

Pubblicato il 01/07/2020

Sent. n. 1268/2020

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1852 del 2016, proposto da
[omissis], in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Francesco Basile, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via dei Bossi, 4;
contro
Comune di Macherio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Larga, 23;
nei confronti
[omissis] non costituito in giudizio;
per l'annullamento
del diniego definitivo di istanza di sanatoria edilizia adottato dal Responsabile dello Sportello Unico per l'Edilizia del Comune di Macherio in data [omissis], prot. n. [omissis], e dell'ordinanza di demolizione n. [omissis] del [omissis], prot. n. [omissis], con cui viene disposta la rimessione in pristino dello stato dei luoghi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2020 la dott.ssa Silvana Bini tenutasi senza discussione orale mediante collegamento da remoto in videoconferenza, attraverso la piattaforma in uso presso la Giustizia amministrativa, secondo quanto disposto dall'art. 84, commi 5 e 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (conv. legge n. 27/2020) e dal decreto del Presidente del T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano n. 6/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

[omissis] è proprietaria di un immobile nel Comune di Macherio, in via [omissis], denominato [omissis], nel quale ha sede il [omissis].

Ai sensi del vigente PGT tale immobile è ubicato in zona RC1 ed è assoggettato alla normativa e alle previsioni del Piano Particolareggiato di iniziativa pubblica denominato P.P.2, ambito n. 4.4.

A fronte di una segnalazione da parte di un consigliere comunale, che faceva presente l'esistenza di "un grave abuso edilizio ed altre difformità" sull'immobile de quo, un agente di polizia locale e due tecnici comunali effettuavano in data [omissis] un sopralluogo, accertando che era stato creato un

nuovo locale vicino alla preesistente cucina. Il locale era stato realizzato grazie alla chiusura su tre lati di un preesistente porticato sorretto da pali in legno con lastre in eternit; in particolare, risultava piastrellato, dotato di illuminazione e di convettore gas per il riscaldamento, lungo 8,70 m e largo 5,00 m, e all'interno venivano rinvenuti 8 tavoli, 37 sedie e 2 appendiabiti. All'esterno era presente un grosso barbecue alimentato a gas, mentre, nel muro confinante posto a nord, venivano rinvenute numerose viti e tasselli.

[omissis] proprietaria dell'immobile dichiarava che l'anzidetto nuovo locale veniva utilizzato dai soci del [omissis] per pranzi e cene.

Il giorno successivo allo svolgimento del sopralluogo, il 15.3.2016, [omissis] presentava istanza di permesso di costruire in sanatoria per aver realizzato i seguenti lavori senza titolo: sostituzione del manto di copertura con lamiera, realizzazione di tre pilastri in muratura su muro esistente, nuova pavimentazione in ceramica, nuovo controsoffitto in pannelli di cartongesso, due nuove porte a lamelle, nuove chiusure luci con tende in pvc trasparenti e nuovo scivolo di accesso con parapetto in tubolare.

Veniva chiesta, con nota del [omissis], un'integrazione documentale, alla quale [omissis] dava riscontro il [omissis].

Con nota prot. n. [omissis], il Responsabile dello Sportello Unico per l'Edilizia, preso atto dell'istruttoria, comunicava alla Cooperativa i motivi ostativi al rilascio del permesso di costruire in sanatoria. Riteneva il funzionario suddetto che l'intervento dovesse essere qualificato come ristrutturazione con cambio di destinazione d'uso dell'immobile, essendo stato trasformato un portico in una sala di ristorazione. Da ciò discendeva il contrasto con la normativa tecnica di PRG vigente alla data dell'abuso, che ammetteva e consentiva, in assenza di piano attuativo, gli interventi di cui alle lettere a), b), c) e d) dell'art. 31 della l. 457/1978 purché non si realizzasse il cambio di destinazione d'uso.

Nel preavviso di rigetto si segnalava anche che l'immobile era inserito nel piano particolareggiato P.P.2 per cui, in base alla disciplina delle NTA, non poteva superare una potenzialità edificatoria con destinazione artigianale e terziaria superiore a 105 mq, soglia che, nel caso di specie, era già stata abbondantemente superata.

[omissis] controdeduceva, con nota del [omissis], contestando l'inquadramento dell'Amministrazione e sostenendo che l'intervento dovesse configurarsi non come ristrutturazione edilizia ma come semplice risanamento conservativo, non essendo stato neppure operato il mutamento della destinazione d'uso dello spazio sottostante l'ex tettoia, per cui tutti gli interventi potevano essere legittimamente eseguiti.

Con provvedimento prot. n. [omissis], l'Amministrazione comunale, pur dichiarando potere *"ritenersi superati taluni motivi che ostavano all'accoglimento della domanda"*, comunicava il diniego definitivo, ribadendo che gli interventi configuravano lavori di ristrutturazione edilizia.

Con ordinanza n. [omissis] il Comune imponeva alla [omissis] il ripristino dello stato dei luoghi entro 90 giorni dalla notifica di detto provvedimento.

Avverso il diniego di sanatoria e l'ordinanza n. [omissis] [omissis] hanno proposto il presente ricorso, notificato in data 28.7.2016 e depositato il 3.8.2016, articolando le seguenti censure:

1) Violazione dell'art. 3, comma 1, lett. c) e d) del D.P.R. n. 380 del 2001 e dell'art. 27, comma 1, lett. c) e d) della L.R. della Lombardia n. 12 del 2005 sotto il profilo della inesatta qualificazione dell'intervento edilizio oggetto di sanatoria. Eccesso di potere nelle sue diverse figure sintomatiche. Difetto di motivazione e di istruttoria.

Secondo i ricorrenti il rigetto della domanda di sanatoria è motivato sull'assunto che i lavori effettuati siano riconducibili alla categoria della ristrutturazione edilizia, ai sensi dell'art. 3 lett. d) del D.P.R. n. 380 del 2001 e dell'art. 27, lett. d) della L.R. n. 12/2005. Questo rimane l'unico motivo di rigetto, dal momento che nel provvedimento di diniego viene affermato che *"per le motivazioni e dichiarazioni indicate nella documentazione integrativa, possono ritenersi superati taluni motivi che ostavano all'accoglimento della domanda"*. Secondo la tesi di parte ricorrente il Comune erra nella qualificazione giuridica dell'intervento, trattandosi di opere di restauro e risanamento conservativo,

dal momento che è stato interessato solo il portico, adibito da sempre ad attività socio culturale, mentre l'immobile principale è inalterato. Il portico avrebbe comunque mantenuto la medesima consistenza originaria, sia per il volume sia per la superficie, senza modificare neppure la destinazione d'uso. Viene esclusa la possibilità di parlare di ristrutturazione, non essendo in presenza di un organismo edilizio in tutto o in parte nuovo e diverso dal precedente. In ogni caso, sostengono ancora i ricorrenti, anche qualificando l'intervento come ristrutturazione edilizia, non si tratterebbe di una ristrutturazione pesante, come tale soggetta al permesso di costruire, ma ristrutturazione leggera, di cui all'art. 3 primo comma T.U. Edilizia.

2) Violazione dell'art. 36 del D.P.R. n. 380 del 2001 sotto il profilo della mancanza dei presupposti per il diniego del rilascio del provvedimento di sanatoria (accertamento di conformità). Eccesso di potere nelle sue diverse figure sintomatiche: perplessità dell'atto. Difetto di motivazione.

Come emerge dalla ricostruzione dei fatti, il diniego si fonda sulla sola qualificazione dell'intervento come ristrutturazione edilizia, senza che vengano rappresentate le ragioni urbanistiche del rigetto della sanatoria. Infatti nel provvedimento l'Amministrazione, pur ritenendo superati taluni motivi che ostavano all'accoglimento della domanda di sanatoria, comunicava il diniego definitivo, ribadendo che gli interventi configuravano lavori di ristrutturazione edilizia. Se ne deve dedurre, secondo i ricorrenti, che le ragioni di natura urbanistica di rigetto rappresentate nel preavviso non "sorreggono" più il diniego, avendo l'Amministrazione accolto le controdeduzioni sul punto presentate dalla proprietà. Rappresenta la ricorrente che il portico è già stato oggetto di condono, ma questo dato non impedisce la possibilità di una sanatoria.

3) Illegittimità dell'ordinanza sanzionatoria n. [omissis] per violazione dell'art. 33 D.P.R. 380/2001 e per difetto dei presupposti per l'applicazione della relativa sanzione demolitoria.

L'ordinanza è illegittima stante la mancanza dei presupposti per ordinare la riduzione in pristino, non trattandosi di ristrutturazione pesante.

4) Illegittimità derivata dell'ordinanza sanzionatoria n. 26/2016.

L'ordinanza sanzionatoria è illegittima, anche perché emanata quale conseguenza del diniego di sanatoria.

Si è costituito in giudizio il Comune di Macherio chiedendo il rigetto del ricorso.

Le parti hanno depositato documenti e memorie nei termini dell'art. 73 c.p.a.

Tra i documenti anche la relazione del sopralluogo compiuto il 23.10.2019, da cui emerge che l'ordinanza non era stata ottemperata.

Rispettivamente in data 4.6.2020 e 9.6.2020 la difesa del Comune e la difesa dei ricorrenti hanno depositato note di udienza.

All'udienza del 9 giugno 2020, tenutasi senza discussione orale e mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, commi 5 e 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (conv. legge n. 27/2020), attraverso la piattaforma in uso presso la Giustizia amministrativa, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1) In via preliminare il Collegio ritiene di non poter prendere in considerazione le note di udienza prodotte dai ricorrenti in data 9.6.2020, non essendo stata depositata istanza di discussione del ricorso, ai sensi dell'art. 4 d.l. 28/2020.

Il ricorso è soggetto alla disciplina dell'art. 84 comma V del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (convertito con legge n. 27/2020) che prevede la facoltà di depositare brevi note due giorni liberi prima dell'udienza, come ha fatto la difesa del Comune.

Come evidenziato nelle relative "linee guida" sull'applicazione dell'art. 4 suddetto del Presidente del Consiglio di Stato del 25.5.2020, trattandosi di due riti distinti va esclusa ogni ibridazione, per cui se nessuna delle parti ha chiesto la discussione orale si applica esclusivamente l'art. 84 comma 5 sopra citato, con termine fino a due giorni liberi prima dell'udienza per il deposito di brevi note.

2) Il primo motivo di ricorso verte sulla qualificazione dell'intervento, che consiste nella chiusura su tre lati di un preesistente porticato, sorretto da pali in legno, con nuova pavimentazione e installazione di un impianto di riscaldamento.

Ad avviso del Collegio l'intervento non può che essere ricondotto nella nozione di ristrutturazione edilizia, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lettera d), del D.P.R. n. 380/2001 e dell'art. 27 della L.R. n. 12/2005, che ricomprendono tutti gli interventi "rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente".

A seguito delle nuove opere è stato creato un locale, trasformando la preesistente tettoia, che da semplice pertinenza ora diviene un organismo edilizio completamente diverso dal precedente, anche per quanto attiene alla destinazione.

Non può essere condivisa la tesi dei ricorrenti, secondo cui la realizzazione di una nuova sala di ristorazione non avrebbe determinato la nascita di un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente, in quanto il predetto portico avrebbe mantenuto inalterata la sua natura pertinenziale e la sua destinazione d'uso, e non sarebbe cambiato il carico urbanistico dello stabile.

A seguito del nuovo manufatto, in realtà, è stata modificata la tipologia e la struttura dell'edificio originario. Infatti dall'intervento è scaturito un organismo edilizio diverso dal precedente, con la creazione di un locale chiuso sui 4 lati, un nuovo volume, con una nuova destinazione, in ampliamento al fabbricato a cui accede.

La giurisprudenza afferma che anche solo con l'installazione di pannelli in vetro atti a chiudere integralmente un porticato si determina la realizzazione di un nuovo locale autonomamente utilizzabile, con conseguente incremento della preesistente volumetria, e ciò vale anche nell'ipotesi in cui le vetrate siano facilmente amovibili e siano destinate a chiudere il manufatto solo per un determinato periodo nell'arco dell'anno (v., tra le altre, TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 24.2.2020, n. 837).

Pertanto l'opera appare riconducibile ad un intervento di ristrutturazione "pesante", dal momento che è stato creato un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente, con variazione della volumetria, come previsto dall'art. 10, comma 1, lett. c), d.P.R. 380/2001, mentre per la ristrutturazione edilizia "leggera" l'organismo edilizio interessato dalle opere rimane identico al precedente, senza aumento di unità immobiliari, modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti o delle superfici.

Gli stessi ricorrenti hanno presentato una richiesta di permesso di costruire in sanatoria, necessaria per assentire interventi di ristrutturazione pesante, a differenza degli interventi di ristrutturazione leggera, per i quali è sufficiente la SCIA.

Il primo motivo va quindi respinto.

3) Nella seconda censura si lamenta la violazione dell'art. 36 D.P.R. 380/2001 sotto il profilo della mancanza dei presupposti per il diniego del rilascio del provvedimento di sanatoria, nonché l'eccesso di potere nelle sue diverse figure sintomatiche, in quanto nel provvedimento non sarebbero state rappresentate le ragioni di rigetto della domanda di sanatoria.

Infatti, secondo gli esponenti, la sola qualificazione dell'intervento come ristrutturazione edilizia non sarebbe una ragione di per sé sufficiente per respingere la domanda di sanatoria.

Evidenziano in particolare come nel preavviso di diniego siano riportati i motivi ostativi di natura urbanistica al rilascio del permesso di costruire in sanatoria (il cambio di destinazione d'uso dell'immobile in contrasto con la normativa del PRG vigente, nonché il fatto che l'immobile ricadesse all'interno del piano particolareggiato denominato P.P.2 la cui normativa prevedeva espressamente che i fabbricati ricompresi nell'ambito 4.4. non potevano avere una potenzialità edificatoria con destinazione artigianale e terziaria superiore a 105 mq, limite superato invece dalla [omissis]).

Nel provvedimento definitivo detti motivi sembrerebbero ritenuti "superati" per cui l'unica ragione di rigetto rimane il fatto che si tratta di lavori di ristrutturazione edilizia.

La censura è fondata.

Dal raffronto del preavviso di rigetto con il provvedimento definitivo emerge che l'unico motivo di rigetto espressamente indicato è la natura dell'intervento, ma non vengono richiamate le ragioni di natura urbanistica che ostano all'accoglimento della domanda. Infatti, la sanatoria presuppone la c.d. doppia conformità, cioè la non contrarietà del manufatto abusivo alla disciplina urbanistica vigente sia al momento della sua realizzazione sia al momento della presentazione dell'istanza di sanatoria.

Nel caso in esame, l'Amministrazione ha indicato nel preavviso di diniego le ragioni di contrasto alle prescrizioni urbanistico-edilizie, ma poi nell'atto conclusivo – dopo le osservazioni della proprietaria – ha dichiarato che tali ragioni erano superate, quanto meno in parte (“... *superati taluni motivi* ...”), e non ha fatto altro che richiamare la tipologia dell'intervento edilizio realizzato, ovvero la ristrutturazione edilizia ex art. 3, comma 1, lettera d), del D.P.R. n. 380/2001.

Da ciò discende l'infondatezza della tesi della difesa comunale, secondo cui la motivazione sarebbe rinvenibile nel provvedimento di diniego, in quanto lo stesso richiama tutti gli atti istruttori compiuti dal Comune (le relazioni n. 2838/2016 e 3227/2016). Infatti se è pacifico che la motivazione per relationem è ammessa dall'art. 3, comma 3, della L. 241/90 e si intende soddisfatta con il rinvio agli atti istruttori espressamente richiamati, è però innegabile che nel caso in esame l'Amministrazione abbia ritenuto di non richiamare le ragioni urbanistiche di diniego, ritenendole “superate”, almeno in parte, e non chiarendo quali fossero gli eventuali motivi ostativi “residuali”, o comunque impedendo una inequivocabile ricostruzione delle ragioni sottostanti alla decisione finale.

Non può dunque trovare applicazione, come richiesto dalla difesa del Comune, il principio secondo cui “... *nel processo amministrativo l'integrazione in sede giudiziale della motivazione dell'atto amministrativo è ammissibile soltanto se effettuata mediante gli atti del procedimento – nella misura in cui i documenti dell'istruttoria offrano elementi sufficienti ed univoci dai quali possano ricostruirsi le concrete ragioni della determinazione assunta ...*” (Cons. Stato, Sez. VI, 2.1.2020, n. 28), perché nel provvedimento finale l'Amministrazione non si limita a non richiamare il motivo del diniego, (omissione che potrebbe essere sanata con il rinvio agli atti istruttori), ma anzi ritiene che, in base alle deduzioni della proprietà, siano “... *superati taluni motivi* ...”, e non chiarisce quali ragioni ostantive eventualmente sopravvivano.

Pertanto, come ha correttamente evidenziato la difesa dei ricorrenti, rimane il difetto di motivazione relativamente ai profili di natura urbanistico/edilizia che precludono l'accoglimento della domanda di accertamento di conformità.

Da ciò deriva la fondatezza del motivo e il conseguente annullamento del diniego definitivo di istanza di sanatoria edilizia adottato dal Responsabile dello Sportello Unico per l'Edilizia del Comune di Macherio in data [omissis], prot. n. [omissis], salve naturalmente le ulteriori determinazioni dell'Amministrazione.

4) Dall'annullamento del provvedimento di diniego dell'istanza di permesso di costruire in sanatoria discende anche l'illegittimità derivata della successiva ordinanza di demolizione, poiché quest'ultima è stata motivata dall'amministrazione richiamando il diniego di sanatoria, il cui annullamento fa venir meno il presupposto logico-giuridico che sorreggeva l'ordinanza stessa, a fronte della riedizione del potere da parte dell'Amministrazione, chiamata a questo punto a riprovvvedere sull'istanza di accertamento di conformità.

5) In conclusione il ricorso deve essere accolto con annullamento degli atti impugnati.

Le spese di giudizio possono essere compensate in considerazione della peculiarità fattuale della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso nei limiti di cui in motivazione e per l'effetto annulla il diniego definitivo di istanza di sanatoria edilizia adottato dal Responsabile dello Sportello Unico per l'Edilizia del Comune di Macherio in data [omissis], prot. n.

[omissis] e l'ordinanza di demolizione n. [omissis], salve le ulteriori determinazioni dell'Amministrazione.

Spese compensate, ma con rifusione del contributo unificato a carico del Comune di Macherio.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2020 tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza per mezzo della piattaforma in uso presso la Giustizia amministrativa, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (conv. legge 24 aprile 2020, n. 27) e dal decreto n. 6/2020 del Presidente del T.A.R. per la Lombardia, con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Silvana Bini, Consigliere, Estensore

Laura Patelli, Referendario

L'ESTENSORE

Silvana Bini

IL PRESIDENTE

Italo Caso

IL SEGRETARIO