

TI_GERICHTE 52.2021.298 vom 14. September 2023

TI Tribunale d'appello, 2023-09-14, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2021.298

FR: TI_GERICHTE 52.2021.298 du 14 septembre 2023

IT: TI_GERICHTE 52.2021.298 del 14 settembre 2023

Erwägungen

E. 1.1

la decisione del 2 giugno 2021 (n. 2759) del Consiglio di Stato;

E. 1.2

la licenza edilizia del 30 aprile/6 maggio 2020 rilasciata dal Municipio di Lugano a CO 1 e CO 2. 2. La tassa di giustizia di fr. 2'000.- è posta a carico dei resistenti, in solido. Essi verseranno inoltre ai ricorrenti fr. 3'000.- a titolo di ripetibili complessive per entrambe le istanze, con vincolo di solidarietà. Agli insorgenti va retrocesso l'importo di fr. 1'800.- versato a titolo di anticipo delle presumibili spese processuali. 3. Contro la presente decisione è dato ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale a Losanna entro il termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 82 segg. della legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005; LTF; RS 173.110). 4. Intimazione a: Per il Tribunale cantonale amministrativo Il vicepresidente
II
vicecancelliere

E. 2

Considerato che il progetto non può in ogni caso essere autorizzato per i motivi che seguono, non mette conto di dilungarsi sulle censure di natura formale (ri)proposte dai ricorrenti.

E. 3

Trasferimenti di indici

E. 3.1

Giusta l'art. 38a cpv. 1 LE, quantità edificatorie appartenenti a un fondo possono essere trasferite su fondi vicini appartenenti alla stessa zona di utilizzazione del piano regolatore e connessi funzionalmente se non risulta intralciata la pianificazione e, in particolare, se non sono compromessi l'uso razionale del territorio e un'edificazione armoniosa. Tale norma è stata introdotta nella legge con emendamento del 6 febbraio 1995 (BU 1995, 158) al precipuo scopo di facilitare il cosiddetto trasferimento di indici, che la prassi aveva da tempo ritenuto possibile, anche in assenza di una base legale, tra fondi confinanti, ubicati nella stessa zona e soggetti alle stesse prescrizioni d'utilizzazione (cfr. DTF 101 Ia 291, 109 Ia 190; R DAT II-1991 n. 38; Adelio Scolari, Commentario, Cadenazzo 1996, ad art. 38a LE n. 1149). Essa tende a favorire l'utilizzazione delle quantità edificatorie disponibili nelle singole zone, permettendo, a determinate condizioni, di trasferire eccedenze di SUL o di SE su fondi vicini, non necessariamente confinanti (STA 52.2017.178 del 9 agosto 2018 consid. 5.1, 52.2010.50 del 20 aprile 2010 consid. 3.1). Ciò vale pure per la superficie vincolata a verde che, quale quantità edificatoria, può anch'essa essere oggetto di trasferimento (cfr. STA 52.2005.288 del 3 febbraio 2006 consid. 3.1). Secondo costante

giurisprudenza, sono da considerare connessi funzionalmente quei fondi che, oltre ad essere assoggettati al medesimo regime edilizio, si trovano abbastanza vicini da poter essere presi in considerazione dal profilo di una distribuzione uniforme delle quantità edificatorie realizzate all'interno di un determinato comparto territoriale (cfr. STA 52.2016.216-223 del 21 agosto 2017 consid. 3.1 e rimandi, 52.2010.50 citata consid. 3.1, 52.2006.324 dell'11 gennaio 2007, 52.2003.331 del 3 novembre 2003 consid. 4). Questo secondo requisito non è stato ritenuto realizzato in presenza di fondi che distano tra loro circa 300 m (STA 52.2006.324 citata), 100 m (STA 52.2010.50 citata consid. 3.2), 60 m (STA 52.2003.331 citata consid. 4), 35 m (STA 52.2010.472 citata consid. 2.2) e 25 m (STA 52.2005.96 dell'11 luglio 2005 consid. 3). In particolare, il Tribunale cantonale amministrativo ha già avuto modo di stabilire che la realizzazione su un fondo di posteggi a disposizione di un altro fondo non permette di ignorare che i due fondi sono separati da un altro fondo di proprietà di terze persone, sul quale sorge una casa d'abitazione. In quel caso, questo Tribunale ha evidenziato che le esigenze poste dal requisito della vicinanza e della connessione funzionale al trasferimento di quantità edificatorie non possono essere allentate a un punto tale da ridurre gli indici a un parametro volto semplicemente a stabilire la densità complessiva degli insediamenti all'interno della zona, prescindendo da qualsiasi finalità di distribuzione omogenea delle costruzioni. Ha inoltre rilevato che, se i due fondi oggetto del trasferimento sono separati da un terzo fondo che si presta ad essere o è edificato autonomamente, il trasferimento di indici è di principio escluso (cfr. STA 52.2003.331 citata 2003 consid. 4).

