



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6764 del 2021, proposto da Francesco Lonati, Andrea Lonati, Adele Lonati e Matteo Lonati, rappresentati e difesi dagli Avvocati Stefania Vasta e Antonio Ditto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Brescia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli Avvocati Francesca Moniga e Andrea Orlandi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo Studio Francesca Moniga, in Brescia, Corsetto Sant'Agata n. 11/B;
Ministero della Cultura, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale è *ex lege* domiciliato, in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), n. 00925/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Brescia e del Ministero della Cultura;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 maggio 2022 il Cons. Marco Poppi e uditi per le parti gli Avvocati presenti come da verbale;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

In data 10 dicembre 2004, il Signor Tiberio Lonati presentava al Comune di Brescia istanza di condono riferita ad un intervento edilizio consistente in un ampliamento di 92 mq. dell'edificio di proprietà, ricadente in zona sottoposta a vincolo paesaggistico apposto con D.M. 31 ottobre 1961 con realizzazione “*al piano terra nella porzione est, di un locale di ingresso, un bagno e una scala interna oltre ad un allargamento della porzione ovest dell'immobile*” e al primo piano, sempre nella porzione est, “*di un bagno e, nella porzione ovest di un sopralzo da adibire a camera da letto e veranda*” (descrizione contenuta nel ricorso di primo grado, pag. 2).

Ricevuta la comunicazione del preavviso di diniego datato 2 marzo 2015, gli eredi, odierni appellanti, il 1 luglio 2015 presentavano istanza di accertamento di conformità paesaggistica *ex art.* 167, comma 4, del D. Lgs. n. 42/2004 allegando

l'impossibilità di procedere all'integrale demolizione dell'intero abuso senza pregiudizio per la staticità della restante parte del manufatto.

Il Comune, con provvedimento n. 167683 del 24 ottobre 2016 respingeva l'istanza di condono ingiungendo la demolizione di quanto realizzato abusivamente.

Con ricorso iscritto al n.1486/2016 R.R., i Signori Lonati impugnavano il citato diniego innanzi al Tar Lombardia - Sezione staccata di Brescia, deducendone l'illegittimità per essere fondato *“sul falso presupposto della non conformità urbanistica”*; per omessa considerazione dell'impossibilità di procedere alle demolizioni ingiunte senza pregiudizio per la parte conforme del fabbricato e, infine, per omessa ponderazione dell'interesse pubblico alla demolizione con il *“sacrificio dell'interesse privato”*.

Con ordinanza n. 70 del 31 gennaio 2017, il Tar accoglieva l'istanza di sospensione ai fini del riesame.

A seguito di detto accoglimento, gli appellanti interloquivamo con la Soprintendenza che, con atto dell'11 settembre 2018, rilasciava il parere favorevole ai sensi dell'art. 32, comma 1, della L. n. 326/2003 ritenendo i volumi oggetto di contestazione già documentati *“nello stralcio ortofoto dell'anno 2004”* e quindi *“eseguiti in un arco temporale precedente a tale anno”*.

In detta sede veniva contestualmente ritenuto che detti aumenti di volume fossero *“ben integrati nella fisionomia dei fabbricati”* e, quindi, *“non leggibili come un'alterazione impropria delle linee architettoniche degli stessi”* e che le opere contestate *“per la loro natura e consistenza, non [arrecassero. ndr] sostanziale pregiudizio ai valori paesaggistici dell'area sottoposta a tutela”*.

Ciò nonostante, il Comune, in esecuzione dell'ordinanza cautelare n. 70/2017 (espressamente richiamata), con atto dell'11 aprile 2019, rilevava che l'ampliamento

in questione eccedeva l'indice di fabbricabilità prescritto dagli strumenti urbanistici *ratione temporis* vigenti, confermando il diniego di condono.

I Signori Lonati impugnavano detto provvedimento con motivi aggiunti deducendo la violazione dei "*limiti del riesame fissati in sede cautelare fornendo una motivazione postuma*", nonché, eccesso di potere per contraddittorietà con il parere favorevole espresso dal Soprintendenza.

Il Tar, con sentenza n. 925 del 29 dicembre 2020, respingeva il ricorso introduttivo del giudizio dichiarando per l'effetto l'improcedibilità dei motivi aggiunti.

Gli appellanti impugnavano la sentenza di primo grado con appello depositato il 21 luglio 2021 deducendone l'erroneità nella parte in cui respingeva i due primi motivi del ricorso di primo grado, riaffermando la conformità agli strumenti urbanistici degli interventi realizzati e censurando l'applicazione della misura demolitoria in luogo della sanzione pecuniaria stante l'impossibilità di procedere alla demolizione della sola parte contestata.

