

Pubblicato il 28/01/2019

Sent. n. 101/2019

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 353 del 2003, proposto dai [omissis], rappresentati e difesi dall'avv. Raffaella Rampazzo, con domicilio eletto presso il suo studio in Padova, via Ugo Foscolo, 10;

contro

Comune di Montecchio Maggiore - (Vi), in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Silvano Ciscato, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Francesco Acerboni in Mestre-Venezia, via Torino, 125;

quanto al ricorso principale:

per l'annullamento

del provvedimento 25/11/2002, n. 31089, di parziale accoglimento dell'istanza di concessione edilizia a sanatoria di locali interrati; del parere della C.E. 20/11/2002 e dell'ordinanza 29/11/2002 n. 2125, di demolizione di un locale interrato.

e per la condanna

del Comune di Montecchio Maggiore al risarcimento dei danni che dovessero derivare dall'esecuzione dell'ordinanza n. 2125 del 29.11.2002

quanto ai motivi aggiunti:

per l'annullamento

del provvedimento del Dirigente del Settore 3° Edilizia Privata n. 23606041 del 17.6.2005;

del provvedimento n. 29030 del 21.7.2005 di diniego dell'accertamento di compatibilità paesaggistica sull'istanza presentata dai ricorrenti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Montecchio Maggiore - (Vi);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza smaltimento del giorno 22 gennaio 2019 il dott. Paolo Nasini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso depositato in data 24.1.2013 [omissis] impugnavano, chiedendone l'annullamento, il provvedimento, emesso dal Comune di Montecchio Maggiore, n. 31089 del 25.11.2002, di parziale accoglimento dell'istanza di concessione edilizia a sanatoria di locali interrati e il parere della Commissione Edilizia del 20.11.2002; nonché l'ordinanza, emessa sempre dal predetto Ente, n. 2125

del 29.11.2002, notificata il 4.12.2002, di demolizione di un locale interrato; ogni altro atto, inerente, presupposto e conseguente.

Inoltre, i ricorrenti chiedevano la condanna del Comune predetto al risarcimento dei danni derivanti dall'esecuzione dell'ordinanza n. 2125 del 29.11.2002.

A fondamento del ricorso i ricorrenti deducevano i seguenti motivi:

1) violazione di legge (art. 97, l.r. 27.6.1985, n. 61); eccesso di potere per difetto di presupposto, per illogicità manifesta e difetto di motivazione: secondo parte ricorrente, la concessione avrebbe dovuto essere rilasciata ex art. 97, l.r. 61 del 1985 in quanto il volume tecnico realizzato era completamente interrato, privo di sagoma e cubatura fuori terra, ed avente la funzione tecnica di assicurare l'isolamento delle fondazioni del fabbricato su quel lato dal terreno circostante a scopo di protezione e preservazione delle fondazioni stesse, senza che vi fosse un contrasto con norme vigenti, atteso, altresì, che il riferimento, indicato nel provvedimento impugnato, alla l.r. n. 25 del 1997 avrebbe dovuto ritenersi illogico e non pertinente.

2) violazione di legge (art. 93 l. r. 27.6.1985, n. 61); eccesso di potere per difetto di presupposto, di istruttoria e di motivazione: secondo i ricorrenti difetterebbero i presupposti che legittimano la sanzione della demolizione in quanto, essendo l'ordinanza impugnata stata emessa ai sensi dell'art. 93, per parziale difformità dalla concessione edilizia, avrebbero dovuto essere accertate, da un lato, l'insussistenza del contrasto dell'interrato esterno con la disciplina edilizia ed urbanistica vigente, e, dall'altro lato, le conseguenze che dalla demolizione sarebbero potute derivare alle altre opere legittimamente realizzate.

Con atto depositato in data 20.10.2005, poi, i ricorrenti proponevano motivi aggiunti impugnando:

a) la nota del Comune di Montecchio Maggiore, prot. n. 23606041 del 17.6.2005, che aveva comunicato, ai sensi dell'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990, i motivi di diniego dell'accertamento di compatibilità paesaggistica;

b) il provvedimento del Comune medesimo, prot. n. 29030 del 21.7.2005, di diniego dell'accertamento di compatibilità paesaggistica sull'istanza presentata dai ricorrenti;

c) ogni altro atto, inerente, presupposto e conseguente.