E. 3.2

Per principio, il trasferimento di quantità edificatorie ha luogo nell'ambito di una procedura di rilascio della licenza edilizia. Considerate le finalità perseguite e le condizioni che devono essere soddisfatte, il riconoscimento della sua effettività dal profilo del diritto edilizio presuppone l'esperimento di una procedura di rilascio del permesso di costruzione. Soltanto un permesso di costruzione è invero atto a conferire al travaso di indici effetti erga omnes. Accordi tra proprietari circa il trasferimento di quantità edificatorie tra i fondi sono comunque possibili anche all'infuori dei procedimenti di rilascio del permesso di costruzione. Trattandosi anzitutto di accordi di natura obbligatoria, essi vincolano tuttavia soltanto i proprietari direttamente interessati. Non esplicano senz'altro effetti nei confronti dei loro successori in diritto. Effetti reali entrano in considerazione soltanto nella misura in cui tali accordi sono eventualmente assicurati da adeguate servitù iscritte a registro fondiario. Anche in questi casi la loro effettività dal profilo del diritto edilizio presuppone comunque che vengano riconosciuti conformi al diritto nell'ambito di una procedura di rilascio del permesso di costruzione (cfr. STA 52.2004.105 del 14 giugno 2004 consid. 2.1, parz. pubbl. in: Athos Mecca / Daniel Ponti, *La legge edilizia annotata*, II ed., Locarno 2016, ad art. 38a pag. 217).

E. 3.3.1

Il fondo dedotto in edificazione ha una superficie di 726 m², di cui circa 623 m² assegnati alla zona residenziale R2 e circa 103 m² alla zona residenziale R2a (cfr. doc. C annesso alla risposta dei resistenti del 31 luglio 2020 davanti al Governo). Le due zone, disciplinate dall'art. 27 rispettivamente 28 NAPR, presentano parametri edificatori simili, salvo che per l'indice di sfruttamento, pari a 0.25 in zona R2 e a 0.40 in zona R2a. Come accennato, nel corso degli anni, il fondo è stato oggetto di diversi travasi di SUL (cfr. doc. B e C annessi alle risposte dei resistenti davanti al Governo), e meglio: Anno Fondi Quantità 2002

