



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1298 del 2007, proposto da:
-OMISSIS-. Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa
dall'avvocato Maria Ughetta Bini, con domicilio eletto presso il suo studio in Brescia,
via Ferramola, 14;

contro

Comune di Lovere, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso
dagli avvocati Giuseppe Calvi, Cristina Buffoli, Luigi Levori, con domicilio eletto
presso lo studio dell'avv.to Cristina Buffoli in Brescia, c.so Magenta, 43/D;

per l'annullamento

- DEL PROVVEDIMENTO DEL RESPONSABILE DEL SERVIZIO AREA
TECNICA IN DATA 7/8/2007 IL QUALE, NEL CONFERMARE I
PRECEDENTI ATTI 12/5/2005 E 29/3/2006, RIGETTA L'ISTANZA DI
SANATORIA AMBIENTALE E INTIMA ALLA SOCIETA' RICORRENTE DI
PROVVEDERE ALLA REMISSIONE IN PRISTINO DELLO STATO DEI

LUOGHI ENTRO 90 GIORNI, MEDIANTE DEMOLIZIONE DELLE OPERE DI AMPLIAMENTO DELL'EDIFICIO ESISTENTE IN VIA MARCONI N. 91;

- DEI PRECEDENTI PROVVEDIMENTI COMUNALI IN DATA 12/5/2005 E 29/3/2006;

- DI OGNI ALTRO ATTO PRESUPPOSTO, CONNESSO E/O CONSEGUENTE E INFRAPROCEDIMENTALE, INCLUSA LA NOTA DI COMUNICAZIONE EX ART. 10-BIS DELLA L. 241/90.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Lovere;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2017 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente riferisce di essere proprietaria di un vecchio fabbricato in Via Marconi n. 97 a Lovere, identificato al mappale 1366 allegato b del N.C.E.T. del Comune. Il manufatto (articolato su due piani e di altezza compresa tra 6,85 e 7,85 metri) è collocato a ridosso della montagna a confine con il Comune di Costa Volpino, dietro ad altro fabbricato di proprietà ricorrente destinato ad albergo (cfr. fotografie in atti al doc. 5).

Rappresenta -OMISSIS- in punto di fatto di avere eseguito, nel corso del 2002 e in assenza di titolo abilitativo, opere di ristrutturazione consistenti nella sopraelevazione dell'immobile (con contestuale abbassamento delle altezze interne dei due piani esistenti) così da ricavare tre livelli, l'ultimo dei quali ad uso ripostiglio

non abitabile: l'immobile è stato collegato al fabbricato alberghiero attraverso una scala con ballatoio di accesso.

Espone altresì la scansione cronologica dei successivi avvenimenti, per cui:

- il 7/4/2005 la Società inoltrava istanza per il rilascio del permesso di costruire e dell'autorizzazione ambientale in sanatoria;
- il 12/5/2005 i Responsabili comunali si esprimevano sfavorevolmente (cfr. doc. 2), dopo aver rilevato la difformità rispetto al vigente PRG e il contrasto con l'art. 1 comma 36 della L. 308/2004 (ostativo al conseguimento della sanatoria ambientale);
- il 24/2/2006 -OMISSIS- presentava una seconda domanda di permesso di costruire in sanatoria per ampliamento dell'attività turistico-alberghiera, la quale veniva riscontrata negativamente con la nota del tecnico comunale 29/3/2006, nella quale era richiamato il parere contrario della Commissione edilizia, fondato sull'estraneità dell'opera alle casistiche previste dall'art. 36 del D. Lgs. 308/2004 (doc. 3);
- in data 20/9/2006 l'esponente inoltrava un'ulteriore richiesta di permesso di costruire in sanatoria e chiedeva l'applicazione dell'art. 167 del D. Lgs. 42/2004, specificando che i lavori erano stati eseguiti nell'anno 2002, per cui l'intervento doveva essere assoggettato alla normativa vigente a quel tempo e non a quella (più restrittiva) di cui al D. Lgs. 157/2006.

Con provvedimento emanato il 7/8/2007 n. 78/2007, il Comune di Lovere, dopo aver richiamato il sopralluogo del 7/4/2005 (di accertamento dell'abuso), le istanze per il rilascio del titolo abilitativo in sanatoria ambientale e gli atti sfavorevoli 12/5/2005 e 29/3/2006, rigettava anche la nuova istanza del 20/9/2006. Già nella comunicazione *ex art.* 10-bis della L. 241/90, l'amministrazione aveva invocato gli artt. 29 e 182 comma 3-bis del Codice del paesaggio novellato, tenuto conto che l'istanza di sanatoria era successiva al 30/4/2004 e si riferiva ad opere concluse in data anteriore. Poiché l'art. 167 del D. Lgs. 42/2004 è stato sostituito dall'art. 27 del

D. Lgs. 157/2006, in caso di violazione degli obblighi in materia ambientale (titolo I parte III del Codice) il trasgressore è sempre tenuto alla remissione in pristino a proprie spese: il Comune ha quindi ritenuto di non avviare una nuova istruttoria e di confermare il contenuto dei precedenti provvedimenti divenuti medio tempore inoppugnabili, ordinando la remissione in pristino dello status quo ante mediante demolizione delle opere di ampliamento dell'edificio esistente. Si tratta in particolare del sopralzo attraverso realizzazione di un piano abitabile con nuovo balcone in facciata e un collegamento verticale (scale con ballatoio di accesso) tra l'edificio oggetto dei lavori abusivi ed altro confinante regolarmente autorizzato.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione la ricorrente impugna gli atti in epigrafe, deducendo i seguenti motivi in diritto:

a) Illegittimità delle note 12/5/2005 e 29/3/2006, nella parte in cui affermano il contrasto delle opere con l'art. 1 comma 36 della L. 308/2004, nonché dell'ordinanza confermativa n. 78/2007, per violazione dell'art. 1 comma 36 predetto e dell'art. 5.12 delle N.T.A. del P.R.G., eccesso di potere per travisamento dei fatti, illegittimità derivata; premesso che i primi due provvedimenti non indicavano il termine e l'autorità cui ricorrere (per cui l'odierna impugnazione deve ritenersi tempestiva), gli interventi realizzati non hanno comportato aumento di superfici utili o di volume ai sensi della vigente normativa urbanistica, dato che la sopraelevazione ha creato un piano di sottotetto non agibile e non computabile ai fini della SLP ai sensi dell'art. 5.12 delle N.T.A del P.R.G.; quest'ultimo dispone che *"i piani seminterrati e interrati sono computati nelle SLP soltanto se formalmente agibili, così come le SLP di sottotetto (per formalmente agibili si intendono locali che con opere edilizie minime o semplice dislocazione di opere di arredo che ne delimitano gli spazi non abitabili si ottengono nello spazio residuo caratteristiche edilizie adatte ad un'eventuale agibilità)"*; ai sensi dell'ultimo comma della citata disposizione, la realizzazione di terrazzi esterni o interni al filo di

facciata nei fabbricati esistenti è consentita e non costituisce SLP (per cui le superfici indicate non concorrono neppure nel computo volumetrico); in definitiva, non è stato realizzato un piano abitabile, essendo privo del requisito dell'altezza minima; l'illegittimità dei primi 2 provvedimenti si comunica al terzo ritualmente censurato;

b) Illegittimità dell'ordinanza n. 78/2007 per inosservanza degli artt. 164 del D. Lgs. 490/99, 159, 167 e 182 del D. Lgs. 42/2004, in quanto nella formulazione originaria dell'art. 167 era previsto che, in caso di violazione degli obblighi del titolo I parte terza, il trasgressore fosse tenuto alla rimessione in pristino a proprie spese ovvero al pagamento di una somma di denaro (equivalente al maggiore importo tra il danno arrecato il profitto conseguito mediante la trasgressione) secondo una valutazione dell'autorità preposta alla tutela paesaggistica; detta disposizione non è stata incisa dalla L. 308/2004, mentre l'articolo è stato poi sostituito dall'art. 27 del D. Lgs. 157/2006, il quale ha imposto in ogni caso la remissione in pristino eliminando la possibilità di scelta tra sanzione pecuniaria e misura demolitoria; è incontestato che le opere siano state realizzate nel 2002, nel regime dell'impianto repressivo *ex art.* 164 del D. Lgs. 490/99 (riprodotto nell'art. 167 del D. Lgs. 42/2004), mentre solo nel marzo 2006 è entrato in vigore l'art. 27 del D. Lgs. 157/2006; i ossequio ai principi di legalità, irretroattività e divieto di analogia contemplati all'art. 1 della L. 689/81, nessuno può essere assoggettato sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione; il divieto di autorizzazione postuma in sanatoria è sancito inderogabilmente per il futuro, ossia per gli interventi successivi all'entrata in vigore del Codice per i beni culturali e ambientali;

c) Illegittimità derivata dell'ordinanza 7/8/2007, della nota 26/4/2007, delle note 12/5/2005 e 29/3/2006 *in parte qua* per illegittimità costituzionale degli articoli 146 comma 12, 159 ultimo comma, 182 comma 3-bis del D. Lgs. 42/2004 per contrasto con gli artt. 3, 42 e 97 della Costituzione; la disposizione dell'art. 182 comma 3-bis

è costituzionalmente illegittima ove consente il rilascio dell'autorizzazione "postuma" solo in relazione alle domande presentate entro la data del 30/4/2004 e non per quelle presentate successivamente, quantomeno fino alla data di entrata in vigore del D. Lgs. 157/2006 che ha introdotto la disposizione; si realizza un'irragionevole discriminazione tra situazioni identiche, costituite dall'epoca della realizzazione degli interventi in assenza di autorizzazione (poiché si consente la sanatoria solo a favore di coloro che abbiano presentato la domanda prima del 30/4/2004, indipendentemente dal tipo di abuso e dall'epoca della sua commissione); in ogni caso appaiono altresì costituzionalmente illegittime le norme del D. Lgs. 42/2004 (artt. 146 comma 12, 159 comma 6) che escludono in via generale l'accertamento di conformità e l'autorizzazione postuma con la sola eccezione delle ipotesi di cui all'art. 167 comma 4, quantomeno per quanto concerne gli interventi sul patrimonio edilizio esistente: si assiste un'irragionevole equiparazione tra interventi ex novo e interventi su beni già esistenti, di minore potenzialità lesiva del contesto tutelato (in contrasto con i principi di proporzione e gradualità).

Si è costituito in giudizio il Comune di Lovere, formulando in rito eccezioni di tardività e inammissibilità del gravame, e chiedendone la reiezione nel merito.

Il Comune, nella memoria del 10/10/2016, ha dedotto che:

I) la domanda di sanatoria è stata respinta con i provvedimenti 12/5/2005 e 26/4/2007, impugnati quando il termine perentorio stabilito ex lege era ampiamente scaduto;

II) l'ordinanza n. 78/2007 si è limitata a ribadire le precedenti statuizioni, senza il ricorso a una nuova attività istruttoria;

III) l'omessa indicazione dei riferimenti sulla possibilità di proporre impugnazione è irrilevante, dato che la Società ricorrente era all'epoca assistita da un legale che

interloquiva con l'amministrazione, e dunque poteva esercitare il diritto di difesa nella sua pienezza;

IV) l'abuso non è modesto, come si può vincere dal verbale di sopralluogo del 7/4/2005 (doc. 9), e il nuovo piano dell'edificio – da anni ultimato – è utilizzato a fini abitativi recettivi con destinazione affittacamere (il Comune chiede al riguardo una CTU o una verifica);

V) le opere non sono state realizzate nel 2002 ma diversi anni dopo, in coincidenza con l'ultimazione dei lavori (cfr. documentazione depositata il 14/9/2016), con conseguente obbligo di ordinare la riduzione in pristino secondo la normativa per tempo vigente.

Alla pubblica udienza del 18/1/2017 il gravame introduttivo è stato chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

DIRITTO

La Società ricorrente censura i provvedimenti comunali di rigetto dell'istanza di sanatoria ambientale, con i quali è stato ordinato il ripristino dello stato dei luoghi e la demolizione delle opere abusive di ampliamento del fabbricato esistente.

0. Il Comune ha preliminarmente eccepito la tardività del gravame sollevato contro i provvedimenti del 12/5/2005 e del 29/3/2006, in quanto è irrimediabilmente spirato il termine perentorio breve ex art. 21 della L. TAR per tempo vigente. Ha altresì dedotto l'inammissibilità del gravame proposto avverso l'ordinanza 7/8/2007 in quanto meramente confermativa dei precedenti atti, avendo la stessa respinto l'istanza di sanatoria ambientale per i medesimi motivi enunciati in precedenza, senza rinnovare l'attività istruttoria né compiere ulteriori accertamenti. Il preavviso di rigetto, infine, è un atto privo di lesività, circostanza che rende il ricorso nei suoi confronti inammissibile per difetto di interesse.

L'eccezione è solo parzialmente fondata.

