

# **TI\_GERICHTE 52.2023.336 vom 23. August 2023**

TI Tribunale d'appello, 2023-08-23, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_52.2023.336](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2023.336)

FR: TI\_GERICHTE 52.2023.336 du 23 août 2023

IT: TI\_GERICHTE 52.2023.336 del 23 agosto 2023

## **Regeste**

Licenza edilizia per due nuove residenze secondarie

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

La competenza del Tribunale cantonale amministrativo è data dall'art. 21 cpv. 1 della legge edilizia cantonale del 13 marzo 1991 (LE; RL 705.100). Certa è la legittimazione attiva del ricorrente, istante in licenza (che nella procedura ha peraltro agito per conto della nuova proprietaria del fondo, cfr. in tal senso ad es. duplica al Governo pag. 3 e l'accordo stipulato con altri opposenti di cui al doc. 5 dell'incarto del Municipio), personalmente e direttamente toccato dal giudizio impugnato di cui è destinatario (art. 21 cpv.

### **E. 1.2**

Contrariamente a quanto eccepiscono i vicini resistenti, ammissibile è la domanda dell'insorgente tendente all'annullamento del giudizio impugnato nella misura in cui non ha tutelato la licenza edilizia così come rilasciatagli dal Municipio (per due residenze secondarie). È ben vero che davanti al Governo l'istante in licenza aveva anche postulato che il permesso fosse confermato alla condizione di un uso primario . Tale domanda è stata tuttavia formulata solo in via ulteriormente subordinata , per l'eventualità in cui il Governo non avesse accolto la sua richiesta principale di dichiarare il ricorso inammissibile o di respingerlo, confermando il permesso per la costruzione di due unità ad uso secondario (cfr. risposta petitum a pag. 18, nonché pag. 10). Nel fatto che l'insorgente riproponga ora la sua domanda prioritaria, disattesa dal Governo, non è quindi ravvisabile alcun inammissibile venire contra factum proprium o una lesione dell'art. 70 cpv. 2 LPAm.

### **E. 1.3**

Il giudizio può essere reso sulla base degli atti, senza istruttoria (art. 25 cpv. 1 LPAm).

## **E. 2**

LE; art. 65 cpv. 1 della legge sulla procedura amministrativa del 24 settembre 2013; LPAm; RL 165.100). Il ricorso, tempestivo (art. 68 cpv. 1 LPAm), è dunque ricevibile in ordine.

### **E. 2.1**

La zona residenziale speciale riva del lago (R2L), che ingloba gran parte dei fondi affacciati sul Ceresio (cfr. piano delle zone), è disciplinata dall'art. 36 NAPR. Il cpv. 2 ne stabilisce in particolare la funzione: le costruzioni devono essere destinate alla residenza primaria . Sono ammessi edifici a scopo socio-culturale e di interesse pubblico e comunitario . I capoversi seguenti regolano invece gli altri parametri (indici, altezza, ecc.), gli arretramenti e l'area in

cui è esclusa l'edificazione.