_____ + 117 m² 2003 _____ - 259 m² 2005
_____ + 80 m² 2006 _____ + 32 m² Tot. -

30 m² Tenuto conto di ciò, il progetto prevede di realizzare una SUL complessiva di 176.82 m², che praticamente esaurirebbe la SUL disponibile di 176.85 m² (recte: 176.80 m²: 196.95 [155.75 (623 m² x 0.25) + 41.20 (103 m² x 0.40)] + 9.85 - 30 m²). L'i.s. sarebbe dunque rispettato. In sede di rilascio del permesso, il Municipio ha respinto le contestazioni sollevate dai ricorrenti inerenti il trasferimento di SUL dal mapp. _____ al mapp. _____ (80 m²), intervenuto sulla base di una convenzione sottoscritta il 20 aprile 2005, reputando che il travaso di indici rispettasse le condizioni stabilite dall'art. 38a cpv. 1 LE. Da parte sua, il Consiglio di Stato ha ritenuto che le cessioni sono avvenute diversi anni orsono e che non potrebbero quindi venir rimesse in discussione in questa sede. Ha inoltre rilevato che, qualora i travasi di indici venissero annullati, il fondo in oggetto si troverebbe addirittura in una situazione migliore rispetto a quella attuale, posto che i vari trasferimenti, complessivamente, avrebbero ridotto di 30 m² la SUL del fondo. I ricorrenti ripropongono in questa sede le censure relative al travaso di indici. In particolare, contestano i travasi intervenuti nel 2005 e 2006 dai mapp. _____ (80 m²) e _____ (32 m²), posto che questi fondi sono ubicati in zona R2a, mentre il mapp. _____ è assegnato in misura preponderante alla zona R2 e solo in minima parte alla zona R2a, peraltro non interessata dal progetto. Richiamata la giurisprudenza di questo Tribunale (cfr. STA 52.2010.472 citata), evidenziano inoltre che la distanza tra i mapp. _____ e _____ sarebbe eccessiva per ammettere un travaso di indici giusta l'art. 38a LE. Non censurano invece il travaso di indici dal mapp. _____ al mapp. _____ (117 m²), che sarebbe stato oggetto di un permesso di costruzione, nel frattempo eseguito, e che pertanto non potrebbe essere rimesso in discussione. Al riguardo, il Tribunale considera quanto segue.

E. 3.3.2

Il Tribunale federale si è costantemente pronunciato contro l'ammissibilità di un trasferimento di indici da una determinata zona a un'altra zona con parametri di sfruttamento diversi (DTF 109 Ia 188 consid. 3; STF 1P.256/2006 del 18 luglio 2006 consid. 2.5, pubbl. in: ZBl 108/2007 pag. 446 segg.). Tale posizione è (stata) motivata con il fatto che il trasferimento interzonale di quantità edificatorie avrebbe come conseguenza l'applicazione di parametri di sfruttamento diversi nell'area lungo il confine tra le zone e, quindi, la costruzione di edifici con un diverso sfruttamento del terreno, ciò che non corrisponderebbe al senso della legge. Ciò significherebbe anche che i confini di zona definiti dal piano regolatore verrebbero ignorati e che la suddivisione dell'area edificabile decisa dal legislatore comunale verrebbe modificata con una semplice decisione amministrativa (DTF 109 Ia 188 consid. 3; STF 1P.256/2006 citata consid. 2.5). Queste considerazioni valgono indipendentemente dalla circostanza che il confine tra zone differenti corra tra diversi fondi o attraverso (ossia all'interno di) una o più proprietà (STF 1C_82/2020 del 21 ottobre 2020 consid. 3.5). Un'eccezione al divieto di trasferimento interzonale è possibile unicamente in presenza di una specifica norma di legge (DTF 109 Ia 30 consid. 6a; STF 1P.256/2006 citata consid. 2.5; Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf/Daniel Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, Zurigo 2019, VI ed., pag. 921). Dato che l'art. 38a cpv. 1 LE ammette il trasferimento di quantità edificatorie unicamente tra fondi vicini che appartengono alla stessa zona di utilizzazione, in concreto non era/è possibile procedere al trasferimento di indici tra zone diverse, quali sono le zone R2 e R2a, aventi un i.s. differente (0.25 < 0.40). Ciò detto con riferimento ai trasferimenti intercorsi,

questa Corte constatata quanto segue. Per quanto concerne il primo trasferimento di 117 m² di SUL dal mapp. _____ al confinante mapp. _____, la documentazione agli atti non permette di stabilire con certezza a carico di quali porzioni del mapp. _____, anch'esso attribuito in parte alla zona R2 e in parte alla zona R2a (cfr. piano delle zone), sia avvenuto, né a favore di quali zone del mapp. _____. Tenuto conto del divieto di trasferimento interzonale di cui si è detto sopra e considerato che il mapp. _____ dispone di una superficie complessiva di 1064 m², suddivisa (sulla base di una misurazione approssimativa effettuata in SIFTI) in circa 624 m² assegnati alla zona residenziale R2a e circa 440 m² alla zona residenziale R2, è ragionevole ipotizzare che dei 117 m² di SUL ceduti al mapp. _____, 110 m² (440 m² x 0.25) lo siano stati dalla zona R2 del mapp. _____ - che apparentemente non presenta superfici computabili nella SUL (cfr. estratto SIFTI ed immagini visibili su Google Map e Street View; a quest'ultimo riguardo, cfr. STF 1C_382/2015 del 22 aprile 2016 consid. 6.5) - alla zona R2 del mapp. _____, mentre che per i restanti 7.00 m² il travaso abbia coinvolto le zone R2a di entrambi i fondi. In quanto suscettibile di determinare un incremento eccessivo (+ 70% [110:155.75 x 100]) delle quantità edificatorie realizzabili nella zona R2 del fondo ricevente, atto a compromettere l'uso razionale del territorio e un'edificazione armoniosa, il trasferimento di 110 m² appare invero problematico. La questione non necessita tuttavia di essere approfondita poiché nel 2003 dal mapp. _____ (zona R2) sono stati trasferiti 259 m² di SUL a favore del mapp. _____, integralmente attribuito alla zona R2, di modo che nella zona R2 del fondo dedotto in edificazione è rimasta un'eccedenza di SUL pari a 6.75 m² ([155.75 + 110] - 259). Trasferimento di indici, quello del 2003, che, benché anch'esso non conforme ai requisiti di legge (in questo caso per la distanza di oltre 100 m e la presenza di altri fondi edificati tra i due terreni coinvolti nell'operazione), non può più essere rimesso in discussione, essendo intervenuto in connessione all'edificazione del mapp. _____ (cfr. estratto SIFTI del mapp. _____; cfr. pure immagini aeree anni 2001-2009 pubblicate sul geoportale dell'Ufficio federale della topografia swisstopo [map.geo.admin.ch]), a seguito di una procedura di rilascio del permesso edilizio, ed essendo nel frattempo i relativi indici stati utilizzati nell'ambito di quell'edificazione, senza che i vicini del mapp. _____ sollevassero obiezioni. Neppure i ricorrenti pretendono del resto il contrario. I successivi - e contestati - trasferimenti del 2005 e 2006 non erano/sono dal canto loro suscettibili di incrementare la SUL disponibile nella zona R2 del mapp. _____, ove è in massima parte ubicato l'edificio progettato. Entrambi i fondi cedenti (mapp. _____ rispettivamente mapp. _____, quest'ultimo frutto di un frazionamento dell'originale part. _____ intervenuto nell'aprile 2005) erano/sono infatti assegnati integralmente alla zona R2a. Conseguentemente, in assenza di un'esplicita disposizione che permettesse di derogare al divieto di trasferire quantità edificatorie tra fondi appartenenti a zone diverse, soltanto una cessione a favore della zona R2a del mapp. _____ poteva, semmai, entrare in considerazione (cfr. STF 1C_82/2020 citata consid. 3.6; STA 52.2020.561 del 31 agosto 2022 consid. 2.4.2). Se non che entrambi i travasi non rispetta(va)no comunque le condizioni fissate dall'art. 38a cpv. 1 LE. In effetti, tra il mapp. _____ e la soprastante part. _____ vi erano/sono circa 33 m (cfr. misurazione tratta dalla mappa catastale SIFTI). Analogamente alla STA 52.2010.472 citata, concernente un travaso di indice tra i mapp. _____ e _____ di Lugano, sezione di Castagnola, la distanza che separa(va) i due fondi era/è quindi da ritenersi eccessiva per ammettere la possibilità di procedere ad un travaso di indici, a maggior ragione che tra i due fondi si frappongono la part. _____, edificata, e una strada di servizio (_____).

Quanto al trasferimento di 32 m² dal mapp. _____, contestuale al citato frazionamento e alla contemporanea vendita (senza indici) della nuova particella staccata dall'originale mapp. _____ (cfr. doc. C-F annessi alla risposta dei resistenti del 31 luglio 2020 davanti al Governo), esso incrementa(va) ulteriormente, in modo senz'altro eccessivo (+ 66% [32:48.2 x 100]), le quantità edificatorie realizzabili nella zona R2a del fondo ricevente, precedentemente già aumentate di 7.00 m² (+ 17% [7:41.2 x 100]) in provenienza dal mapp. _____. Contrariamente a quanto sembrano assumere i resistenti, non consente di prescindere dalle suddette condizioni di validità la circostanza che con questi due ultimi e controversi travasi verrebbero ripristinate, peraltro soltanto parzialmente, le potenzialità edificatorie originarie del mapp. _____. Il fatto che queste ultime siano state incautamente diminuite in passato, non conferisce alcun diritto a riottenerle in contrasto con il diritto, a maggior ragione che la passata cessione del 2003, verosimilmente remunerata, ha consentito di realizzare altrove una costruzione più grande di quanto ammissibile. Ciò detto, forza è constatare che il mapp. _____, segnatamente la sua porzione di terreno attribuita alla zona R2, non dispone di una SUL sufficiente per poter realizzare il controverso progetto (cfr. pure consid. 3.3.4).

E. 3.3.3

Non portano ad altre conclusioni le obiezioni sollevate dai resistenti e dal Municipio. Al momento dei controversi travasi di indici, l'art. 38a LE, introdotto nella LE con emendamento del 15 marzo 1995, era in vigore da tempo nella medesima formulazione attuale. Era dunque chiaro che il trasferimento di indici poteva avvenire soltanto tra zone identiche (cfr. DTF 109 Ia 188 consid. 3 con rinvii; STA 52.2003.234/237 del 10 settembre 2003 consid. 2.2, 52.2000.84 del 7 novembre 2000 consid. 5.1, 52.1997.49 del 10 giugno 1997 consid. 3, 52.1996.249 del 21 gennaio 1997 consid. 2.2). Questo Tribunale aveva inoltre già stabilito che, se i due fondi oggetto del trasferimento sono separati da un terzo fondo che si presta ad essere edificato autonomamente, il trasferimento di indici è di principio escluso (cfr. STA 52.2003.331 citata consid. 4.2) e che una distanza di 25-35 metri è comunque eccessiva (cfr. STA 52.2010.472 citata consid. 2.2, 52.2005.96 citata consid. 3). Il Municipio non può dunque invocare il divieto di retroattività per giustificare una sua pretesa prassi contraria al diritto. Per lo stesso motivo i resistenti non possono appellarsi al principio della buona fede. A prescindere dal fatto che la conoscenza della legge è presunta, nulla a loro favorevole è deducibile dalla circostanza che i controversi trasferimenti siano stati iscritti nel libro degli indici o a registro fondiario, né dalle conferme ricevute dalla Divisione edilizia privata circa le quantità edificatorie disponibili. Anzitutto, come accennato (cfr. supra, consid. 3.2), soltanto un permesso di costruzione è atto a conferire al travaso di indici effetti erga omnes. In altre parole, come già detto, l'effettività del travaso dal profilo del diritto edilizio presuppone che venga riconosciuto conforme al diritto nell'ambito di una procedura di rilascio del permesso di costruzione (cfr. STA 52.2004.105 citata consid. 2.1). Ora, dato che il mapp. _____ è tuttora ineditato, è precisamente nell'ambito della presente procedura che può essere e va verificata la conformità con il diritto dei predetti travasi di indici. Quanto poi alle indicazioni ricevute dai servizi comunali in merito alle potenzialità edificatorie del mapp. _____, occorre considerare che le eventuali assicurazioni fornite soltanto al proprietario del fondo dedotto in edificazione non possono essere opposte a terzi che intendono contestare il rilascio della licenza edilizia. Fatta salva la procedura di licenza preliminare (art. 15 LE), il committente dell'opera deve infatti sapere che una costruzione è soggetta a pubblicazione e non può in buona fede ritenere che un'informazione dell'autorità comporti una decisione anticipata

sulla procedura di opposizione o di ricorso. Se la legge prevede delle possibilità formali di partecipazione o di ricorso per la protezione dei terzi, segnatamente dei vicini, eventuali assicurazioni che sarebbero state fornite dall'autorità fuori dalle procedure prescritte e che escluderebbero tale protezione giuridica, sono da considerarsi inefficaci (cfr. DTF 117 Ia 285 consid. 3e, STF 1C_76/2022 del 18 ottobre 2022 consid. 6.3). Infine, non è dato di vedere perché il tempo trascorso sarebbe suscettibile di precludere agli insorgenti la possibilità di contestare i controversi travasi di indici, intervenuti al di fuori di una procedura di rilascio del permesso di costruzione sul mapp. _____.

E. 3.3.4

Non giustifica altro risultato nemmeno l'art. 45 NAPR, secondo cui il Municipio, sentito il parere delle commissioni comunali competenti, per edificazioni su fondi a cavallo di due zone, può concedere l'altezza della zona più favorevole se la costruzione si inserisce in modo conveniente nel quadro edilizio e urbanistico generale, a condizione che gli indici di costruzione IS e IO siano proporzionali a quelli delle due zone. La norma, simile a quella di altri ordinamenti (cfr. per un esempio, STA 52.2019.250 del 23 dicembre 2020 consid. 4), permette di scostarsi dalla regola generale, per cui, se un fondo si estende su due zone differenti, deve soddisfare le disposizioni relative a ciascuna zona. Di principio non è infatti possibile applicare le disposizioni della zona più favorevole al proprietario dell'intera superficie del fondo (cfr. DTF 98 Ia 581 consid. 4a; cfr. pure DTF 104 Ia 328 consid. 5, 92 I 104 consid. 3; Scolari, op. cit., n. 473 ad art. 67 LALPT). Nella misura in cui l'art. 45 NAPR introduce essenzialmente una facoltà di derogare - in caso di fondi unici divisi da un confine di zona - soltanto al parametro edificatorio dell'altezza (e, di riflesso, della distanza dal confine), la portata pratica di questa facilitazione, che esige inoltre che la costruzione s' inserisca convenientemente nel quadro urbanistico generale, è tutto sommato limitata. In particolare, l'i.s. e l'i.o. restano calcolati in modo proporzionale alle rispettive superfici edificabili. La norma non esige invece che la SUL e la superficie edificata che possono essere realizzate in base agli indici delle due zone interessate insistano sulla relativa porzione di terreno. Limitandosi a prescrivere che questi indici siano calcolati in modo proporzionale, essa permette quindi di distribuire tali superfici sull'intero fondo, prescindendo dall'andamento del confine tra le due zone (cfr. STA 52.2003.179 del 16 settembre 2003 consid. 2.1). Ferme queste premesse, occorre rilevare che, anche in virtù di questa particolare norma, la SUL disponibile al mapp. _____ resta insufficiente per realizzare l'edificazione progettata. Aggiungendo alla SUL ancora disponibile nella zona R2 (6.75 m²) quella realizzabile nella zona R2a (48.2 m² [41.2 + 7.00]), si ottiene infatti una SUL complessiva di 54.95 m², ben inferiore a quella richiesta dal progetto in esame (176.82 m²).

E. 4.1

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, il ricorso va accolto, annullando la contestata licenza nonché la decisione governativa che la conferma. Dato l'esito, non occorre soffermarsi sulle ulteriori censure di merito sollevate dagli insorgenti (mancato computo nella SUL di determinate superfici, fabbisogno di posteggi ecc.).

E. 4.2

La tassa di giustizia è a carico dei resistenti, in solido, secondo soccombenza (art. 47 cpv. 1 e 2 LPAMM). Questi ultimi, in solido, rifonderanno inoltre ai ricorrenti, patrocinati, un'adeguata indennità a titolo di ripetibili per entrambe le sedi (art. 49 cpv. 1 e 3 LPAMM).

Il Comune non deve contribuire al pagamento degli oneri processuali, essendo comparso in lite per esigenze di funzione e non per tutelare i suoi interessi pecuniari (art. 47 cpv. 6 LPAm), rispettivamente non quale unico antagonista (cfr. Marco Borghi/Guido Corti , Compendio di procedura amministrativa ticinese, Lugano 1997, n. 2b ad art. 31). Per questi motivi, decide: 1. Il ricorso è accolto. Di conseguenza, sono annullate:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.