

**Pubblicato il 05/05/2017**

**Sent. n. 608/2017**

**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 1387 del 2007, proposto da:

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Walter Fumagalli, Cesare Trebeschi, Matteo Peverati, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Brescia, via Battaglie, 50;

contro

Comune di Bergamo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Vito Gritti, Silvia Mangili, domiciliato ex art. 25 cpa presso T.A.R. Segreteria in Brescia, Via Carlo Zima, 3;

nei confronti di

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Diego Piselli, domiciliato ex art. 25 cpa presso T.A.R. Segreteria in Brescia, via Carlo Zima, 3;

per l'annullamento

**DEL PERMESSO DI COSTRUIRE IN SANATORIA N. 7137, RILASCIATO ALLA CONTROINTERESSATA IL 16/5/2007.**

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bergamo e di -OMISSIS-;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 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**

A. La ricorrente riferisce di essere proprietaria di un edificio ubicato nel Comune di Bergamo, in Via Ambrogio da Calepio n. 16, confinante con il fabbricato appartenente alla Società controinteressata, costituito da tre piani (due piani più il sottotetto).

B. Rappresenta -OMISSIS- in punto di fatto che -OMISSIS- ha avviato il recupero abitativo del sottotetto ai sensi della L.r. 15/96, e all'uopo in data 24/4/2003 ha presentato una DIA che contemplava un ascensore interno al servizio dei nuovi locali, senza alcuna modifica della copertura. Nel corso dei lavori, però, l'ascensore veniva realizzato in difformità dalle previsioni progettuali, in quanto l'extracorsa sporgeva di 84 cm. dal filo della copertura preesistente, con conseguente modifica della pendenza della falda del tetto (cfr. doc. 14.2 ricorrente).

C. Tale nuovo elemento, posizionato a pochi centimetri dal confine con la proprietà di -OMISSIS-, era qualificabile come "nuova costruzione" e non rispettava la distanza minima di 5 metri dal confine

fissata dall'art. 72 del regolamento edilizio per tempo vigente: pertanto, la ricorrente promuoveva un giudizio civile innanzi al Tribunale di Bergamo per ottenerne la rimozione, nel corso del quale veniva disposta una CTU che appurava la mancata corrispondenza con la DIA del 24/4/2013 (i cui elaborati non avevano previsto alcun manufatto emergente dalla copertura) e la sua natura di "costruzione" in contrasto con la normativa in materia di distanza dai confini. La sentenza del giudice ordinario 6/12/2006 n. 2398 (doc. 6) accoglieva la domanda della parte attrice e condannava la convenuta ad arretrare la sopraelevazione a 5 metri lineari dal confine.

D. La ricorrente apprendeva che la controinteressata aveva inoltrato al Comune di Bergamo, in data 16/6/2006, una richiesta di permesso di costruire in sanatoria per regolarizzare il vano abusivamente eseguito sulla copertura. Durante l'esame della pratica edilizia, l'amministrazione approvava in via definitiva – con deliberazione consiliare 17/4/2007 n. 48 – una variante del regolamento edilizio la quale introduceva modifiche agli articoli 71, 72 e 85. Di seguito, con il provvedimento censurato in questa sede, il Comune emetteva il permesso di costruire in sanatoria del 16/5/2007.

Con gravame incardinato presso il T.A.R. a seguito di trasposizione del ricorso straordinario, la Società ricorrente impugna il titolo abilitativo in epigrafe, deducendo i seguenti motivi in diritto:

a) Violazione dell'art. 36 del DPR 380/2001, il quale prevede che gli interventi realizzati in difformità dal permesso di costruire o dalla DIA siano sanabili qualora conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento dei lavori sia al momento della presentazione della domanda; nella fattispecie, l'istanza di sanatoria è stata presentata il 16/6/2006 (e le opere risalgono al periodo anteriore) per cui le norme applicabili erano quelle vigenti a quella data (e non quelle approvate 10 mesi dopo); in proposito, la ricorrente rivisita criticamente l'orientamento giurisprudenziale – del quale sottolinea la risalenza – favorevole ad ammettere la cd. sanatoria impropria;

b) Violazione dell'art. 72 del regolamento edilizio approvato con deliberazione consiliare 22/10/2001 n. 162, eccesso di potere per falsa rappresentazione della realtà, in quanto la norma richiamata stabilisce la modalità di misurazione della distanza tra i fabbricati e i confini di proprietà (prendendo a riferimento la proiezione orizzontale del perimetro del fabbricato – comma 1), e le sue disposizioni si applicano anche in caso di demo-ricostruzione, ampliamento e soprizzo (comma 11), con esclusione di alcuni elementi tra i quali non sono menzionati i vani tecnici; l'art. 72 evocato non racchiude alcuna previsione in deroga al consolidato indirizzo giurisprudenziale per il quale la sopraelevazione, anche se di ridotte dimensioni, provoca sempre un aumento di volumetria e di superficie di ingombro e va pertanto qualificata come nuova costruzione nella disciplina delle distanze minime; non può essere utilmente invocato il successivo art. 73 che, ai fini della misurazione dell'altezza del fronte dell'edificio, esclude i volumi tecnici di cui all'art. 85 (e dunque anche gli extracorsa degli ascensori), in quanto detta disposizione vale solo per il computo dell'altezza degli edifici e non per l'individuazione della loro distanza dal confine (regolata autonomamente e compiutamente dal precedente art. 72); in definitiva, deve essere condiviso il *decisum* del Tribunale di Bergamo (cfr. sentenza n. 2398/2006);

c) Violazione degli artt. 72 e 75 del regolamento edilizio approvato con deliberazione consiliare 17/4/2007 n. 48, poiché nella nuova versione esso esclude dal calcolo delle distanze solo gli "ascensori ... esterni da realizzare, in conformità alla vigente normativa in materia di barriere architettoniche ...", mentre quello di cui si discorre è stato realizzato all'interno del corpo di fabbrica preesistente, non è obbligatorio ai sensi dell'art. 77 del DPR 380/2001 (il quale impone l'ascensore solo in presenza di tre livelli fuori terra), e non è in linea con la normativa vigente in materia di barriera architettoniche (si rinvia sul punto al quarto motivo di ricorso); l'art. 85 permette la costruzione di ascensori come opere di adeguamento impiantistico e tecnologico di edifici esistenti, purché siano collocati a distanza non inferiore a 1,50 metri dai confini di proprietà, quando l'extracorsa dell'ascensore della controinteressata è stato realizzato a pochi centimetri dal confine con la proprietà della ricorrente;

d) Violazione degli artt. 36 e 81 del DPR 380/2001, dell'art. 19 della L.r. 6/89, eccesso di potere per carenza di motivazione e di istruttoria, poiché il rilascio del permesso in deroga ai sensi della normativa sull'abbattimento delle barriere architettoniche non trova alcun riscontro nel testo del

provvedimento impugnato, e in ogni caso risultano violati sia l'art. 36 del T.U. (che impone la cosiddetta "doppia conformità" e nel caso di specie si registra la difformità anche rispetto al nuovo regolamento), sia l'art. 81 (per assenza della documentazione a comprova, ossia dell'attestazione medica della situazione di *handicap*), sia l'art. 19 della L.r. 6/89 (che esige un'istanza motivata e documentata dell'estensore del progetto, che dia conto dell'impossibilità di rispettare le prescrizioni legislative);

e) Violazione dell'art. 3 della L.r. 15/96 e dell'art. 64 della L.r. 12/2005, eccesso di potere per carenza di motivazione, in quanto il provvedimento non contiene il minimo accenno al potere di deroga previsto dalla normativa sul recupero abitativo dei sottotetti; nel caso di specie, il recupero poteva essere tranquillamente realizzato senza necessità di violare la distanza minima dal confine con la proprietà della ricorrente;

f) Violazione dell'art. 6 della L.r. 15/96 e dell'art. 64 della L.r. 12/2005, in quanto la realizzazione dell'extracorsa al di sopra della copertura preesistente ha alterato le linee di pendenza della falda del tetto, in difformità con quanto stabilito dalla normativa sul recupero dei sottotetti.