### **E. 2.2**

La pianificazione di tale zona era stata adottata per la prima volta dal Consiglio comunale il 24 ottobre 2005, contestualmente alla revisione generale del piano regolatore. Per quanto qui interessa, l'obbligo della residenza primaria era in particolare stato introdotto per una scelta di natura politica, volta a riservare la parte più pregiata del territorio all'abitazione primaria, nell'ottica di migliori ricadute fiscali (cfr. messaggio municipale n. 239 del 28 aprile 2005 concernente l'adozione del nuovo PR, pag. 4). La zona R2L non era tuttavia stata approvata dal Governo, che riteneva fosse dapprima necessario definire il limite del demanio lacuale (ris. gov. n. 4057 del 21 agosto 2007). La successiva variante di piano regolatore concernente il comparto a lago ha dunque riproposto la zona R2L con la disciplina già adottata (art. 36 NAPR), ma riportando sulla cartografia il limite con il demanio pubblico (271.20 msm), riducendone di conseguenza leggermente l'estensione (cfr. rapporto di pianificazione del maggio 2010, pag. 8, 9 e 20). Tale variante, adottata dal Legislativo comunale il 12 luglio 2010, è stata poi avallata dal Consiglio di Stato con risoluzione del 9 novembre 2011 (n. 6082), che ne ha tuttavia sospeso l'approvazione per alcuni fondi tra cui la part. \_\_\_\_\_ (fino a conclusione di una procedura ufficiale di aggiornamento dei confini catastali conformemente alla legge sul demanio pubblico del 18 marzo 1986; LDP ; RL 720.100), che ha chiesto all'Ufficio del demanio di avviare). Adito da alcuni proprietari, fra i quali quelli della part. \_\_\_\_\_ ( \_\_\_\_\_ ), con sentenza del 4 dicembre 2014 (STA 90.2011.151-155) il Tribunale cantonale amministrativo ne ha parzialmente accolto il ricorso, stralciando dalla cartografia della variante il suddetto limite demaniale; non ha per contro dato seguito alla domanda degli insorgenti di non approvare l'intera zona R2L. Il Tribunale ha essenzialmente ritenuto che i motivi riconducibili alla determinazione del confine con il demanio non potevano in realtà ostare all'approvazione del PR, né della zona in questione (di cui non erano comunque messi in discussione il principio dell'istituzione, né i parametri; cfr. consid. 6). Alla luce di questa pronuncia, con risoluzione del 24 gennaio 2018 (n. 302) il Governo ha poi approvato la zona R2L anche per quei fondi - come la part. \_\_\_\_\_ - in cui la decisione era rimasta sospesa (rinunciando a esigere l'avvio di una procedura di modifica dei confini catastali). La decisione è cresciuta in giudicato senza ulteriori contestazioni.

### **E. 2.3**

Ora, contrariamente a quanto eccepisce il ricorrente, in concreto non sussiste alcuna ragione per rimettere in discussione la suddetta pianificazione della zona R2L e della part. \_\_\_\_\_, e in particolare il vincolo di residenza primaria. Per costante giurisprudenza, il controllo incidentale del piano regolatore in sede di applicazione concreta, segnatamente nell'ambito del rilascio di una licenza edilizia, è infatti di principio escluso (cfr. DTF 131 II 103 consid. 2.4.1 e rimandi). Un tale controllo è possibile solo a titolo eccezionale, se l'interessato non poteva rendersi conto delle restrizioni impostegli o se non aveva avuto la possibilità di contestarle in occasione dell'adozione del PR o se sono date le condizioni per un riesame del PR ai sensi dell'art. 21 cpv. 2 LPT (cfr. DTF 145 II 83 consid. 5, 144 II 41 consid. 5.1). Ipotesi, queste, che in concreto tuttavia non s'avverano. Da un lato, perché i precedenti proprietari avrebbero semmai potuto contestare il controverso vincolo nell'ambito della procedura relativa alla variante di PR (sfociata nella citata sentenza di questo Tribunale del 4 dicembre 2014 e poi nella risoluzione governativa del 24 gennaio 2018), procedura peraltro posteriore alla sentenza da essi evocata (STA 90.2007.152 del 7

gennaio 2009). Inoltre, contrariamente a quanto ritiene l'insorgente, nell'asserita circostanza che non si troverebbero acquirenti intenzionati a domiciliarsi nel Comune di Magliaso non è ravvisabile alcun mutamento delle circostanze di fatto o di diritto tale da giustificare in via eccezionale un controllo a titolo pregiudiziale del PR.

#### **E. 2.4**

Ciò detto, va rilevato che il solo fatto che le NAPR non definiscano il concetto di residenza primaria non è in ogni caso atto a paralizzare la funzione assegnata alla zona R2L. È ben vero che in passato il Tribunale, statuendo su una variante di un PR di un altro comune, non aveva tutelato una norma che introduceva l'obbligo di destinazione d'uso per residenza primaria all'interno delle zone edificabili, ravvisando tra l'altro nella mancata definizione di tale nozione un contrasto con il principio di legalità (cfr. STA 90.2007.152 del 7 gennaio 2009 consid. 5.2.1). Questa pronuncia, resa nel contesto di una procedura pianificatoria risalente a prima del 2010, non ha comunque impedito successivamente al Tribunale di applicare concretamente norme di PR approvate ed entrate in vigore, contenenti vincoli simili per residenze secondarie e primarie, che non spiegavano espressamente questi concetti. E ciò a maggior ragione dopo l'introduzione della normativa costituzionale sulle abitazioni secondarie (art. 75 b della Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 [ Cost .; RS 101] , approvato nella votazione popolare dell'11 marzo 2012) e della relativa legislazione federale (ordinanza sulle abitazioni secondarie del 22 agosto 2012, poi sostituita dalla LASEC e dalla sua ordinanza di applicazione del 4 dicembre 2015). In assenza di una diversa definizione, conformemente anche alla disciplina federale, ben si può infatti ritenere che il concetto di residenza primaria si riallacci anzitutto a quello di domicilio (ovvero a un'abitazione utilizzata da almeno una persona che vi risiede con l'intenzione di stabilirvisi durevolmente, cfr. art. 2 cpv. 2 LASEC in combinazione con l'art.

#### **E. 3**

lett. b della legge sull'armonizzazione dei registri del 23 giugno 2006 [LArRa; RS 431.02]; cfr. in tal senso, ad es. STA 52.2020.58 del 18 febbraio 2022 consid. 3 e 4; per altri esempi di applicazione di norme simili: STA 52.2023.131 dell'8 novembre 2024, 52.2017.428 del 2 maggio 2019 in RtiD I-2020 n. 30 confermata da STF 1C\_308/2019 del 16 luglio 2019, 52.2016.287 del 27 febbraio 2018 in RtiD II-2018 n. 46). Del resto, è proprio così che anche il Municipio ha all'evidenza sempre inteso il vincolo di residenza primaria in zona R2L (cfr. ad es. risposta al Governo pag. 8, laddove lamenta che il vincolo, voluto per incitare l'insediamento primario nella zona a lago, si sarebbe rivelato troppo restrittivo, allontanando potenziali acquirenti intenzionati a stabilirsi durevolmente nel Comune solo in un secondo tempo). Ma pure il ricorrente, che ha postulato la deroga all'art. 36 cpv. 2 NAPR proprio per consentire ai futuri residenti di continuare a essere domiciliati altrove e usare la costruzione di Magliaso come casa di vacanza. Cade di riflesso nel vuoto ogni eccezione del ricorrente riguardante l'inesistenza di una base legale e la lesione della garanzia di proprietà. Ferme queste premesse, resta da verificare la legittimità della deroga concessa dal Municipio.

#### **E. 3.1**

In base all'art. 58 cpv. 1 NAPR, il Municipio può concedere ed anche imporre deroghe alle norme di attuazione del PR. La concessione o l'imposizione della deroga, precisa il cpv. 2, è subordinata all'adempimento cumulativo delle seguenti condizioni: - esistenza di una situazione eccezionale - rispetto delle finalità e dello spirito del piano regolatore - rispetto dell'interesse pubblico e di altri interessi privati preponderanti quali i rapporti di

vicinato La decisione sulle deroghe deve essere motivata in modo esauriente nell'ambito del rilascio della licenza edilizia (cpv. 3). Le disposizioni che permettono all'autorità di concedere deroghe servono ad attenuare le conseguenze derivanti dalla rigida applicazione di una norma in casi particolari, nei quali l'interesse pubblico o quello di terzi non permette di giustificare la restrizione imposta al singolo (cfr. RDAT I-1993 n. 39; STA 52.2016.241 del 22 settembre 2017 consid. 3.3 e rimandi; Adelio Scolari, Commentario, Cadenazzo 1996, n. 692 seg. ad art. 2 LE). L'art. 58 cpv. 1 NAPR presuppone segnatamente l'esistenza di una situazione eccezionale. Se sia specificatamente data o meno una tale situazione è essenzialmente questione di diritto, che le istanze di ricorso esaminano liberamente, dando comunque prova, soprattutto nel caso di norme di diritto comunale, di quel riserbo, che l'autonomia comunale impone di rispettare nell'ambito dell'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati. Questione rimessa all'apprezzamento dell'autorità decidente, e quindi sindacabile da parte delle autorità di ricorso soltanto dal profilo della violazione del diritto per abuso di potere (art. 69 cpv. 1 LPAMm), è invece quella volta a stabilire l'estensione della deroga (cfr. RDAT I-2002 n. 29 consid. 2.2; STA 52.2016.241 citata consid. 3.3; Scolari, op. cit., n. 606 ad art. 2 LE).

### **E. 3.2**

In concreto, il Municipio - premesso che il signor M\_\_\_\_\_ con la sua famiglia, attualmente per motivi professionali ha il suo domicilio in un altro Cantone e che per lui è essenziale poter usufruire della casa progettata come residenza secondaria - ha come visto concesso la deroga all'art. 36 cpv. 2 NAPR considerando essenzialmente: (a) che la norma sarebbe incostituzionale perché non definisce la nozione di residenza primaria; (b) che è prevista l'abrogazione del vincolo pianificatorio con una variante di PR; (c) che nel comune la soglia di residenze secondarie sarebbe comunque inferiore al 20% in base alla LASEc; (d) che già la casa esistente è una residenza secondaria. Senonché, conformemente a quanto concluso dal Governo, è piuttosto evidente che nessuno di questi motivi conferisce al caso di specie una connotazione di eccezionalità. Come appena detto, il solo fatto che la norma non definisca il concetto di residenza primaria non la rende inapplicabile; tanto più che lo stesso Esecutivo comunale ha sempre interpretato questa nozione in modo sostenibile riallacciandosi al domicilio di chi vi risiede, coerentemente al senso comunemente attribuito con l'avvento della legislazione federale. Neppure la circostanza che il vincolo si sarebbe rivelato troppo restrittivo permette di farne astrazione: una norma ritenuta insoddisfacente va semmai modificata nel contesto di una variante di PR, come quella avviata dal Municipio, che non è però ancora stata adottata dal Legislativo comunale, né approvata dal Governo (cfr. progetto di regolamento edilizio e avviso relativo alla procedura di informazione e partecipazione pubblica di cui ai doc. B e C allegati alla duplice). Variante che non può evidentemente esplicitare un effetto anticipato positivo, né permette di procrastinare ulteriormente l'evasione della presente procedura, che lo stesso ricorrente ha sollecitato (cfr. suo scritto del 1° aprile 2025). Irrilevante è inoltre il fatto che nel comune la soglia di residenze secondarie sia inferiore al 20% secondo la LASEc; la normativa federale non rende infatti inapplicabili, ma riserva espressamente (cfr. art. 3 cpv. 2 LASEc), le regolamentazioni comunali più restrittive come quella di cui all'art. 36 cpv. 2 NAPR, che vanno pertanto rispettate. Infine, poco conta che la casa monofamiliare esistente (di 171 m<sup>2</sup>) che il progetto prevede di demolire sia adibita a residenza secondaria: neppure da questa circostanza può essere dedotto alcunché di eccezionale, né tanto meno un diritto alla costruzione di due nuove case contigue secondarie, con una superficie ben superiore (280+245 m<sup>2</sup>, cfr. relazione tecnica e formulari caratteristiche dell'edificio agli atti). In

queste circostanze, non può pertanto che essere confermato il giudizio impugnato che ha ritenuto lesiva del diritto la deroga rilasciata dal Municipio, imponendo di conseguenza di destinare a residenza primaria le due nuove case d'abitazione.

#### **E. 4**

Invano l'insorgente lamenta una violazione dell'art. 9 Cost., norma che istituisce un diritto fondamentale del cittadino ad essere trattato senza arbitrio e secondo il principio della buona fede da parte degli organi dello Stato. In materia di diritto amministrativo, tale principio tutela l'amministrato nei confronti dell'autorità, quando, adempiute determinate condizioni, egli abbia agito conformemente alle istruzioni e alle dichiarazioni di quest'ultima. Il principio tutela in particolare la fiducia riposta in un'informazione ricevuta dall'autorità o in un suo determinato comportamento suscettibile di destare un'aspettativa legittima, quando l'autorità sia intervenuta in una situazione concreta riguardo a determinate persone, quand'essa era competente a rilasciare l'informazione o il cittadino poteva ritenerla competente sulla base di fondati motivi, quando affidandosi all'esattezza dell'informazione egli abbia preso delle disposizioni non reversibili senza subire un pregiudizio e quando non siano intervenuti mutamenti legislativi posteriori al rilascio dell'informazione stessa (cfr. DTF 150 I 1 consid. 4.1, 148 II 233 consid. 5.5.1). In concreto, è infatti evidente che la risoluzione del Municipio del 13 luglio 2020 che ha prospettato il rilascio di una deroga all'art. 36 cpv. 2 NAPR (riservando comunque, tra l'altro, il rispetto delle norme di diritto cantonale e i diritti di terzi) non poteva esplicitare alcuna aspettativa tutelabile dal profilo della buona fede. Un tale scritto non si distingue in effetti sostanzialmente da una licenza preliminare rilasciata senza seguire la procedura ordinaria (salvaguardando i diritti di eventuali opposenti), che per legge ha solo valore d'informazione, senza effetti giuridici particolari (cfr. art. 15 cpv. 2 LE; STA 52.2016.483 del 21 agosto 2017 consid. 3; inoltre, STF 1C\_131/2010 del 15 marzo 2010 consid. 2.3; STA 52.2019.250 del 3 dicembre 2020 consid. 6.2 confermata da STF 1C\_68/2021 del 7 dicembre 2021). Anche su questo punto, le obiezioni del ricorrente vanno pertanto respinte.

#### **E. 5**

Nulla può infine dedurre l'insorgente dal principio di uguaglianza. Il diritto alla parità di trattamento non prevale di regola sul principio di legalità. Precedenti violazioni della legge non conferiscono al singolo il diritto di essere trattato allo stesso modo. Soltanto in casi eccezionali, quando risulti dimostrata l'esistenza di una prassi non conforme al diritto dalla quale l'autorità non intende scostarsi e non appaiano lesi interessi preponderanti, il singolo può invocare il diritto alla parità di trattamento nell'illegalità (cfr. DTF 139 II 49 consid. 7.1, 132 II 485 consid. 8.6). In concreto, contrariamente a quanto afferma l'insorgente, non risulta che in passato il Municipio abbia rilasciato numerose licenze edilizie in deroga all'art. 36 cpv. 2 NAPR, ma - come espressamente precisato dalla stessa autorità comunale (cfr. risposta pag. 10) - che vi sono stati solo due casi isolati (permessi per cambio di destinazione del 9 settembre e 23 novembre 2020; cfr. pure ricorso pag. 9 e allegato doc. 5). Una tale circostanza non attribuisce quindi all'insorgente alcun diritto al medesimo trattamento illecito; non basta per affermare l'esistenza di una vera e propria "prassi" non conforme. Tanto più che, in base a quanto sottolineato dal Municipio (cfr. risposta pag. 10), non vi è alcun serio motivo di dubitare che esso si atterrà in futuro a questa norma, riconducibile a un preciso disegno pianificatorio; e ciò quantomeno fintanto che la disposizione non verrà semmai modificata a livello di piano regolatore dalle autorità preposte.

### **E. 6.1**

Sulla base di tutte le considerazioni che precedono, il ricorso è pertanto respinto.

### **E. 6.2**

Dato l'esito, la tassa di giustizia (art. 47 cpv. 1 LPAm) è posta a carico del ricorrente, soccombente, che rifonderà inoltre ai vicini resistenti, assistiti da un legale, un'adeguata indennità a titolo di ripetibili per questa sede (art. 49 cpv. 1 LPAm). Il Comune ne va esente essendo comparso in lite per esigenze di funzione (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 respinto. 2. La tassa di giustizia di fr. 2'000.- è posta a carico del ricorrente, dedotto l'importo già versato a titolo di anticipo. L'insorgente è inoltre tenuto a rifondere a CO 1, CO 2, CO 3 e CO 4 un importo complessivo di fr. 2'000.- a titolo di ripetibili per questa sede. 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 La  
presidente Il segretario

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