Il Comune si costituiva in giudizio il 3 settembre 2021 eccependo in via pregiudiziale il difetto di interesse all'impugnazione sul presupposto che la mancata impugnazione della sentenza nella parte in cui dichiarava l'improcedibilità dei motivi aggiunti e la mancata riproposizione delle relative censure in appello, farebbe in ogni caso salvo il provvedimento con il quale veniva contestata la violazione dell'indice di fabbricabilità, di per sé ostativo all'accoglimento dell'istanza di condono.

Nel merito sosteneva la legittimità della decisione di primo grado chiedendo la reiezione dell'appello.

Con memoria del 6 settembre 2021, gli appellanti contestavano l'eccezione sollevata dal Comune. Allegavano a tal proposito, che il Tar si sarebbe pronunziato sul punto qualificando il provvedimento gravato con motivi aggiunti come atto confermativo

e che, pertanto, in difetto di una impugnazione incidentale dello specifico capo di sentenza da parte del Comune, le censure in questione, per l'effetto devolutivo dell'appello, sarebbero conoscibili e scrutinabili dal Collegio.

Con memoria formale del 31 agosto 2021, si costituiva in giudizio il Ministero della Cultura.

All'esito della camera di consiglio del 9 settembre 2021, con ordinanza n. 4840, veniva accolta l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata *“limitatamente alla disposta demolizione”*.

Con atto depositato il 21 marzo 2021, gli appellanti chiedevano il rinvio dell'udienza di discussione allegando la pendenza di una istanza di sanatoria *ex art. 36 del d.P.R. n. 380/2001*.

All'esito della pubblica udienza del 5 maggio 2022, la causa veniva decisa.

Preliminarmente deve respingersi l'istanza di rinvio ritenendo l'irrilevanza, ai fini invocati, dell'istanza pendente atteso che l'eventuale futuro provvedimento si colloca all'esterno del perimetro di cognizione del presente giudizio.

Con priorità sullo scrutinio delle censure di merito deve, altresì, affrontarsi la questione pregiudiziale sollevata dall'amministrazione.

Come in parte anticipato, il Tar demandava all'amministrazione il riesame dell'istanza dei ricorrenti premettendo che, come precedentemente affermato in relazione ad una *“fattispecie in gran parte sovrapponibile”*, *“sotto il profilo urbanistico, le opere sono condonabili in quanto l'art. 89 delle NTA consentiva l'ampliamento anche degli edifici non agricoli”* e che *“sotto il profilo paesistico, il vincolo imposto dal DM 30 ottobre 1961 non comporta inedificabilità assoluta, e quindi non è automaticamente ostativo al condono”*.

Rilevava, pertanto, che *“il condono deve essere concesso, a condizione che le nuove opere siano compatibili con il vincolo paesistico”*, auspicando si aprisse *“uno spazio di interlocuzione tra i ricorrenti e il Comune, con il necessario coinvolgimento della Soprintendenza”*.

Per tali ragioni accoglieva l'istanza di sospensione disponendo *“un nuovo esame della domanda dei ricorrenti, nel rispetto delle indicazioni sopra esposte”*.

Il Tar, con la sentenza impugnata, definiva il giudizio affermando che *“il rigetto del ricorso principale determina il venir meno dell'interesse alla decisione del ricorso per motivi aggiunti, il cui accoglimento non arrecherebbe ai ricorrenti alcuna utilità”* poiché *“quand'anche venisse annullato l'atto di riesame, adottato in via di mera esecuzione di un provvedimento giudiziale per definizione non definitivo, quale, per l'appunto, un'ordinanza cautelare, continuerebbero a produrre i propri effetti il diniego di condono e l'ordine di demolizione impugnati con il ricorso principale, che è stato respinto”*.

L'affermata natura dell'atto di riesame, quale *“mera esecuzione di un provvedimento giudiziale per definizione non definitivo”*, condivisibile o meno che sia, è posta a fondamento di una decisione in rito (l'improcedibilità dei motivi aggiunti) che non viene ritualmente contestata da alcuna delle due parti del giudizio e, pertanto, costituendo un capo di sentenza non appellato, non è sindacabile in questa sede.

L'oggetto della presente decisione deve, quindi, essere limitato ai capi di sentenza con i quali veniva respinto il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado (profilo in relazione al quale non viene meno l'interesse degli appellanti), potendo, le ulteriori questioni già emerse nella fase cautelare del riesame, rilevare semmai in sede di riedizione del potere amministrativo, ove ve ne fossero le condizioni di legge.

Con il primo motivo, gli appellanti censurano la sentenza di primo grado deducendo l'erroneità dei capi 11.1.1, 11.1.2 e 11.1.3 per *“errata interpretazione dell'art. 89 delle NTA del PRG 2002-2004 e dell'art. 32, comma 27, lett. d) d.l. n. 260/2003”* allegando,

sotto un primo profilo, che nella zona in cui ricade l'immobile, ancorché gravata da vincolo paesaggistico, non vigerebbe un divieto assoluto di edificabilità; sotto altro profilo che l'invocato art. 89 ammetterebbe gli ampliamenti eseguiti.

Espongono gli appellanti che all'epoca della domanda di condono l'area in questione era classificata come Zona E3V1 "*ambiti collinari e pedecollinari di rilevante interesse paesistico, naturalistico, ambientale*" disciplinata dall'art. 89 delle NTA a norma del quale erano "*consentite nuove edificazioni esclusivamente alle seguenti condizioni: ampliamento di edifici esistenti o nuova edificazione solo per attrezzature agricole, con indice di edificabilità di 0,001 mq.*".

Il Tar avrebbe, quindi, mal interpretato la disposizione ritenendo che la necessaria destinazione agricola riguardasse tanto l'ipotesi dell'ampliamento quanto quella della nuova edificazione mentre a parere degli appellanti, solo la nuova edificazione sarebbe assoggettata alla limitazione in questione e non anche l'ampliamento dell'esistente.

Il Tar sarebbe, quindi, incorso in una errata applicazione della norma di cui all'art. 32, comma 27 lett. d) del D. L. n. 269/2003 ove non ammette a sanatoria le opere "*realizzate su immobili soggetti a vincoli imposti da leggi statali e regionali a tutela di beni ambientali e paesistici non conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici*".

Il motivo è fondato.

Come già illustrato l'art. 89 delle NTA legittima una duplice tipologia di interventi: ampliamenti di manufatti esistenti o nuove edificazioni per attrezzature agricole.

Come reso evidente dall'utilizzo della congiunzione disgiuntiva "o", la limitazione espressa dalla locuzione "*solo per attività agricole*" non può essere riferita ad entrambe le categorie di interventi dovendo invece essere ritenuta operante in relazione alle

sole “*nuove edificazioni*” (come, peraltro, già affermato dal Tar, ancorché, solo in fase cautelare).

L'intervento di ampliamento può, quindi, essere inibito non in quanto tale ma solo se rilevante ai fini paesaggistici, ovvero, se contrastante con il relativo vincolo.

Non è documentata da parte dell'amministrazione l'esistenza di un vincolo di inedificabilità assoluta che, invece, trova implicita smentita nel già illustrato parere favorevole espresso dalla Soprintendenza in relazione all'intervento.

Ciò comporta l'inapplicabilità della disposizione di cui all'art. 32, comma 27 lett. d) del D. L. n. 269/2003 ove, come già illustrato, non ammette a sanatoria le opere “*realizzate su immobili soggetti a vincoli imposti da leggi statali e regionali a tutela di beni ambientali e paesistici non conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici*”.

Ne deriva l'erroneità della sentenza impugnata laddove ritiene che nel caso di specie ricorrano “*contemporaneamente le seguenti condizioni: a) l'imposizione del vincolo di inedificabilità prima della esecuzione delle opere; b) la realizzazione delle stesse in assenza o difformità dal titolo edilizio; c) la non conformità alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ...*”, atteso che il contrasto con la disciplina urbanistica, ovvero con l'art. 89 delle NTA, non sussiste.

L'affermata illegittimità in via derivata, in uno con il diniego di condono, anche dell'ordine di demolizione impugnato in primo grado, supera le censure oggetto del secondo motivo di appello con il quale viene censurata la sentenza nella parte in cui afferma che non ricorrono i presupposti per l'applicazione della sanzione pecuniaria in luogo della misura demolitoria sul presupposto che la valutazione della possibilità di procedere alla demolizione afferirebbe alla fase esecutiva e che la fiscalizzazione dell'abuso sarebbe consentita unicamente in presenza interventi in parziale difformità dal titolo e non anche in presenza di variazioni essenziali.

Per quanto precede l'appello deve essere accolto.

La specificità della questione oggetto del giudizio, di natura meramente interpretativa, consente di procedere alla compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado annullando il diniego di condono e l'ordine di demolizione con esso impugnati.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente FF

Giordano Lamberti, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere

Marco Poppi, Consigliere, Estensore

Giovanni Pascuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE
Marco Poppi

IL PRESIDENTE
Hadrian Simonetti

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI