

Pubblicato il 25/09/2018

Sent. n. 900/2018

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 n. 127 del 2010, proposto da Bosio Mariangela, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Fugazzola e Francesca Meroli, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima, in Brescia, alla via Cremona n. 8

contro

il Comune di Iseo, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Bezzi, presso lo studio del quale, in Brescia, alla via Luigi Cadorna n. 7, elegge domicilio;

nei confronti

Bosio Sergio, controinteressato, non costituito in giudizio

per l'annullamento

- del permesso di costruire in variante in sanatoria n. 16307/2009 prot. e n. 227/2009 Pratica Edilizia, rilasciato in data 12 novembre 2009 dal Responsabile Area Tecnica del Comune di Iseo, con il quale è stata disposta la sanatoria di intervento edilizio eseguito in difformità dal permesso di costruire n. 219 del 30 settembre 2008;

- della certificazione di compatibilità paesaggistica n. 19675 Prot., rilasciata in data 28 ottobre 2009 dal responsabile Area Tecnica del Comune di Iseo;

- di ogni altro provvedimento in questi richiamato o comunque a questi presupposto o conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Iseo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 settembre 2018 il dott. Roberto Politi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Esponde la ricorrente di essere proprietaria di un compendio immobiliare posto nel Comune di Iseo, località Clusane, alla via Punta n. 33.

Soggiunge che il controinteressato sig. Bosio Sergio, proprietario di fabbricato, posto sull'area sita in Clusane d'Iseo, via Ponta, n. 35, mappali nn. 116-132, Foglio 6, direttamente confinante con il compendio di proprietà della ricorrente stessa, ha in corso intervento edilizio di soprizzo del proprio fabbricato, con la realizzazione di ulteriori due piani, in aggiunta ai due preesistenti.

L'intervento edilizio in oggetto ricade in zona classificata dal P.R.G. vigente quale "B1 completamento residenziale", soggetta a vincolo ambientale-paesistico imposto con D.M. 29 aprile 1960, a sensi del D.Lgs. 42/2004.

A seguito di accesso presso gli Uffici Comunali, la ricorrente ha potuto accertare che l'intervento in corso è stato dapprima assentito con permesso di costruire n. 10757/08 prot. del 30 settembre 2008 ed autorizzazione paesaggistica n. 12569/08 prot. del 21 luglio 2008.

A fronte della accertata esecuzione di opere in difformità dai titoli autorizzativi come sopra rilasciati, il Comune ha rilasciato certificazione di compatibilità paesaggistica n. 19675/09 del 28 ottobre 2009, ai sensi dell'art. 181 del D.Lgs. n.42/2004; e, quindi, permesso di costruire “in variante in sanatoria” n. 16307/09 prot. rilasciato in data 12 novembre 2009.

Il predetto intervento edilizio – realizzato in area immediatamente adiacente al centro abitato di Iseo ed in prossimità del lago, in un contesto edificato generalmente caratterizzato dalla presenza di fabbricati di soli due piani – ha previsto la realizzazione di un sopralzo con ulteriori due piani; di tal guisa che il preesistente edificio, *ab origine* di soli due piani fuori terra, presenta ora quattro piani fuori terra, oltre al piano interrato.

Queste le censure dedotte avverso gli atti come sopra impugnati:

1) Violazione di legge: art. 181 del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42. Eccesso di potere per difetto dei presupposti:

Il provvedimento-certificazione di compatibilità paesaggistica n. 19675 prot. del 28 ottobre 2009, costituente la autorizzazione paesaggistica in sanatoria dell'intervento realizzato, è stato rilasciato senza il previo parere vincolante della Soprintendenza, come tassativamente prescritto dall'art. 181, comma 1-quater, del D.Lgs. 42/2004.

Dal che, la illegittimità del provvedimento impugnato, che si estende anche al successivo permesso di costruire “in variante in sanatoria”, del quale la certificazione di compatibilità paesaggistica costituisce il necessario presupposto.

2) Violazione di legge: art. 34 della legge Regione Lombardia n.12/2005; art. 146 del D.Lgs. 42/2004; art. 167 del D.Lgs. 42/2004. Eccesso di potere per difetto dei presupposti

L'art. 34 della legge della Regione Lombardia n. 12/2005 e, prima ancora, l'art. 146 del D.Lgs. 42/2004 prevedono espressamente che l'autorizzazione paesaggistica costituisca atto presupposto ed imprescindibile per il successivo rilascio del permesso di costruire inerente interventi edilizi in zona vincolata.

Nel caso di specie, il Comune ha rilasciato, su richiesta del sig. Bosio Sergio, unicamente il certificato di compatibilità paesaggistica ai sensi (e per gli effetti) dell'art. 181 del D.Lgs. 42/2004: conseguentemente escludendosi che, in mancanza di autorizzazione paesaggistica in sanatoria (autorizzazione che, peraltro, nel caso di specie neppure poteva essere rilasciata) potesse legittimamente essere rilasciato neppure il permesso di costruire impugnato.

3) Violazione di legge: artt. 181 e 167 del D.Lgs. 42/2004, artt. 2 e 24 delle Norme di Attuazione del locale P.R.G.

A norma degli artt. 167 e 181 del D.Lgs. 42/2004, la compatibilità paesaggistica, e quindi la sanatoria *ex post*, sotto il profilo ambientale delle opere abusive può essere accertata, per quel che qui rileva, solo “*per il lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati*”.

Nel caso di specie, sarebbe, invece, stato autonomamente ed abusivamente realizzato, in difformità dalle autorizzazioni esistenti, un aumento dell'altezza dell'edificio che, pur relativamente limitato (circa 40 cm.), di fatto ha consentito di trasformare il piano sottotetto (o meglio una consistente porzione del piano stesso, come evidenziata nelle planimetrie di progetto) in locali abitabili.

Tale intervento configura un aumento della Slp, come definita all'art. 2 del vigente P.R.G., e quindi della superficie utile dell'edificio e della volumetria, in violazione della previsione normativa sancita agli artt. 167 e 181 del D.Lgs. 42/2004: le cui ipotesi di sanatoria ambientale non potevano, quindi, trovare applicazione nella fattispecie.

4) Violazione di legge: artt. 181 e 167 del D.Lgs. 42/2004, artt. 2 e 24 delle Norme di Attuazione del locale P.R.G. Eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di motivazione

Il fabbricato oggetto del sopralzo contestato è posto in zona “B1 di completamento residenziale”, nella quale, in forza dell'art. 24 del vigente P.R.G., è previsto un limite di altezza di mt. 9,80.

Con i provvedimenti di sanatoria edilizia ed ambientale impugnati, il Comune avrebbe indebitamente misurato l'altezza del fabbricato con riferimento all'intradosso della “soletta di copertura” del terzo piano fuori terra, senza considerare il sottotetto.

Diversamente, la misurazione dell'altezza avrebbe dovuto essere correttamente rilevata con riferimento alla quota media dell'intradosso della soletta di copertura della porzione del piano sottotetto fruibile, come delimitata in progetto e costituente, a seguito del sopralzo abusivo, Superficie lorda di pavimento, rilevante anche ai fini della misurazione delle altezze del fabbricato; soletta di copertura, questa, che, non essendo piana, comporta la misurazione della altezza del fabbricato con riferimento alla quota media dell'intradosso della copertura medesima.

Se così correttamente misurata, la altezza del fabbricato risulta di circa dodici metri, ben superiore al limite massimo stabilito dal vigente P.R.G.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla pubblica udienza del 19 settembre 2018.

DIRITTO

1. I due primi motivi di ricorso sono infondati.

Con essi, come illustrato in narrativa, parte ricorrente si duole che l'avversata “sanatoria” (*rectius*: “variante in sanatoria”) rilasciata in favore del controinteressato Bosio Sergio non sia stata preceduta dal parere vincolante della Soprintendenza, come prescritto dall'art. 181, comma 1-quater, del D.Lgs. 42/2004, risultando asseritamente rilasciato, ai fini dell'adozione della determinazione gravata, il solo certificato di compatibilità paesaggistica.

Come affermato – e documentalmente comprovato – dalla resistente Amministrazione comunale di Iseo (cfr. note d'udienza depositate in atti alla data del 10 ottobre 2016), a seguito del parere favorevole della Commissione per il Paesaggio (reso l'11 settembre 2009), anche la Soprintendenza per i Beni Ambientali ed Architettonici ha reso parere favorevole “senza condizioni” in seno alla Conferenza di servizi tenutasi il successivo 28 ottobre.

A fronte di quanto come sopra illustrato, parte ricorrente (cfr. memoria depositata il 18 ottobre 2016) ha evidenziato che di tale parere non venga fatta menzione né nel permesso di costruire in sanatoria, né nella autorizzazione paesaggistica.

Nel sostenere di non aver avuto contezza del parere favorevole di che trattasi anteriormente alla produzione documentale dall'Amministrazione effettuata in atti del giudizio, parte ricorrente si è riservata di avversare il parere stesso a mezzo di motivi aggiunti.

Tale mezzo di tutela, peraltro, non è stato successivamente – e fino all'odierna udienza pubblica di trattazione della controversia – proposto.

Da quanto sopra, consegue che:

- l'affermata inesistenza del parere della Soprintendenza è smentita *per tabulas* dalla documentazione versata in atti dal Comune;
- in ogni caso, tale parere, in quanto non sottoposto a sindacato giurisdizionale, ha acquisito carattere di inoppugnabilità.

2. Assume poi parte ricorrente la non sanabilità dell'ampliamento posto in essere dal controinteressato, in ragione della realizzazione di un incremento di altezza del corpo di fabbrica – asseritamente pari a cm. 40, con conseguente aumento della superficie lorda di pavimento (SLP) e della volumetria dell'immobile.

Va, al riguardo, osservato che la creazione di superfici utili o volumi è ostativa al rilascio della compatibilità paesaggistica, ai sensi dell'art. 167, quarto comma, del D.Lgs. 42/2004.

La compatibilità paesaggistica può, infatti, essere accertata, sempre che "i lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, (...) non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati" (cfr. T.A.R. Campania, Napoli: sez. VII, 9 aprile 2018 n. 2259; sez. III, 30 gennaio 2017 n. 647).

La sanabilità postuma dell'opera sotto l'aspetto paesaggistico è, dunque, esclusa in presenza di nuove superfici o volumi, per l'evidente finalità di preservazione posta alla base della tutela paesaggistica, che impedisce di mantenere nuovi ingombri in zona ove è vietata l'edificazione in assenza di autorizzazione paesaggistica.

La giurisprudenza ha, inoltre, specificato che la norma riguarda qualsiasi incremento volumetrico, finanche interrato, aggiungendo che esulano dal concetto solo le opere aventi funzione servente e prive di funzionalità autonoma, circostanza che non ricorre nella fattispecie in esame (cfr. T.A.R. Campania, Napoli: sez. III, 30 agosto 2016 n. 4124 e 24 marzo 2017 n. 1604).

Se l'art. 167, comma 4, del D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 indica i casi in cui l'autorità amministrativa competente accerta la compatibilità paesaggistica in sanatoria; e, alla lettera *a*), prevede che possa essere autorizzata la compatibilità paesaggistica in sanatoria "*per i lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati*", non può il Collegio omettere di convenire con l'orientamento giurisprudenziale del quale si è, precedentemente, dato conto (ed in ordine al quale, cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, 18 aprile 2018 n. 2342), secondo cui:

- la regola generale è quella che non sia possibile sanare gli abusi realizzati in zona vincolata;
- la finalità è quella di prevenzione degli illeciti che incidono su beni paesaggistici mediante la previsione dell'obbligo di chiedere in via preventiva l'autorizzazione senza la possibilità di ottenere una sorta di approvazione successiva anche quando l'intervento non ha leso il bene tutelato;
- il Legislatore ammette la suddetta sanatoria soltanto quando ricorrono i rigorosi presupposti sopra indicati.

Presupposti che, nel caso in esame, non sussistono, atteso che l'aumento di altezza del manufatto, quand'anche si convenga con quanto affermato dalla difesa comunale (14 cm., in luogo dei 40 cm. che parte ricorrente assume), comunque ha comportato un aumento volumetrico: rilevante – e tale affermazione non trova smentita né dagli atti di causa, né per effetto delle considerazioni difensive esternate dalla resistente Amministrazione – anche sotto il profilo dell'incremento della superficie calpestabile, atteso che tale accrescimento ha consentito la realizzazione di un locale sotto-tetto abitabile o, quanto meno, fruibile quale vano accessorio.

Il titolo *ad aedificandum* in sanatoria, sotto il profilo esaminato, si rivela quindi illegittimamente assentito: per l'effetto imponendosi, alla stregua di quanto osservato, l'annullamento del medesimo.

3. La non corretta valutazione, ad opera della precedente Autorità, in ordine alla non sanabilità dell'intervento in ragione della creazione, ad opera e per effetto di esso, di incremento volumetrico precluso dall'art. 167 del D.Lgs. 42/2004, consente al Collegio di prescindere dalla disamina dell'ultimo profilo di doglianza, concernente l'inesatta misurazione dell'altezza dell'edificio, riveniente dagli interventi oggetto di sanatoria.

A prescindere, infatti, dalla correttezza dell'individuazione dei parametri per la misurazione, la non consentita realizzazione di implementazioni volumetriche e di superficie utile rende, insuperabilmente, illegittimo il titolo edilizio con il presente gravame impugnato.

4. La fondatezza del gravame nei limiti sopra indicati, impone l'annullamento dell'avversato permesso di costruire in variante in sanatoria rilasciato in data 12 novembre 2009.

Le spese di lite vengono poste a carico della sola Amministrazione comunale resistente (ravvisandosi giusti motivi per compensare le spese stesse con riferimento alla parte controinteressata), giusta la liquidazione di cui in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione; e, per l'effetto, annulla il permesso di costruire in variante in sanatoria n. 16307/2009 prot. e n. 227/2009 Pratica Edilizia, rilasciato in data 12 novembre 2009.

Condanna il Comune di Iseo, nella persona del Sindaco p.t., al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente Bosio Mariangela, in ragione di € 2.000,00 (Euro duemila/00), oltre accessori come per legge e refusione del contributo unificato; spese compensate con riferimento al controinteressato sig. Bosio Sergio.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 19 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente, Estensore

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Roberto Politi

IL SEGRETARIO