Si è costituito in giudizio il Comune di Bergamo, formulando in rito le eccezioni di tardività e difetto di interesse, e chiedendo la reiezione del gravame nel merito. Si è altresì costituita la controinteressata. Il Comune, nella memoria del 16/2/2017, ha dedotto che il manufatto si presenta nella realtà come un tronco di parallelepipedo a base pressoché quadrata, con il limite superiore piano corrispondente in quota all'altezza del colmo del tetto, e il limite inferiore coincidente con la falda che lo interseca (cfr. documenti depositati il 9/2/2017, n. 7, 8 e 9).

Alla pubblica udienza del 22/3/2017 il gravame introduttivo è stato chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

## DIRITTO

La Società ricorrente censura il provvedimento con il quale il Comune di Bergamo ha rilasciato alla controinteressata il permesso di costruire in sanatoria per la realizzazione di un vano per l'extracorsa dell'ascensore, sporgente 84 cm. dal filo della copertura preesistente e a distanza dal confine di proprietà inferiore a quella minima normativamente prevista.

0. Non è meritevole di accoglimento la prospettazione di parte ricorrente nella memoria dell'1/3/2017, nella parte in cui afferma che il rinvio dell'udienza pubblica del 10/11/2016 avrebbe irreversibilmente determinato la decadenza di tutti i depositi successivi (pur rispettosi dei termini previsti dall'art. 73 comma 1 Cpa rispetto alla nuova udienza pubblica fissata per il 22/3/2017). Ad avviso del Collegio il rinvio della trattazione del merito a nuova data determina una nuova barriera temporale di riferimento per i depositi, in quanto la data effettiva dell'udienza pubblica diviene quella stabilita all'atto del rinvio. Del resto, la ratio della disciplina del termine è il rispetto del contraddittorio e della *par condicio*, che in tal modo è stata (in modo incontestabile) garantita.

1. Il Collegio può esimersi dalla trattazione delle due eccezioni in rito sollevate dal Comune di Bergamo, atteso che nel merito sono infondati i primi tre motivi di gravame.

1.1 Va preliminarmente osservato che la nozione di volume tecnico presuppone l'assenza di autonomia funzionale, anche solo potenziale, del manufatto, nel senso che esso deve caratterizzarsi per il nesso di strumentalità necessaria con la *res principalis*, ossia l'edificio cui accede. Tale nozione, pertanto, può essere applicata solo alle opere edilizie destinate a contenere impianti serventi di una costruzione principale, per esigenze tecnico-funzionali della costruzione stessa (T.A.R. Umbria – 28/11/2016 n. 730; T.A.R. Puglia Bari, sez. III – 3/12/2015 n. 1558; Consiglio di Stato, sez. IV – 14/5/2014 n. 2467): ne consegue che, stante il delineato nesso di strumentalità necessaria e la correlativa inesistenza di autonomia funzionale, il vano ascensore va considerato volume tecnico (T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II – 10/7/2015 n. 1233, che ha richiamato Consiglio di Stato, sez. IV – 5/12/2012 n. 6253; T.A.R. Campania Napoli, sez. III – 9/12/2014 n. 6431, e ha ulteriormente affermato che "*il Collegio condivide l'orientamento secondo cui l'estraneità dell'ascensore alla nozione di "costruzione" di cui all'art. 873 cod. civ. renderebbe inapplicabile ad esso le disposizioni*

*in tema di distanze poste dal detto articolo (Consiglio di Stato, Sez. IV, 5.12.2012, n. 6253) e dai regolamenti edilizi. Infatti, i volumi tecnici, gli impianti tecnologici e le canalizzazioni delle utenze in favore delle singole unità abitative dell'edificio, tutte ricomprese nel comune denominatore delle opere strumentali all'adeguamento tecnico funzionale del fabbricato, se realizzate nella struttura necessaria e sufficiente ad assolvere alla loro funzione, secondo l'orientamento consolidato, qui condiviso, non rilevano affatto in tema di distanze (cfr. Cons. St., sez. IV, 5 dicembre 2012 n. 6253; Cass. Civ., sez. II, 3 febbraio 2011 n. 2566; T.A.R. Genova Liguria, sez. I, 25 giugno 2014, n.1005)”.*

1.2 In ogni caso, relativamente al caso di cui si controverte la difesa dell'amministrazione ha correttamente invocato l'art. 72 del regolamento edilizio – rubricato “Distanze dai confini” – il quale statuisce al comma 3 che *“la distanza dei fronti dei fabbricati dai confini di proprietà del lotto sul quale insistono dovrà essere pari alla metà dell'altezza complessiva del fronte e comunque non inferiore a m. 5,00”*. La misurazione dell'altezza dei fronti degli edifici è regolata al successivo art. 73 comma 1, ai sensi del quale essa è pari alla differenza tra *“la quota massima della linea di intersezione tra il piano del fronte ed il piano di estradosso della copertura”* e *“la quota del caposaldo altimetrico”*. Il comma 1 evocato aggiunge esplicitamente che, ai fini della misurazione totale dell'altezza, sono esclusi tra l'altro i volumi tecnici di cui all'art. 85, il quale riconduce espressamente nell'alveo di questi ultimi l'extracorsa di ascensori o montacarichi. Le predette disposizioni non risultano incise (salvo l'art. 85 che è rubricato art. 86, con lo stesso testo) dalle modifiche introdotte dall'amministrazione a ridosso dell'emanazione del permesso di costruire in sanatoria.

1.3 Il manufatto che fuoriesce dalla copertura dell'edificio per contenere la parte terminale della struttura dell'ascensore non è dunque rilevante ai fini della misurazione dell'altezza, alla luce delle previsioni racchiuse nelle norme di piano delle quali si è dato conto. E' opinione del Collegio che l'art. 72 (che disciplina la distanza tra fabbricati e confini di proprietà) valorizzi l'altezza del fronte, e che ai fini del computo escluda i volumi tecnici testualmente enunciati all'art. 85, tra i quali compare l'extracorsa degli ascensori. Diversamente da quanto opina la parte ricorrente, gli artt. 72 e 73 non sono tra loro autonomi ma trovano applicazione in modo coordinato e combinato, posto che la prima disposizione fa riferimento all'altezza del “fronte” del fabbricato, la cui nozione è sviluppata dall'articolo successivo.

1.4 In buona sostanza, il permesso di costruire rilasciato rispetta il regolamento edilizio vigente al momento della realizzazione dell'opera difforme e al momento di presentazione della domanda di sanatoria, e dunque è riscontrabile la doppia conformità di cui all'art. 36 del DPR 380/2001.

1.5 Può essere altresì sottolineato che l'ascensore elimina “oggettivamente” le barriere architettoniche dell'edificio, e le formalità delle quali il ricorrente ha correttamente evidenziato l'insussistenza potrebbero essere adempiute *ex post*. Non può inoltre essere sottaciuto che il manufatto oggetto di contenzioso è di minime dimensioni, è collocato al di sotto del colmo del tetto ed è stato realizzato contestualmente al recupero ai fini abitativi del terzo livello dell'edificio. La controinteressata ha infine documentato lo stato di disabilità della persona che occupa l'edificio (doc. 2 e 3), che rafforza il valore “sostanziale” dell'intervento (conforme alla finalità di abbattimento delle barriere architettoniche).

1.6 L'infondatezza dei primi 3 motivi rende irrilevanti le ulteriori censure sviluppate dalla parte ricorrente nel ricorso introduttivo. Infatti, la sussistenza o meno delle ragioni fondanti la deroga ai sensi della normativa sulle barriere architettoniche e sui sottotetti, non è indispensabile per supportare un provvedimento la cui legittimità è stata acclarata ai sensi delle disposizioni pianificatorie per tempo vigenti.

In conclusione, il gravame non può trovare positivo accoglimento.

Le spese di giudizio possono essere compensate, per la natura tecnica e la complessità delle questioni sollevate.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando respinge il ricorso in epigrafe.

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 le parti del giudizio.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 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.