A fondamento del predetto atto i ricorrenti deducevano i seguenti motivi:

1) eccesso di potere per illogicità derivata, contraddittorietà, sviamento: secondo i ricorrenti, il fatto che il vincolo paesaggistico sia stato imposto dal P.R.G. e non consegua, invece, all'applicazione del d.lgs. n. 42 del 2004, non escluderebbe la sanatoria di cui alla l. n. 308 del 2004;

2) violazione di legge (art. 1, comma 37, l. 15.12.2004, n. 308); eccesso di potere per difetto e travisamento di presupposto: secondo i ricorrenti, in base al d.lgs. n. 42 del 2004 i beni ricompresi nei piani paesistici sarebbero soggetti a vincolo paesaggistico e nella Regione Veneto è stato emanato il Piano Territoriale Regionale di Coordinamento (PTRC), in applicazione della l. n. 431 del 1985.

Si costituiva in giudizio il Comune di Montecchio Maggiore contestando il ricorso principale e i motivi aggiunti e chiedendone il rigetto.

Entrambe le parti depositavano memorie difensive.

All'udienza del 22.1.2019 il difensore del Comune dava notizia dell'avvenuta presentazione di una istanza di rilascio di titolo abilitativo per la realizzazione di volume sovrastante l'opera di cui è causa, utilizzando il "piano casa", quindi la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Premessa.

I ricorrenti sono proprietari nel Comune di Montecchio Maggiore di un terreno nel quale è stato realizzato un annesso rustico e dei locali completamente interrati, alcuni dei quali sono sottostanti all'area di sedime del fabbricato rurale e altri sono esterni ad essa.

Nel settembre 2002 il Comune ha effettuato un controllo ispettivo accertando che nel terreno *de quo*, sito in Zona E2, insistevano, oltre ad un annesso rustico, anche un manufatto interrato realizzato senza titolo abilitativo, procedendo, quindi, alla sospensione dei lavori.

I ricorrenti hanno presentato, in data 3.10.2002, al Comune di Montecchio Maggiore istanza di concessione in sanatoria trasformando i vani interrati in “vespaio”.

Il Comune di Montecchio Maggiore, con provvedimento n. 31089 del 25.11.2002, ha accolto l’istanza di sanatoria limitatamente al locale interrato sottostante il fabbricato rustico, ponendo alcune prescrizioni esecutive; diversamente, ha negato la sanatoria relativamente al vano interrato all’esterno del rustico, in ordine al quale la Commissione edilizia ha espresso parere favorevole alla demolizione. In data 4.12.2002, quindi, ai ricorrenti è stata notificata l’ordinanza di demolizione del vano interrato posto all’esterno del perimetro dell’annesso rustico fuori terra.

Il Comune, in particolare, ha dato conto del fatto che <<la realizzazione di vespai può considerarsi sanabile inerentemente alla porzione di fabbricato interrato sottostante il fuori terra, mentre non risulta giustificabile la realizzazione di un vespaio all’esterno dell’annesso rustico, ma si configura come una mera giustificazione di quanto abusivamente realizzato>>.

In particolare il Comune ha:

- richiamato il parere della Commissione Edilizia che si era espressa favorevolmente solo con riferimento alla sanatoria della porzione di interrato e locale collegato posti sotto l’annesso fuori terra, mentre aveva espresso parere favorevole per la demolizione della parte di interrato esterna al perimetro dell’annesso rustico;

- dato conto del fatto che le opere abusivamente realizzate ricadono, secondo il PRG vigente, in zona E2a collina con tutela paesaggistica (“vincolo di piano”) e vincolo idrogeologico/forestale;

- richiamato l’art. 75 R.E. vigente che fa riferimento al vespaio come spazio di almeno 30 cm funzionale a proteggere l’edificio sovrastante dall’umidità del suolo e del sottosuolo.

Successivamente, i ricorrenti, in data 31.1.2005, hanno presentato al Comune resistente, ai sensi dell’art. 1, comma 37, l. 15.12.2004, n. 308, istanza di accertamento della compatibilità paesaggistica delle opere di cui sopra, al fine di ottenere la c.d. sanatoria ambientale delle opere realizzate trattandosi di terreno classificato in P.R.G. ZTO “E2 di collina con vincolo di tutela paesaggistica”.

Con nota prot. n. 23606041 del 21.6.2005, il Comune ha comunicato, ex art. 10 bis, l. n. 241 del 1990, che l’istanza sarebbe stata negata e, successivamente, in data 21.7.2005, con provvedimento prot. n. 29030 ha respinto l’istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica.

In particolare, il Comune, richiamato l’art. 1, comma 37, l. 15.12.2004, n. 308, ha ritenuto non pertinente la richiesta di accertamento di compatibilità paesaggistica presentata in data 31.1.2005 e non applicabile la procedura di cui alla legge predetta e ciò in quanto le opere realizzate non ricadevano in area sottoposta alla disciplina di cui al d.lgs 22.1.2004, n. 42 e non erano sottoposte a vincolo paesaggistico, tale area essendo solamente inserita nel Piano regolatore in zona territoriale omogenea E2a di collina, con “zona di tutela paesaggistica”, in forza di una norma di piano mirante a salvaguardare le peculiarità morfologiche, naturalistiche ed architettoniche del territorio.

2. In ordine ai motivi dedotti con il ricorso principale.

2.1. Sul primo motivo: violazione di legge (art. 97, l.r. 27.6.1985, n. 61); eccesso di potere per difetto di presupposto, illogicità manifesta e difetto di motivazione.

Come accennato, secondo parte ricorrente, la concessione avrebbe dovuto essere rilasciata ex art. 97, l.r. 61 del 1985, in quanto il volume tecnico realizzato era completamente interrato, privo di sagoma e cubatura fuori terra, ed avente la funzione tecnica di “vespaio” per assicurare l’isolamento delle fondazioni del fabbricato su quel lato dal terreno circostante a scopo di protezione e preservazione delle fondazioni stesse.

I ricorrenti hanno sottolineato come la realizzazione di detto “vano” non fosse in contrasto con la normativa urbanistica ed edilizia e come i provvedimenti impugnati, sotto questo profilo, non fossero congruamente motivati non avendo fatto specifico richiamo a normativa pertinente.

Il motivo non è fondato.

Al riguardo, risulta dagli atti di causa che il vano interrato “esterno” all’area di sedime è stato realizzato in mancanza di un titolo abilitativo e costituisce un volume a sé stante ancorchè interamente interrato e non accessibile, come asserito da parte ricorrente e risultante all’esito del sopralluogo del 8.11.2017.

Occorre rammentare che le costruzioni interrato, in via generale, sono annoverabili nella nozione di nuova costruzione, quando, per la loro incidenza sull'assetto urbanistico, comportano una trasformazione del territorio. In tali casi è necessaria la concessione edilizia, ora permesso a costruire (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 05/09/2017, n. 4243).

Nel caso di specie per le dimensioni e caratteristiche costruttive dell'interrato in contestazione deve ritenersi che lo stesso sia una vera e propria "nuova costruzione", senza che sia possibile qualificarlo come "vespaio".

Al riguardo, per "vespaio" deve intendersi uno spazio (che può essere costituito anche da un volume di significative dimensioni) avente come precipuo scopo quello di proteggere l'edificio sovrastante isolandolo dall'umidità proveniente dal terreno e dal sottosuolo.

Come tale, quindi, il vespaio presuppone necessariamente che il locale adibito a tale scopo sia sovrastato da un edificio da "proteggere".

In questo senso, l'art. 75 del regolamento edilizio del Comune resistente, da quest'ultimo richiamato specificamente nel provvedimento in questa sede impugnato prevede che << tutti gli edifici >> nonché i << locali al piano terra devono essere impostati su vespaio ventilato di almeno cm 30 >>.

Ecco allora che, avendo parte ricorrente specificamente chiesto la sanatoria di una costruzione priva di titolo abilitativo, qualificando la stessa in modo del tutto incompatibile rispetto alle caratteristiche che questa presentava al momento della presentazione dell'istanza e della successiva adozione dell'ordine di demolizione, correttamente il Comune ha emesso i provvedimenti impugnati.

Per contro, a nulla rileva il fatto che, in forza della normativa vigente all'attualità, le opere in questa sede in contestazione sarebbero da considerare attività libera: infatti, secondo l'insegnamento pacifico in giurisprudenza, << la legittimità del provvedimento amministrativo finale deve essere accertata con riferimento alla normativa vigente al momento della sua adozione, in ossequio al principio "*tempus regit actum*" >> (Cons. Stato sez. V, 09/05/2018, n.2790).

2.2. Sul secondo motivo: violazione di legge (art. 93, l. r. 27.6.1985, n. 61); eccesso di potere per difetto di presupposto, di istruttoria e di motivazione.

Come già accennato, secondo parte ricorrente difetterebbero i presupposti che legittimano la sanzione della demolizione in quanto, essendo l'ordinanza impugnata stata emessa ai sensi dell'art. 93, l. r. 27.6.1985, n. 61, per parziale difformità dalla concessione edilizia, avrebbero dovuto essere accertate, da un lato, l'insussistenza del contrasto dell'interrato esterno con la disciplina edilizia ed urbanistica vigente (laddove l'ordinanza si era limitata a richiamare genericamente la zona "Ea2" e i vincoli di tutela paesaggistica e le leggi urbanistiche vigenti), e, dall'altro lato, le conseguenze che dalla demolizione potrebbero derivare alle altre opere legittimamente realizzate.

Al riguardo, i ricorrenti hanno sottolineato che << le opere fanno parte di un unico assetto territoriale, tra l'altro collinare, il che comporta che gli interventi di demolizione sotterranei si ripercuotono su tutta l'area circostante, con conseguenze anche su quanto realizzato conformemente alla concessione rilasciata >>.

Il motivo non è fondato.

Ai sensi dell'art. 93, l. r. 27.6.1985, n. 61 << le opere conseguenti a interventi in parziale difformità dalla concessione o dalla relativa istanza, ove essa sia stata tacitamente assentita, ovvero quelle conseguenti a interventi di ristrutturazione edilizia anche in assenza di concessione o della relativa istanza o in totale difformità o con variazioni essenziali dalla stessa, quando siano in contrasto con la disciplina urbanistica vigente, e adottata, per la parte difforme sono demolite ovvero rimosse in modo da rendere gli edifici conformi alle prescrizioni degli strumenti urbanistico - edilizi a cura e spese dei responsabili dell'abuso, oppure, nel caso in cui ciò non possa essere fatto senza pregiudizio della parte conforme, sono soggette a una sanzione amministrativa pari al doppio del costo di produzione della parte realizzata in difformità, determinato ai sensi della L. 27 luglio 1978, n. 392, se a uso residenziale, e pari al doppio del valore venale, determinato dall'Ufficio Provinciale per la Pianificazione e la Gestione del Territorio e, fino alla sua entrata in funzione, dall'Ufficio Tecnico Erariale per le opere adibite a usi diversi da quello residenziale >>.

Come detto, l'interrato per il quale è causa, in quanto "nuova costruzione", nel momento in cui è stato realizzato avrebbe richiesto il rilascio di un permesso a costruire.

Correttamente, quindi, è stata negata la sanatoria e disposta la demolizione dell'immobile *de quo* non essendo la costruzione in questione qualificabile come "vespaio" e, quindi, non essendo conforme alla disciplina edilizia vigente, in particolare con riferimento all'art. 75 del Regolamento edilizio del Comune resistente.

Per quanto concerne, poi, il problema dell'eseguibilità o meno della demolizione, è principio pacifico in giurisprudenza quello secondo il quale <<ai fini della legittimità dell'ordine di demolizione, che essendo finalizzato a ripristinare la legalità violata, costituisce il contenuto che, in via ordinaria, è tenuto ad assumere l'atto repressivo dell'illecito, l'amministrazione è tenuta al solo accertamento che l'opera sia abusiva, posto che ulteriori adempimenti, relativi all'eseguibilità dell'ordine "senza pregiudizio per la parte conforme" richiederebbero sopralluoghi ed accertamenti incompatibili con lo stesso principio di buon andamento dell'azione amministrativa; ne consegue che la parte pubblica non può essere onerata di verifiche tecniche, anche complesse, da effettuarsi d'ufficio in una fase anteriore all'emissione dell'ordine di demolizione>> (T.A.R. Puglia, sez. III, 04/06/2018, n. 936; T.A.R. Lazio, sez. I, 10/01/2014, n. 316).

Inoltre, è onere del privato che intende evitare la demolizione dimostrare l'ineseguibilità della demolizione senza pregiudizio per la parte conforme: tale onere nel caso di specie non è stato comunque adeguatamente assolto da parte ricorrente.

2.3. In ordine ai motivi aggiunti.

Come accennato, parte ricorrente ha impugnato, mediante ricorso per motivi aggiunti, nell'ambito del presente procedimento, sia la comunicazione, ex art. 10 bis, l. n. 241 del 1990, prot. n. 23606041 del 17.6.2005, recante i motivi ostativi all'accertamento di compatibilità paesaggistica richiesto da ricorrenti medesimi, sia il provvedimento conclusivo di rigetto prot. n. 29030 del 21.7.2005, entrambi emessi dal Comune di Montecchio Maggiore.

Al riguardo, è opportuno trattare in modo unitario le doglianze dedotte da parte ricorrente.

Secondo i ricorrenti, i provvedimenti di rigetto del Comune sono censurabili atteso che il vincolo paesaggistico imposto dal P.R.G. vigente, ancorchè non imposto ai sensi del d.lgs. n. 42 del 2004, non escluderebbe la sanatoria di cui alla l. n. 308 del 2004 e che, in base al d.lgs. n. 42 del 2004, i beni ricompresi nei piani paesistici sarebbero soggetti a vincolo paesaggistico e nella Regione Veneto era stato emanato il Piano Territoriale Regionale di Coordinamento (PTRC), in applicazione della l. n. 431 del 1985.

I motivi aggiunti non possono essere accolti.

Preliminarmente, occorre precisare che parte ricorrente ha presentato un'istanza di accertamento ai sensi dell'art. 1, comma 37, l. n. 308 del 2004, in forza del quale <<per i lavori compiuti su beni paesaggistici entro e non oltre il 30 settembre 2004 senza la prescritta autorizzazione o in difformità da essa, l'accertamento di compatibilità paesaggistica dei lavori effettivamente eseguiti, anche rispetto all'autorizzazione eventualmente rilasciata, comporta l'estinzione del reato di cui all'articolo 181 del decreto legislativo n. 42 del 2004, e di ogni altro reato in materia paesaggistica...>>.

Come accennato, il Comune ha respinto l'istanza sostenendo sostanzialmente che sul bene non graverebbero dei vincoli paesaggistici ai sensi del d.lgs. n. 42 del 2004 o comunque di natura paesistica.

In questo senso, quindi, risulta evidente come l'impugnazione dei provvedimenti qui in contestazione non sia assistita da un interesse concreto ed attuale a ricorrere.

Va rammentato, infatti, che il c.d. minicondono previsto dalla l. n. 308 del 2004 non ha effetto con riguardo alle sanzioni amministrative, compresa quella demolitoria, ma ha rilievo solo ai fini di estinzione del reato penale.

Infatti, il procedimento di cui all'art. 1, comma 37, l. 15 dicembre 2004 n. 308 è espressamente finalizzato all'estinzione <<del reato di cui all'art. 181 d.lg. n. 42 del 2004, e di ogni altro reato in materia paesaggistica>>. La misura costituisce, quindi, uno strumento di estrema salvaguardia per i responsabili dell'abuso, i quali per suo tramite possono essere sollevati dalle conseguenze di carattere

penale a prescindere dal provvedimento autorizzatorio (in questo senso, Cons. Stato, sez. VI, 31/01/2011, n.707)

In altre parole, non sussiste alcun interesse giuridicamente rilevante sotteso all'accoglimento dell'istanza di "minicondono" e, quindi, anche del ricorso per motivi aggiunti, da un lato, perché tale sanatoria, anche qualora fosse accoglibile, non avrebbe alcun effetto sull'ordine di demolizione impugnato con il ricorso originario e, dall'altro lato, in quanto non sono state dedotte specifiche circostanze che facciano ritenere sussistente un interesse attuale e concreto all'accoglimento dell'istanza a fini penali.

Pertanto, il ricorso per motivi aggiunti deve essere dichiarato inammissibile.

Da ultimo mette conto evidenziare l'irrelevanza, ai fini della presente decisione, della presentazione di un'istanza dei privati volta alla realizzazione di un volume sopra l'interrato per cui è causa, sulla base del cd. piano casa.

3. Attesa la peculiarità della fattispecie in esame le spese del presente giudizio devono essere integralmente compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- 1) rigetta il ricorso principale;
- 2) dichiara inammissibile il ricorso per motivi aggiunti;
- 3) compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 22 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Pietro De Berardinis, Presidente

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Referendario

Paolo Nasini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Paolo Nasini

IL PRESIDENTE

Pietro De Berardinis

IL SEGRETARIO