0.1 Il Collegio condivide il rilievo per il quale la mancata indicazione dell'autorità cui ricorrere e del limite temporale per azionare la domanda di giustizia non legittima di per sé la remissione in termini. Secondo il costante insegnamento giurisprudenziale, la mancanza nel provvedimento impugnato delle specificazioni richieste dall'art. 3 comma 4 della L. 241/90 non solo non è causa autonoma di illegittimità dello stesso – rappresentando una mera irregolarità – ma non giustifica neppure, di per sé, l'automatica concessione del beneficio della rimessione in termini per errore scusabile, dovendo a tal fine verificarsi, caso per caso, che detta mancanza abbia determinato un'obiettiva incertezza sugli strumenti di tutela utilizzabili dall'interessato (fattispecie che non ricorre nel caso esaminato in questa sede): diversamente opinando, tale inadempimento formale si risolverebbe in una “assoluzione indiscriminata” dalla soglia temporale di decadenza (T.A.R. Lombardia Milano, sez. III – 11/4/2016 n. 687 che richiama Consiglio di Stato, sez. V – 25/7/2014 n. 3964; T.A.R. Toscana, sez. III – 5/4/2016 n. 578). Nel processo amministrativo, la rimessione in termini per errore scusabile costituisce un istituto di carattere eccezionale che introduce una deroga al principio cardine della perentorietà dei termini di impugnativa, e un uso eccessivamente ampio della discrezionalità del giudice, lungi dal rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale, si risolverebbe in un vulnus del principio di parità delle parti nello svolgimento del processo.

0.2 E' altresì inammissibile l'impugnazione del preavviso di rigetto, sprovvisto di autonoma attitudine lesiva.

0.3 Al contrario di quanto sostiene il resistente Comune, tuttavia, il provvedimento del 7/8/2007 racchiude una motivazione in parte differente – quanto ai riferimenti giuridici – rispetto ai due precedenti, ed esprime ulteriori considerazioni sulle norme medio tempore sopravvenute. Va, infatti, rammentato come la giurisprudenza (cfr. *ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. V – 23/12/2016 n. 5442) abbia chiarito che

si configura un atto meramente confermativo (cd. conferma impropria) allorché l'amministrazione, di fronte ad un'istanza di riesame, si limiti a dichiarare l'esistenza di un suo precedente provvedimento, senza compiere alcuna ulteriore istruttoria e senza introdurre una nuova motivazione (per cui non si riaprono i termini per l'impugnazione): con la conferma cd. "propria", viceversa, l'amministrazione entra nel merito di una nuova istanza e, dopo aver riconsiderato i fatti e i motivi prospettati dal richiedente, si esprime in senso negativo con una nuova decisione, che costituisce un provvedimento autonomamente impugnabile. Rileva il Collegio che nei primi 2 provvedimenti ostativi – datati rispettivamente 12/5/2005 e 29/3/2006 – il Comune ha fatto riferimento all'art. 1 comma 36 della L. 308/2004, mentre nell'atto da ultimo emanato ha evocato gli artt. 29 del D. Lgs. 157/2006 e 182 comma 3-bis del Codice del paesaggio novellato, evidenziando altresì le dinamiche temporali rilevanti (ossia, la data di inoltro dell'istanza – successiva al 30/4/2004 – e l'epoca di realizzazione dei lavori): la specificazione delle disposizioni pertinenti e la puntualizzazione del periodo di svolgimento dei fatti introduce elementi nuovi nel provvedimento, idonei a ricondurlo nell'alveo della conferma cd. "propria" che lo rende autonomamente censurabile in sede giurisdizionale.

1. Nel merito il gravame è fondato e merita accoglimento, per le ragioni di seguito precisate.

1.1 La giurisprudenza di questa Sezione ha più volte affermato (cfr. sentenze 5/10/2015 n. 1246; 21/8/2014 n. 913 e i precedenti ivi richiamati) che, alle opere abusive realizzate prima della modifica dell'art. 167 del D. Lgs. 42/2004 introdotta dall'art. 27 comma 1 del D. Lgs. 24/3/2006 n. 157, rimane applicabile il regime previgente, che consentiva all'amministrazione di scegliere tra la rimessione in pristino e il risarcimento del danno ambientale. Questo T.A.R., giudicando su fattispecie analoghe, ha ripetutamente sostenuto (cfr. per tutte T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II – 8/7/2013 n. 650) che <<le norme sulla sanabilità degli abusi paesistici

hanno natura sostanziale, in quanto attengono al patrimonio giuridico incorporato nel fondo al momento della trasformazione non assentita, e quindi, per il principio di certezza del diritto, rimangono applicabili anche nel successivo e più severo regime (v. TAR Brescia Sez. I 17 gennaio 2011 n. 73; TAR Brescia Sez. I 9 giugno 2009 n. 1198; TAR Brescia 20 agosto 2008 n. 862; TAR Brescia 13 febbraio 2008 n. 70). ... In questo quadro, la presenza di un divieto di autorizzazione paesistica postuma nell'originario art. 146 comma 10-c del Dlgs. 42/2004 (divieto poi costantemente ribadito, con altra collocazione topografica, nelle varie modifiche sopravvenute) risulta relativizzata. Si tratta infatti di un'affermazione di principio che non contraddice la presenza nell'art. 167 del medesimo testo normativo di una procedura di sanatoria, quest'ultima subordinata a puntuali accertamenti sulla compatibilità dell'opera abusiva con i valori paesistici o ambientali tutelati. ... L'accertamento della compatibilità paesistica non costituisce un'opzione subordinata rispetto alla rimessione in pristino. Se l'opera abusiva non ha prodotto un'intollerabile lesione dei valori paesistici o ambientali oggetto di tutela, l'abuso deve essere derubricato come formale e deve poter accedere alla sanatoria. Questo tipo di valutazioni ammette la formulazione di limiti e condizioni: il privato può quindi beneficiare della sanatoria pagando la somma stabilita dall'amministrazione ed eseguendo i prescritti interventi di mitigazione o riduzione dell'opera abusiva>>.

1.2 Le fotografie depositate in giudizio dal Comune il 19/9/2016 (doc. 9 – relazione di sopralluogo del 7/4/2005) rappresentano un cantiere ancora operativo, nel quale tuttavia il fabbricato risulta già inciso dalle innovazioni sostanziali poi contestate. Ciò che rileva non è il fatto che i lavori siano stati completati (con le finiture e gli altri elementi di dettaglio) in epoca successiva, bensì l'avvenuta esecuzione delle opere di ristrutturazione e ampliamento, come si desume dalle fotografie del manufatto al grezzo. La prima domanda di sanatoria è datata 7/4/2005 e dunque è ampiamente anteriore all'entrata in vigore delle modifiche recanti conseguenze sanzionatorie rigorose, per cui resta preservata l'applicabilità del regime previgente secondo il ragionamento logico-giuridico del quale si è dato conto al paragrafo 1.1.

Spetta all'autorità preposta alla tutela del vincolo valutare (dandone congrua motivazione) i fattori ambientali incisi, e stabilire se le opere compiute debbano essere rimosse ovvero sia percorribile l'opzione della fissazione di una somma (aggiuntiva a quella dell'accertamento di conformità) che ristori il danno ambientale.

1.3 Il Comune non ha sollevato, in sede procedimentale, profili di incompatibilità urbanistica, e il Collegio non può che prendere atto di quanto asserisce parte ricorrente ossia che gli interventi realizzati non hanno comportato aumento di superfici utili o di volume ai sensi delle norme pianificatorie applicabili. L'approfondimento di questi profili è demandato agli organi tecnici comunali.

1.4 La liceità dell'utilizzo in concreto del terzo piano creato con la ristrutturazione dell'edificio (esercizio di affittacamere, denunciato dal Comune e non puntualmente contestato dalla ricorrente), deve essere verificata dall'Ente locale alla luce delle caratteristiche del vano e delle norme (in primis edilizie) applicabili alla fattispecie, con eventuale adozione delle misure repressive pertinenti che tuttavia esulano dalla vicenda affrontata nel presente ricorso. Non è dunque necessario l'espletamento di una CTU al riguardo.

1.5 La ricorrente è priva di interesse, a questo punto, all'esame della questione di legittimità costituzionale sollevata, divenuta irrilevante.

In conclusione, il gravame è fondato e merita accoglimento nei limiti descritti.

Le spese di giudizio possono essere compensate, per la natura tecnica e la complessità delle questioni sollevate, e per le oscillazioni giurisprudenziali sui principali punti controversi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando accoglie il ricorso in epigrafe, e per l'effetto annulla il provvedimento di diniego di sanatoria del 7/8/2007.

Spese compensate.

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

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte ricorrente.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Stefano Tenca

IL PRESIDENTE
Giorgio Calderoni

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.