fattibilità dell'intervento dal punto di vista urbanistico-edilizio. Con lettera del 9.1.20218 i ricorrenti contestano la qualificazione dell'intervento come "rialzo" in luogo che come recupero del sottotetto.

3. I ricorrenti, assunta la natura provvedimentale dell'atto impugnato (*ff.* 9-10 del ricorso), articolano quattro motivi con i quali deducono l'illegittimità di tale atto:

i) per violazione della previsione di cui all'art. 38 t.u.e. in quanto costituente una seconda richiesta di integrazioni documentali nonché una inammissibile qualificazione dell'intervento;

ii) per carenza di un effettivo confronto procedimentale;

iii) per violazione degli art. 11, co. 1, lett. e), 21 e 23 delle N.T.A. del P.d.R. del P.G.T. nonché degli artt. 63 e 64 della L.r. n. 12/2005;

iv) per violazione dell'art. 8, co. 1, n. 4 delle N.T.A. del P.d.R. del P.G.T.

3.1. Inoltre, i ricorrenti chiedono il risarcimento dei danni patiti per l'illegittima condotta del Comune.

4. I ricorrenti articolano, altresì, istanza di concessione di idonee misure cautelari per la cui trattazione è fissata l'udienza del 14.2.2018. A tale udienza i ricorrenti chiedono termini per proporre un ricorso per motivi aggiunti (successivamente

non depositato). Alla successiva udienza del 29.3.2018 i ricorrenti rinunciano all'istanza cautelare.

5. In vista dell'udienza pubblica dell'11.1.2021 le parti depositano memorie difensive e memorie di replica. L'Amministrazione comunale deduce:

- i) l'inammissibilità del ricorso per mancanza di natura provvedimento dell'atto impugnato;
- ii) l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse alla decisione sul merito dello stesso;
- iii) l'infondatezza dei motivi.

5.1. I ricorrenti insistono nei motivi replicando all'eccezione di inammissibilità del Comune.

5.2. All'udienza dell'11.1.2021 la causa è trattenuta in decisione.

*B. Il ricorso R.G. 741/2018.*

6. Con l'atto introduttivo del giudizio indicato nel titolo il solo sig. Alberto Paolo Natale Riella impugna il provvedimento definitivo assunto dal Comune nella vicenda oggetto del ricorso R.G. 169/2018.

7. Dopo le interlocuzioni procedurali in precedenza illustrate il Comune adotta, infatti, il provvedimento del 5.2.2018 con il quale rigetta l'istanza di rilascio di p.d.c. *“per le motivazioni indicate in premessa e contenute nel precedente preavviso di diniego del 29.12.2017 - prot. 178”*. Secondo il Comune l'intervento sarebbe finalizzato alla creazione di una nuova unità abitativa, con aumento dell'altezza preesistente e si configurerebbe come sopralzo in contrasto con l'art. 64 della L.r. n. 12/2005 e con l'art. 23 delle N.T.A. del P.G.T.

8. Il ricorrente richiede la riunione dei due giudizi ed articola quattro motivi di ricorso deducendo l'illegittimità del provvedimento:

- i) per violazione della previsione di cui all'art. 38 t.u.e. (in quanto la nota del 9.10.2017 costituirebbe una seconda richiesta di integrazioni documentali nonché

una inammissibile qualificazione dell'intervento) nonché per contraddittorietà dell'azione amministrativa ritenendo la qualificazione contrastante con le precedenti determinazioni del Comune;

ii) per violazione degli art. 11, co. 1, lett. e), 21 e 23 delle N.T.A. del P.d.R. del P.G.T. nonché degli artt. 63 e 64 della L.r. n. 12/2005:

iii) per violazione del principio di proporzionalità;

iv) per violazione delle regole relative alla partecipazione al procedimento amministrativo.

8.1. Il ricorrente chiede, inoltre, il risarcimento dei danni patiti in ragione del provvedimento comunale ed articola istanza di concessione di idonee misure cautelari.

9. Si costituisce in giudizio l'Amministrazione comunale deducendo l'infondatezza delle domande articolate.

10. In esito all'udienza camerale del 16.4.2018 la Sezione adotta l'ordinanza n. 545/2018 con la quale rigetta l'istanza cautelare evidenziando:

i) quanto al *fumus boni iuris*, che la complessità delle questioni poste a fondamento del ricorso necessitano di un approfondito esame non compatibile con la fase cautelare;

ii) quanto al *periculum in mora*, che non sembra sussistere un danno grave e irreparabile in capo alla parte ricorrente, tenuto conto che non è allegato alcun apprezzabile elemento di pregiudizio diverso dal generico danno che potrebbe derivare dal ritardo nell'eventuale realizzazione dell'intervento edilizio, "*finalizzato alla soddisfazione di non meglio precisate esigenze familiari?*".

11. In vista dell'udienza pubblica dell'11.1.2022 le parti depositano memorie difensive e memorie di replica.

11.1. L'Amministrazione comunale deduce che il ricorrente deposita, in data 30.8.2018, una s.c.i.a. alternativa a p.d.c. n. 214/2018 (per

l'ampliamento/ristrutturazione dell'edificio in via De Cristoforis). In particolare, il nuovo progetto prevede i seguenti interventi: i) *“manutenzione straordinaria”*; ii) *“ampliamento del 20% del volume dell'edificio esistente”*; iii) *“realizzazione di una nuova autorimessa pertinenziale”*. Ad esclusione del recupero del sottotetto il progetto ha, quindi, ad oggetto gli stessi interventi di cui alla richiesta di p.d.c. del 20.7.2017 a cui fa seguito il diniego comunale impugnato. Successivamente, il sig. Alberto Riella deposita s.c.i.a. SC735/2021 (prot. 10874) avente ad oggetto il rifacimento della copertura dell'immobile con inserimento di isolante, la maggiorazione dello spessore del cappotto, alcune modifiche ai prospetti e la realizzazione di una centrale termica. In ultimo, il sig. Alberto Riella deposita la c.d. c.i.l.a. *“superbonus”* n. SC740/2021 (prot. 16527) per lavori di isolamento termico dell'edificio, sostituzione degli impianti di climatizzazione, sostituzione di serramenti ed infissi, realizzazione di schermature solari, installazione di impianto fotovoltaico ed installazione di colonnine per la ricarica di veicoli elettrici. Tali interventi determinano una significativa modifica dello stato di fatto dell'immobile. In ragione di quanto esposto il Comune eccepisce l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse in quanto gli interventi sono assentiti da altri titoli e l'immobile si trova in uno stato di fatto tale per cui non potrebbe valutarsi l'originaria istanza alla luce di una eventuale pronuncia di accoglimento del Tribunale. Nel merito, il Comune insiste nelle eccezioni e difese già articolate nella memoria depositata per la fase cautelare.

11.2. In data 10.12.2021 il Sig. Riella deposita memoria difensiva con la quale insiste nelle domande articolate nel ricorso introduttivo del giudizio.

11.3. Il Comune deposita memoria di replica in data 20.12.2021 puntualizzando gli aspetti centrali della vicenda *sub observatione*.



11.4. Il sig. Riella deposita memoria di replica evidenziando il perdurante interesse alla decisione del merito del ricorso ed insistendo nei motivi posti a sostegno delle domande.

11.5. All'udienza dell'11.1.2021 la causa è trattenuta in decisione.

*C. Riunione dei ricorsi.*

12. In primo luogo il Collegio dispone la riunione dei giudizi in epigrafe ritenendone sussistenti i presupposti. Secondo consolidata giurisprudenza la verifica circa i presupposti per la riunione dei giudizi è rimessa ad una valutazione discrezionale del Collegio (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. VI, 7 giugno 2018, n. 4647; T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano, Sez. II, 7 maggio 2020, n. 771). Nel caso di specie, sussiste una connessione oggettiva tra i giudizi in quanto entrambi relativi alla medesima vicenda ed avvinti da connessione procedimentale atteso che gli atti impugnati si inseriscono nella medesima sequenza amministrativa.

*D. Sul ricorso R.G. 169/2018.*

13. Prendendo le mosse dal giudizio indicato nel titolo occorre esaminare, preliminarmente, l'eccezione di inammissibilità articolata dalla difesa comunale.

13.1. L'Amministrazione deduce la mancanza di natura provvedimento della nota impugnata con conseguente inammissibilità del ricorso in quanto proposto avverso un atto endo-procedimentale.

13.2. L'eccezione è fondata.

13.3. La nota impugnata dai ricorrenti non chiude il procedimento ma, al contrario, ha una mera valenza endoprocedimentale. Difatti, il Comune si limita ad evidenziare come la soluzione proposta costituisca un rialzo e non un recupero del sottotetto stimolando, in tal modo, il contraddittorio con la parte privata la quale avrebbe potuto aderire a tale qualificazione e presentare una nuova soluzione progettuale o, al contrario, insistere nella differente tesi (come effettivamente

accaduto). In ogni caso, tale atto non costituisce neppure in *parte qua* un provvedimento amministrativo essendo ancora privo di valenza autoritativa e di portata effettuale che vanno, invece, assegnate, al solo diniego finale del 5.2.2018, impugnato dai ricorrenti con il ricorso introduttivo del giudizio riunito. Né risulta condivisibile la tesi dei ricorrenti secondo cui l'atto avrebbe valenza provvedimentale in quanto idoneo a conformare in maniera netta la determinazione conclusiva. Come spiegato in precedenza l'atto non contiene che l'avviso del Comune in ordine alla qualificazione dell'intervento ed è volto, in *parte qua*, a sollecitare il confronto con la parte. Quella assunta dal Comune è una mera prospettiva che non acquista alcuna portata vincolante ed effettuale neppure per la stessa Amministrazione che, del resto, nel confermare la qualificazione tiene in considerazione anche ulteriori elementi, come espressamente indicato nel preavviso di diniego. Del resto, aderendo alla prospettiva dei ricorrenti non si comprenderebbe l'esatto rapporto tra l'atto impugnato, il preavviso di diniego e l'atto definitivo. Invero, il preavviso di diniego e il successivo provvedimento – lungi dal costituire atti confermativi di secondo grado - non sono che le componenti ordinarie di una sequenza amministrativa, non alterata da una nota che mira ad un confronto procedimentale su un punto dirimente della vicenda in un momento dell'istruttoria in cui occorre ancora acquisire ulteriore documentazione.

14. Il ricorso iscritto al n. R.G. 169/2018 deve, quindi, dichiararsi inammissibile.

*E. Il ricorso R.G. 741/2018.*

15. Passando alla disamina del ricorso indicato nel titolo occorre, in primo luogo, trattare l'eccezione di improcedibilità sollevata dalla difesa comunale nella memoria conclusionale. Come spiegato in precedenza il Comune deduce l'intervenuta modifica dello stato di fatto dell'immobile in ragione di vari titoli che abilitano all'esecuzione di alcuni interventi.

15.1. Osserva il Collegio come, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, “*la dichiarazione di improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse presuppone che, per eventi successivi alla instaurazione del giudizio, debba essere esclusa l'utilità dell'atto impugnato, ancorché meramente strumentale o morale, ovvero che sia chiara e certa l'inutilità di una pronuncia di annullamento dell'atto impugnato*” (cfr., C.G.A.R.S., 3.7.2020, n. 536). La sopravvenienza deve essere cioè tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza, per aver fatto venir meno per il ricorrente qualsiasi residua utilità della pronuncia del giudice, anche soltanto strumentale o morale (Consiglio di Stato, sez. II, 27.4.2020, n. 2707; cfr., inoltre, T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano, Sez. II, 5.1.2021, nn. 22, 23, 24, 25, 26, 27).

15.2. Nel caso di specie i vari titoli acquisiti dalla proprietà non riguardano il sottotetto ma opere ulteriori. Di conseguenza non è predicabile la mancanza di interesse alla decisione della lite rispetto ad un aspetto non direttamente interessato dai titoli sopravvenuti alla proposizione del ricorso. In secondo luogo, non è dimostrata con assoluta certezza la circostanza che il mutamento dello stato di fatto renda effettivamente inutile una pronuncia giudiziale e, quindi, che la nuova realtà fattuale sia tale da elidere il bisogno di tutela giurisdizionale delle parti ricorrenti (c.d. *Rechtsschutzbedürfnis*).

16. Passando, quindi, al primo motivo di ricorso si osserva come lo stesso debba considerarsi infondato per le ragioni già poste a fondamento della declaratoria di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio R.G. n. 169/2018. Infatti, come spiegato, la nota del 16.11.2017 non è un provvedimento definitivo ma una interlocuzione procedimentale su un aspetto fondamentale come quello relativo alla qualificazione dell'intervento. L'Amministrazione non emette alcun diniego definitivo a cui farebbe seguito un nuovo diniego (confermativo del precedente) ma avvisa gli istanti del tema di capitale importanza relativo all'esatta natura

dell'intervento con ciò non assumendo alcuna determinazione autoritativa che è, al contrario, emessa solo dopo l'interlocuzione procedimentale.

17. Con il secondo motivo la ricorrente contesta, sostanzialmente, i presupposti giuridici della decisione comunale ritenendo errata la qualificazione dell'intervento.

17.1. Nel caso di specie viene in rilievo, in primo luogo, la previsione di cui all'art. 64, co. 1, della L.r. n. 12/2005 che testualmente dispone: *“Gli interventi edilizi finalizzati al recupero volumetrico dei sottotetti possono comportare l'apertura di finestre, lucernari, abbaini e terrazzi per assicurare l'osservanza dei requisiti di aerilluminazione e per garantire il benessere degli abitanti, nonché, per gli edifici di altezza pari o inferiore al limite di altezza massima posto dallo strumento urbanistico, modificazioni di altezze di colmo e di gronda e delle linee di pendenza delle falde, unicamente al fine di assicurare i parametri di cui all'articolo 63, comma 6. Nei casi di deroga all'altezza massima, l'altezza minima abitabile non può essere superiore a metri 1,50. All'interno dei centri storici e dei nuclei di antica formazione deve essere assicurato il rispetto dei limiti di altezza massima degli edifici posti dallo strumento urbanistico; in assenza di limiti, l'altezza massima deve intendersi pari all'esistente”*. Pertanto, nei nuclei di alta formazione deve assicurarsi il limite di altezza degli edifici posto dallo strumento urbanistico. Nel caso del Comune resistente la previsione di cui all'art. 23 delle N.T.A. del P.G.T. consente *“aumenti in altezza esclusivamente e limitatamente per adeguamento igienico-sanitario e mantenendo inalterato il numero dei piani dell'immobile compresi eventuali sottotetti”*.

17.2. Dal combinato disposto di tali previsioni emerge come non sia possibile incrementare, in ogni caso, l'altezza dell'edificio ma tale facoltà sia riservata alle sole ipotesi di necessità di adeguamento igienico-sanitario. Tale ultima nozione si riferisce, sia sul piano semantico che su quello logico, nell'opera volta a conformare un *quid* esistente secondo parametri derivanti da un dato esterno. Lo conferma la derivazione del verbo *“adeguare”* dall'omologo latino *“adaequare”* che è un composto del suffisso *“ad”* e del verbo *“aequare”* (ossia eguagliare). In sostanza,

adeguamento è attività che ruota intorno a due elementi: l'oggetto esistente ed il parametro o dato che funge da riferimento per l'attività. Declinato nel settore urbanistico-edilizio, l'adeguamento non può, quindi, articolarsi nel mutamento sostanziale dell'opera anche rispetto a componenti della stessa estranee alle esigenze imposte dal parametro dell'adeguamento stesso ma deve limitarsi alla conformazione dell'opera esclusivamente nei limiti di quanto imposto dal dato che funge da referente. Nel caso di specie, non si tratta del mero innalzamento del tetto per finalità di adeguamento in *parte qua* della struttura esistente ma proprio del complessivo mutamento di tale struttura. Infatti, l'intervento in progetto è finalizzato alla creazione di una nuova unità abitativa come emerge dal confronto tra le tavole. Si è, in sostanza, dinanzi alla creazione al piano terzo sottotetto di una nuova unità abitativa con cucina-soggiorno, due bagni e due. Gli esistenti locali destinati a sgombero sono, quindi, integralmente alterati da un progetto che va ben oltre il mero adeguamento dell'esistente. Di conseguenza, l'innalzamento dell'edificio non trova giustificazione nelle previsioni esaminate con conseguente infondatezza della censura.

18. Parimenti infondato è il terzo motivo con il quale il ricorrente lamenta la violazione del principio di proporzionalità. Sul punto il Collegio condivide l'obiezione opposta dalla difesa comunale che, correttamente, nota come si tratti di attività vincolata rispetto alla quale non è, quindi, predicabile un simile vizio della funzione atteso che presupposti, condizioni e limiti dell'attività discendono direttamente dalla normativa sovraordinata e dallo strumento urbanistico.

19. In ultimo il ricorrente deduce la violazione delle regole che presidiano il confronto procedimentale.

19.1. Il motivo è infondato ove si consideri che tale confronto si dipana attraverso:  
i) la nota del 16.11.2017 con cui il Comune, come spiegato, segnala al ricorrente il proprio avviso in ordine alla natura dell'intervento;

- ii) la successiva nota del 23.11.2017 mediante la quale il ricorrente esprime l'avviso che si tratti, invece, del recupero di un sottotetto;
- iii) nel preavviso dei diniego del 29.12.2017 con cui il Comune richiama le osservazioni dei ricorrenti ed articola ulteriori argomenti a sostegno della qualificazione dell'intervento come "rialzo";
- iv) nelle nuove osservazioni depositate dopo la comunicazione del preavviso di diniego.

19.2. Risulta, quindi, dagli atti del fascicolo come il confronto sia effettivo e coinvolga anche la questione controversa in questa sede. Del resto, secondo costante giurisprudenza, *“il rispetto delle garanzie procedurali [...] non può essere inteso in senso meramente formalistico, dovendo piuttosto interpretarsi in senso sostanziale (in quanto le garanzie partecipative non assolvono soltanto ad una funzione difensiva in favore del destinatario dell'atto conclusivo) ed evitando di affidarsi a letture formalistiche che possono sottendere fini meramente speculativi e non in linea con il principio di effettività”* (T.A.R. per il Lazio – sede di Roma, sez. II-quater, 14.3.2016, n. 3175; T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano, Sez. II, 4.11.2019, n. 2294). Nel caso di specie non si indicano, comunque, le ragioni per le quali le tesi del privato avrebbero necessariamente inciso sul contenuto del provvedimento finale con conseguente infondatezza della censura. Al contrario, proprio la natura vincolata del provvedimento conduce ad escludere, in ogni caso, la possibilità di affermare l'illegittimità dell'atto impugnato operando la regola di cui all'art. 21-octies, co. 2, primo periodo, della L. n. 241/1990 secondo cui: *“non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*.

20. In definitiva la domanda di annullamento deve essere respinta in quanto infondata.

21. Parimenti infondata è la domanda risarcitoria atteso che la decretata legittimità dell'operato del Comune elide la possibile predicabilità di un danno ingiusto, componente essenziale della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c. (*cf.*, *ex multis*: C.d.S., V, 11.1.2018, n. 118; Id., IV, 25.1.2017, n. 293, Id., IV, 27.4.2015, n. 2109, Id., IV, 6.8.2013, n. 4150; Id., V, 9.5.2017, n. 2115, Id., V, 13.2.2017, n. 604, Id., V, 21.6.2016, n. 2723, Id., V, 22.3.2016, n. 1186).

23. Le spese di lite dei giudizi riuniti seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sui ricorsi come in epigrafe proposti:

- i) riunisce i ricorsi R.G. n. 169/2018 e R.G. n. 741/2018;
- ii) dichiara inammissibile il ricorso introduttivo del giudizio R.G. n. 169/2018;
- iii) respinge la domanda di annullamento articolata nel giudizio R.G. n. 169/2018;
- iv) rigetta la domanda di risarcimento del danno;
- v) condanna i ricorrenti in solido a corrispondere al comune di San Fermo della Battaglia le spese di lite dei presenti giudizi riuniti che liquida complessivamente in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Ugo Di Benedetto, Presidente

Silvana Bini, Consigliere

Lorenzo Cordi', Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Lorenzo Cordi'**

**IL PRESIDENTE**  
**Ugo Di Benedetto**

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI