



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 332 del 2020, proposto da ORIANA CARRARA, rappresentata e difesa dagli avv. Lara Bonoldi e Roberto Romagnano, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia, e domicilio fisico presso l'avv. Maria Francesca Tropea in Brescia, via Crispi 3;

contro

COMUNE DI ALBINO, rappresentato e difeso dall'avv. Fulvia Colleoni, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia;

nei confronti

SALVATORE CARRARA, rappresentato e difeso dall'avv. Alberto Nevola, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia;

per l'accertamento

- dell'illegittimità del silenzio mantenuto dal Comune sulla diffida notificata il 26 marzo 2019, e reiterata il 9 dicembre 2019, finalizzata a far accertare l'inottemperanza del controinteressato all'ordinanza di demolizione n. 77 di data

13 dicembre 2018, relativamente a una tettoia e a un ripostiglio situati sull'area di proprietà;

- dell'obbligo gravante in capo al Comune di provvedere sulla predetta diffida attraverso l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 31 commi 3 e 4 del DPR 6 giugno 2001 n. 380;

- dell'illegittimità del silenzio mantenuto dal Comune sull'istanza di data 9 dicembre 2019, finalizzata a ottenere l'inibizione della CILA presentata dal controinteressato il 17 luglio 2019;

- dell'obbligo gravante in capo al Comune di provvedere sulla predetta istanza attraverso l'adozione di un ordine di demolizione;

- della nullità del provvedimento del responsabile del Servizio Edilizia Privata di data 18 novembre 2019, con il quale è stata acquisita la CILA del 17 luglio 2019, integrata il 7 novembre 2019, ed è stata prescritta la distanza minima di 5 cm tra i pannelli fotovoltaici;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Albino e di Salvatore Carrara;

Visti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2020 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente è proprietaria di un edificio residenziale con giardino pertinenziale, situato nel Comune di Albino, in via Monte Cura. L'area confinante è di proprietà

del controinteressato, che nel 2001 ha realizzato a sua volta un edificio residenziale.

2. Per reperire la volumetria necessaria, il controinteressato si era impegnato a demolire alcuni fabbricati accessori presenti sull'area. La costruzione dell'edificio residenziale ha poi esaurito completamente la capacità edificatoria del fondo.

3. In realtà, il controinteressato non ha demolito tutti i fabbricati accessori, in quanto ha mantenuto integri una tettoia e un ripostiglio, che sono così divenuti abusivi per superamento della volumetria disponibile. In relazione a questi manufatti, il controinteressato ha ottenuto dal Comune dapprima il condono edilizio (8 febbraio 2007) e poi un titolo edilizio per la demolizione e ricostruzione (21 marzo 2011). La ricorrente ha impugnato entrambi i provvedimenti. Il TAR Brescia, con sentenza n. 985 del 5 settembre 2014, ha respinto il ricorso, ma in appello il Consiglio di Stato lo ha accolto, con sentenza n. 1518 del 9 marzo 2018, annullando i suddetti provvedimenti.

4. Su questo presupposto, il responsabile del Servizio Edilizia Privata, con ordinanza n. 77 di data 13 dicembre 2018, notificata il giorno dopo, ha ingiunto la demolizione, nel termine di 90 giorni, della tettoia e del ripostiglio ricostruiti.

5. In data 10 aprile 2019, secondo la prospettazione della ricorrente (v. fotografie – doc. 9 e 10), il controinteressato ha iniziato la demolizione dei manufatti, lasciando però intatte alcune strutture. Nel verbale di sopralluogo dei tecnici comunali di data 15 aprile 2019 si riferisce che *“per quanto concerne la tettoia [...] rimangono eretti n. 4 pilastri e n. 2 travi in legno lamellare nella parte esposta ad est e n. 3 pilastri e n. 1 trave in legno lamellare nella parte esposta ad ovest; per quanto concerne il ripostiglio [...] rimangono eretti n. 3 pilastri in legno lamellare nella parte esposta ad est e n. 1 pilastro in legno lamellare nella parte esposta ad ovest”*.

6. Prima di iniziare la demolizione, il controinteressato aveva chiesto, in data 27 febbraio 2019, il rilascio di un permesso di costruire. La domanda aveva un duplice

obiettivo: (a) trasformare la tettoia, ai sensi dell'art. 48 del regolamento edilizio, in un pergolato destinato a ospitare pannelli fotovoltaici; (b) ricondurre il ripostiglio nei limiti di superficie dei depositi di attrezzi agricoli, ai sensi dell'art. 40 delle NTA della variante al PGT in corso di approvazione. Il Comune, con provvedimento del responsabile del Servizio Edilizia Privata di data 18 aprile 2019, ha respinto la domanda, in quanto la nuova disciplina urbanistica non era ancora entrata in vigore (la pubblicazione sul BURL è intervenuta solo in data 10 luglio 2019).

7. Con CILA depositata il 17 luglio 2019, più volte integrata fino al 7 novembre 2019, il controinteressato ha chiesto l'assenso per i medesimi interventi edilizi oggetto della domanda di permesso di costruire del 27 febbraio 2019.

8. In questo caso, l'assenso del Comune è arrivato mediante provvedimento del responsabile del Servizio Edilizia Privata di data 18 novembre 2019, con il quale è stata acquisita la CILA, ed è stata prescritta la distanza minima di 5 cm tra i pannelli fotovoltaici.

9. La ricorrente, con diffida notificata il 26 marzo 2019, ha invitato il Comune ad accertare l'inottemperanza del controinteressato all'ordine di demolizione del 13 dicembre 2018, con tutte le conseguenze di legge, tra cui l'acquisizione del sedime al patrimonio comunale. Reiterando la diffida in data 9 dicembre 2019, la ricorrente ha chiesto inoltre l'inibizione della CILA.

10. Il Comune, con note del responsabile del Servizio Edilizia Privata di data 6 dicembre 2019 e 8 gennaio 2020, ha escluso che si fosse verificato l'effetto acquisitivo della proprietà.

11. Poiché il Comune non ha eseguito quanto richiesto nelle suddette diffide, la ricorrente ha proposto il presente giudizio contro il silenzio. Oltre all'accertamento dell'obbligo del Comune di procedere come indicato nelle diffide, è stata chiesta la dichiarazione di nullità del provvedimento di assenso alla CILA del 18 novembre 2019.

12. Gli argomenti del ricorso sono così sintetizzabili: (i) illegittimità della CILA e dei relativi lavori, in quanto riguardanti un immobile che dal 14 marzo 2019 sarebbe passato *ex lege* nel patrimonio comunale; (ii) violazione del principio di correttezza, in quanto l'inerzia dell'amministrazione, protratta nonostante i solleciti della ricorrente, avrebbe permesso una sostanziale elusione del giudicato; (iii) violazione dell'art. 48 del regolamento edilizio, che non consentirebbe di qualificare come pergolato la tettoia in esame, massiccia e coperta di pannelli fotovoltaici; (iv) violazione dell'art. 40 delle NTA, che non ammette nuovi depositi quando già esistano altri fabbricati con la medesima funzione, e comunque prevede una copertura in zona A1 (*Aree Rurali*) pari allo 0,5% della superficie del lotto (il terreno del controinteressato in zona A1 è di 1.061,90 mq, e dunque consente una superficie coperta pari a soli 5,30 mq, a fronte dei 9,11 mq del ripostiglio edificato).

13. Il Comune e il controinteressato si sono costituiti in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

14. Sulle questioni rilevanti ai fini della decisione si possono svolgere le seguenti considerazioni.

Sul silenzio dell'amministrazione

15. Il presente giudizio è formalmente rivolto contro il silenzio del Comune, secondo lo schema descritto nell'art. 19 comma 6-ter della legge 7 agosto 1990 n. 241, che non concede azione diretta contro i titoli edilizi formati mediante segnalazioni o comunicazioni dei privati, e impone invece di sollecitare le verifiche dell'amministrazione, e di avvalersi poi del rimedio contro l'inerzia di quest'ultima. È però evidente che non vi è inerzia quando l'amministrazione, senza omettere il controllo sulle vicende edificatorie, si astenga dall'adottare misure repressive perché non condivide le censure formulate dai terzi asseritamente danneggiati dall'attività edificatoria.

16. Questo è appunto il caso in esame, dove non si osserva alcuna inerzia da parte del Comune nel dare esecuzione alla sentenza n. 1518/2018, e neppure successivamente nel controllo dell'attività edificatoria del controinteressato. Le diffide della ricorrente espongono una tesi giuridica, a cui l'amministrazione contrappone una tesi diversa. Si è verificata una normale divergenza di valutazioni al termine di un complesso procedimento amministrativo. Coerentemente, quindi, non sono state adottate misure ulteriori rispetto all'acquisizione della CILA in data 18 novembre 2019, e alle note di precisazioni di data 6 dicembre 2019 e 8 gennaio 2020.

17. Ne consegue che il presente ricorso è sostanzialmente impugnatorio rispetto ai provvedimenti del Comune che contengono la qualificazione ufficiale delle opere realizzate dal controinteressato. Essendo la causa già matura per la decisione, non è comunque necessario disporre la conversione del rito.

Sul giudicato relativo al condono edilizio

18. Nel merito, non è condivisibile la tesi della ricorrente, secondo cui la sentenza n. 1518/2018, conformando l'attività amministrativa, non solo avrebbe imposto la demolizione della tettoia e del ripostiglio ma ne avrebbe anche vietato la ricostruzione. In realtà, la sentenza ha deciso su una particolare qualificazione delle suddette opere, ossia quella di abusi condonabili ai sensi dell'art. 32 comma 25 del DL 30 settembre 2003 n. 269 e dell'art. 2 della LR 3 novembre 2004 n. 31. L'applicabilità della sanatoria è stata esclusa, in quanto le opere abusive sono state considerate vere e proprie costruzioni, e non pertinenze prive di funzionalità autonoma. Il giudicato si è formato sotto questo profilo.

19. L'evoluzione della vicenda in sede amministrativa ha messo in rilievo una diversa qualificazione giuridica della tettoia e del ripostiglio, ossia quella di opere prima demolite e poi ricostruite sulla base del regime di favore previsto per i pergolati (art. 48 del regolamento edilizio) e per i depositi di attrezzi agricoli nelle

aree rurali (art. 40 delle NTA). Si tratta di una fattispecie nuova, che non ha punti di contatto con quella esaminata in passato, se non per la persistenza dell'interesse del controinteressato a disporre di manufatti con determinate caratteristiche.

Sulla demolizione dei manufatti abusivi

20. Per quanto riguarda l'ordine di demolizione del 13 dicembre 2018, la descrizione riportata nel verbale dei tecnici comunali del 15 aprile 2019 consente di ritenere che vi sia stata ottemperanza. Il mantenimento di alcuni pilastri e di qualche trave non è qualificabile come demolizione parziale, e tantomeno come demolizione apparente. Si tratta invece di una facoltà rimessa al proprietario, il quale, una volta reso chiaramente inservibile il manufatto esistente, può riutilizzarne i materiali per successive edificazioni, eventualmente lasciando al loro posto alcuni elementi che dovrebbero comunque essere riposizionati in modo identico. L'interesse pubblico alla rimozione delle opere abusive è soddisfatto quando tali opere siano state del tutto private della loro funzionalità e riconoscibilità, per sottrazione di elementi essenziali. Non è necessario, né conforme al principio di proporzionalità, che l'autore dell'abuso subisca un aggravio ulteriore, consistente nella radicale inutilizzabilità dei materiali del vecchio manufatto, qualora sia permesso ricostruire l'opera abusiva.

21. La tempistica della demolizione non evidenzia in alcun modo la volontà del controinteressato di eludere l'ordine. Piuttosto, il controinteressato ha esercitato il suo diritto di chiedere all'amministrazione un titolo che consentisse il passaggio dalle opere abusive oggetto di demolizione a nuove opere conformi. In questo senso va letta la richiesta di permesso di costruire del 27 febbraio 2019, che implicava la rimozione dei manufatti esistenti, e la loro sostituzione con strutture consentite dalla disciplina urbanistica in vigore, salvo il recupero dei materiali, come si è visto sopra. Il termine fissato per la demolizione doveva quindi ritenersi sospeso fino al pronunciamento degli uffici comunali sulla domanda di permesso

di costruire (18 aprile 2019). Il controinteressato ha documentato che i lavori di demolizione sono iniziati ancora il 5 marzo 2019, ossia entro in termine originario (v. fotografia - doc. 2), e si sono conclusi con la rimozione di tutte le strutture il 29 aprile 2019 (v. fotografia – doc. 4).

22. In ogni caso, la perdita della proprietà del sedime ex art. 31 comma 3 del DPR 6 giugno 2001 n. 380 è un effetto che, come precisato nel successivo comma 4, deriva dall'accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione. L'autore dell'abuso edilizio ha quindi a disposizione un periodo di ravvedimento tra la scadenza del termine di demolizione originario e il sopralluogo a cura degli uffici comunali. Il passaggio della proprietà, infatti, presuppone una situazione di certezza relativamente alla consistenza del bene trasferito, che deve essere esattamente definita con un provvedimento amministrativo. Tale esigenza non riguarda solo i soggetti interessati, ma ha anche rilievo esterno, sotto il profilo dell'immissione nel possesso e della trascrizione nei registri immobiliari. Prima che si completi questo percorso di accertamento, la situazione è ancora reversibile, se l'autore dell'abuso edilizio decide di rimuovere le opere non conformi.

Sulla disciplina urbanistica in vigore

23. La tettoia è stata ritenuta ammissibile dal Comune in quanto equiparata ai pergolati di cui all'art. 48 del regolamento edilizio. Tale norma, in deroga agli indici edilizi delle nuove costruzioni, consente la realizzazione di pergolati, gazebo e manufatti assimilabili, purché la superficie non superi i 16 mq per ogni unità immobiliare, e si tratti di strutture leggere (legno o ferro), aventi copertura in materiali che ne garantiscano la permeabilità, e libere su tutti i lati, o almeno su un lato se poste in aderenza a fabbricati. Per residualità, le opere minori che determinano una trasformazione permanente del territorio senza essere considerate nuove edificazioni ai fini dell'applicazione degli indici edilizi ricadono nella disciplina della CILA ex art. 6-*bis* del DPR 380/2001.

24. L'applicazione dell'art. 48 del regolamento edilizio appare condivisibile. Il concetto di struttura leggera non corrisponde a quello di struttura poco robusta o precaria. Anche i pergolati presuppongono un'utilizzazione in sicurezza per un tempo indeterminato, e dunque possono essere realizzati con materiali in grado di sopportare pesi significativi, e avere un saldo ancoraggio al suolo.

25. Nello specifico, la leggerezza è assicurata dalla tipologia del materiale (legno), dalla permeabilità della copertura, e dall'apertura su tre lati (lungo la parete del ripostiglio vi è comunque maggiore altezza).

26. Il fatto che la copertura non sia costituita da rampicanti, come nell'immagine tradizionale dei pergolati, ma da pannelli fotovoltaici, non trasforma il manufatto in una tettoia sottoposta agli indici edilizi, purché sia in ogni caso garantita la permeabilità (v. CS Sez. VI 27 aprile 2015 n. 2134). La funzione del pergolato è infatti quella di sostegno. La copertura non è un elemento necessario, ma un complemento ammissibile alla duplice condizione di essere solo appoggiato (e quindi facilmente amovibile) e di non impedire del tutto il passaggio della luce e dell'acqua. Una volta rispettate queste condizioni, se la disciplina urbanistica non contiene restrizioni ulteriori, è irrilevante che sulla travatura di sostegno siano installati dei pannelli fotovoltaici.

27. Nonostante la formula sintetica utilizzata nella relazione di calcolo strutturale del 7 novembre 2019, non sembrano esservi dubbi sul fatto che tra un pannello fotovoltaico e l'altro sarà mantenuta una distanza minima di 5 cm, oggetto peraltro di apposita prescrizione da parte del Comune. La sporgenza dei pannelli fotovoltaici rispetto al sedime del pergolato deve essere valutata secondo le regole stabilite in via generale dall'art. 6 delle NTA per gli sbalzi degli apparati tecnologici esterni negli edifici non residenziali, ossia tenendo conto della tolleranza fino a 3 metri per il calcolo della superficie coperta e fino a 1,50 metri per il calcolo delle distanze.

28. Anche per quanto riguarda il ripostiglio la decisione assunta dal Comune appare corretta. L'art. 40 delle NTA, in deroga agli indici edilizi delle nuove costruzioni, consente nelle zone rurali la realizzazione di piccoli depositi per attrezzi agricoli. La condizione negativa è che non esistano altri fabbricati con la medesima funzione. Nello specifico, la ricorrente evidenzia la presenza di un deposito nelle vicinanze (v. fotografia – doc. 33), ma, date le modeste dimensioni, sembra trattarsi di un semplice recinto coperto, e in parte tamponato, per la custodia della legna. Non vi è quindi sovrapposizione con le caratteristiche del ripostiglio.

29. Relativamente al problema della superficie coperta ammissibile, pari allo 0,5% della superficie del lotto, le difese del Comune e del controinteressato hanno chiarito che in base alla nuova zonizzazione del PGT tutta l'area di proprietà del controinteressato, per complessivi 1.828,60 mq, ricade in zona A1, e dunque beneficia della disciplina prevista dall'art. 40 delle NTA. Ne consegue che la superficie coperta ammissibile è pari a 9,14 mq, lievemente superiore a quella del ripostiglio edificato (9,11 mq).

Conclusioni

30. Il ricorso deve quindi essere respinto.

31. La complessità della vicenda consente la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando:

(a) respinge il ricorso;

(b) compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Brescia, nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2020, con l'intervento dei magistrati:

Bernardo Massari, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Mara Bertagnolli, Consigliere

L'ESTENSORE
Mauro Pedron

IL PRESIDENTE
Bernardo Massari

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI