

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. 1285 del 2012, proposto da I. S. N. s.a.s. di E. D. e C., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Gianfranco Fontana, Italo Ferrara e Francesco Fontana, presso il cui studio è elettivamente domiciliata, in Brescia, via Diaz n. 28

contro

il Comune di (.....), in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Paolo Bonomi ed Enrico Codignola, presso lo studio di quest'ultimo elettivamente domiciliato, in Brescia, alla via Romanino n. 16

per l'annullamento

dell'ordinanza di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi n. 9 prot. 1210 del 30 luglio 2012.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione comunale intimata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 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 società ricorrente di essere proprietaria di un'area, sita nel Comune di (.....) (mappale (.....), foglio (..)), classificata nel vigente P.R.G. come “Verde privato vincolato – Zona VP1”.

Tale area – sulla quale insiste un fabbricato rurale, con dimensioni in pianta di mt. 3,45 x mt. 360 ed altezza interna di mt. 2,70 (assentito con concessione edilizia n. 15/2011) – è assoggettata a vincolo cimiteriale ai sensi dell'art. 338 del Testo Unico delle Leggi sanitarie ed a vincolo paesaggistico ai sensi degli artt. 136, comma 1, lett. c) e 142, comma 1, lett. b), del D.Lgs. 42/2004.

Soggiunge parte ricorrente di aver presentato istanza di condono, in data 10 dicembre 2004, a fronte di interventi di ampliamento laterale di tale fabbricato.

In data 8 luglio 2011, la ricorrente inoltra DIA relativamente a talune opere di sistemazione esterna (livellamento fondo terreno, rimozione sterpaglie, restauro barriere e pavimentazione), a fronte della quale si consolidava silenzio.

A seguito di sopralluogo in data 19 maggio 2012, l'Amministrazione comunale constatava che l'originario fabbricato era stato completamente demolito, con realizzazione di un nuovo manufatto, costituito da due corpi di fabbrica articolati planimetricamente ad “L”.

Veniva, nella circostanza, ulteriormente appurata la realizzazione di un porticato e di una scala di risalita al parcheggio pubblico in fregio alla S.P. 77.

Avverso il provvedimento ripristinatorio avente ad oggetto i suindicati interventi, deduce parte ricorrente le seguenti doglianze.

1) Eccesso di potere per vizio e difetto di procedura. Illogicità ed irragionevolezza manifesta. Indeterminatezza e genericità. Difetto di motivazione.

Lamenta in primo luogo parte ricorrente che il provvedimento gravato sia stato adottato dall'Amministrazione comunale di (.....) in pendenza della

determinazione in ordine alla presentata istanza di sanatoria; e senza che a tale istanza sia stato fornito formale ed espresso riscontro.

2) Violazione di legge: artt. 3-6, art. 31 ed art. 34 del D.P.R. 380/2001. Eccesso di potere e difetto di motivazione. Vizio e difetto di procedura e di istruttoria. Erronea rappresentazione dei presupposti. Eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica. Art. 2 della legge 241 del 1990. Art. 97 della Costituzione.

L'ordinanza impugnata sarebbe fondata su una non corretta qualificazione dell'affermato abuso, atteso che non verrebbe in considerazione un nuovo intervento edilizio, quanto, piuttosto, un ampliamento del già assentito fabbricato rurale.

Non potrebbe, per l'effetto, trovare applicazione la fattispecie di cui all'art. 31 del D.P.R. 380/2001: rilevando, sulla base di quanto dalla parte sostenuto, il successivo art. 34, relativo agli interventi eseguiti in parziale difformità rispetto al titolo edilizio rilasciato.

Né l'Amministrazione avrebbe valutato – con riferimento alla possibile irrogazione dell'alternativa sanzione pecuniaria – i profili relativi all'eseguibilità dell'adottato provvedimento ripristinatorio, in ragione del possibile pregiudizio alle porzioni del manufatto legittimamente realizzate.

3) Violazione di legge. Art. 7 della legge 241 del 1990.

Osserva, inoltre, parte ricorrente che l'adozione del censurato provvedimento non è stata preceduta dalla comunicazione di avvio del relativo iter procedimentale.

4) Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell'art. 338 del R.D. 1265/1934. Eccesso di potere per manifesta illogicità ed irragionevolezza, difetto di istruttoria e di motivazione.

Osserva parte ricorrente che l'imposizione di una fascia di rispetto cimiteriale non comporti, *ex se*, un vincolo di assoluta inedificabilità: essendo, piuttosto, rimessa alla competente Autorità la verifica in ordine alla presenza di elementi concretamente ostativi alla realizzabilità di interventi edilizi.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento dell'atto 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 21 febbraio 2018.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

1. Si osserva, in primo luogo, che, nel corso del sopralluogo eseguito in data 26 maggio 2012, il tecnico comunale constatava:

- la completa demolizione del preesistente (ed assentito) fabbricato);
- la realizzazione, *in fieri*, di un nuovo fabbricato costituito da due corpi di fabbrica, articolati planimetricamente ad "L", aventi le seguenti dimensioni: ingombro in pianta di mt. 6,49 in lato sud, mt. 7,29 in lato est, mt. 6,69 in lato nord con altezza interna di mt. 2,90; ingombro in pianta di mt. 7,59 in lato sud, mt. 4,60 in lato nord, suddiviso all'interno in due locali, di cui uno con altezza interna di mt. 2,54 e l'altro con altezza interna di mt. 2,92;
- la realizzazione di un porticato con larghezza di mt. 7,38, profondità media di mt. 1,68 ed altezza in parte di mt. 2,50 ed in parte di mt. 2,79;
- realizzazione di una scala di risalita al parcheggio pubblico in fregio alla S.P. 77.

Alla sospensione dei lavori, disposta in data 1° giugno 2012, seguiva l'adozione del gravato provvedimento ripristinatorio, adottato il successivo 30 luglio.

2. Quanto sopra posto (e rilevato che, quanto alla materiale consistenza degli interventi, per come descritti, parte ricorrente nulla abbia eccepito in punto di fatto), va disattesa la prima delle articolate doglianze, con la quale viene lamentato che l'avversato ordine di rimessione in pristino sarebbe stato adottato in difetto della definizione del procedimento attivatosi per effetto della presentazione, ad opera di I. S. N., di istanza di sanatoria.

Tale richiesta si riferiva, peraltro, ad un (invero modesto) ampliamento dell'originario manufatto (consistente nell'“*ampliamento laterale parzialmente interrato di un edificio esistente avente caratteristiche rurali*” con superficie utile residenziale pari a mq. 9,00): intervento avente carattere di palese inconfondibilità con l'insieme delle opere per come sopra accertate dall'Amministrazione a seguito dell'intervenuto sopralluogo.

Viene, per l'effetto, a configurarsi un “*nuovo intervento*” (sostanziato dalla presenza di due corpi di fabbrica, aventi sviluppo superficiale e volumetrico consistentemente superiore rispetto all'originario manufatto), rispetto al quale la preesistente realizzazione non rivela profili di sovrapposibilità.

Va, in proposito, ricordato che, laddove l'immobile abusivo non sia meramente integrato, ma sia, piuttosto, radicalmente sostituito da un altro edificio, l'istanza di condono già proposta va dichiarata improcedibile stante la radicale trasformazione dell'oggetto originario.

Conseguentemente, l'Amministrazione deve emanare il provvedimento di demolizione del nuovo immobile, costruito abusivamente in luogo di quello già realizzato *sine titulo*.

Ove invece non sia preclusa la valutazione dell'autonoma abusività delle modificazioni sopravvenute, l'Autorità pubblica dovrà limitarsi a ingiungere il ripristino delle opere ritenute non sanabili, senza che ciò comporti l'improcedibilità della pendente domanda di condono (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 1° febbraio 2018 n. 665).

La chiara sussumibilità dell'intervento nella prima delle sopra descritte ipotesi consente *de plano* di escludere la persistente valutabilità, ai fini di sanatoria, della domanda di condono, attesa la inidentificabilità del nuovo intervento edilizio con quello da quest'ultima contemplato.

Se, quindi, in linea di principio, la realizzazione di “nuovi” interventi non può *ex se* giustificare il diniego del condono, occorrendo che l'Amministrazione

precedente verifichi se essi abbiano inciso in modo radicale sui beni oggetto del condono, impedendo alla stessa di valutare, per la diversità degli immobili, la sussistenza dei presupposti per la concessione del condono stesso (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 agosto 2015 n. 3943), nella fattispecie la radicale diversità delle realizzazioni edilizie accertate (che si pongono quale *aliud pro alio* rispetto al manufatto contemplato nella domanda di condono) esclude che il Comune di (.....) fosse ulteriormente (ed anteriormente rispetto all'adozione dell'ordine ripristinatorio) onerato dell'esame della predetta istanza, precedentemente presentata dalla parte ricorrente.

3. Neppure condivisibile si dimostra la prospettazione di parte, quanto alla qualificazione dell'intervento dalla medesima posto in essere.

È appena il caso di rammentare che i lavori di “*restauro e risanamento conservativo*”, ai sensi dell'art. 3 del T.U.E. 380 del 2001, nella formulazione vigente all'epoca della emanazione dei provvedimenti in primo grado, consistono in “*interventi edilizi rivolti a conservare l'organismo edilizio e ad assicurarne la funzionalità mediante un insieme sistematico di opere che, nel rispetto degli elementi tipologici, formali e strutturali dell'organismo stesso, ne consentano destinazioni d'uso con essi compatibili. Tali interventi comprendono il consolidamento, il ripristino e il rinnovo degli elementi costitutivi dell'edificio, l'inserimento degli elementi accessori e degli impianti richiesti dalle esigenze dell'uso, l'eliminazione degli elementi estranei all'organismo edilizio*”: sicché gli interventi anzidetti sono finalizzati a mantenere l'assetto edilizio preesistente e a conservare il fabbricato sia nelle sue caratteristiche architettoniche e sia negli elementi volumetrici e di superficie, senza dunque alcuna alterazione della fisionomia e della consistenza dell'edificio.

Viceversa, sempre in base al predetto art. 3, nel testo vigente nel 2012, gli “*interventi di ristrutturazione edilizia*” sono quelli “*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. Tali interventi comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, l'eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed*

impianti. Nell'ambito degli interventi di ristrutturazione edilizia sono ricompresi anche quelli consistenti nella demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria e sagoma di quello preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica...".

L'alterazione della originaria consistenza fisica di un immobile, la modifica e la redistribuzione dei volumi rientrano pertanto nell'ambito della ristrutturazione edilizia.

Tale intervento, quanto all'area di proprietà dell'odierna ricorrente (sottoposta a vincolo paesaggistico ai sensi degli artt. 136, comma 1, lett. c) e 142, comma 1, lett. b), del D.Lgs. 42/2004), deve ritenersi precluso ai sensi del successivo art. 146, i cui primi due commi dispongono che:

- *“i proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili ed aree di interesse paesaggistico, tutelati dalla legge, a termini dell'articolo 142, o in base alla legge, a termini degli articoli 136, 143, comma 1, lettera d), e 157, non possono distruggerli, né introdurvi modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione”;*
- *“i soggetti di cui al comma 1 hanno l'obbligo di presentare alle amministrazioni competenti il progetto degli interventi che intendano intraprendere, corredato della prescritta documentazione, ed astenersi dall'avviare i lavori fino a quando non ne abbiano ottenuta l'autorizzazione”.*

E deve, ulteriormente, ritenersi riveli a tale fine carattere ostativo il disposto dell'art. 24 del Piano delle Regole di cui al Piano di Governo del Territorio del Comune di (.....), il quale stabilisce che nelle zone (come quella in esame) destinate a verde privato vincolato (VP1) è presente un vincolo di inedificabilità; risultando consentiti sul patrimonio edilizio esistente i soli *“interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria”*, con divieto di *“ogni aumento delle volumetrie così come non sono ammesse modificazioni delle superfici delle singole unità immobiliari, né mutamenti di destinazione d'uso”*.

4. Esclusa la fondatezza della doglianza esaminata al precedente punto, omogeneo giudizio di indivisibilità assiste lo scrutinio della censura in narrativa rubricata sub 3).

Non è, infatti, suscettibile di favorevole considerazione la contestata legittimità dell'ordine ripristinatorio per omessa comunicazione dell'avvio del relativo percorso procedimentale.

L'ordinanza di demolizione, per la sua natura di atto urgente dovuto e rigorosamente vincolato, non implicante valutazioni discrezionali, ma risolvendosi in meri accertamenti tecnici, fondato, cioè, su un presupposto di fatto rientrante nella sfera di controllo dell'interessato, non richiede, infatti, apporti partecipativi di quest'ultimo, il quale, in relazione alla disciplina tipizzata dei procedimenti repressivi, contemplante la preventiva contestazione dell'abuso, ai fini del ripristino di sua iniziativa dell'originario assetto dei luoghi, viene, in ogni caso, posto in condizione di interloquire con l'amministrazione prima di ogni definitiva statuizione di rimozione d'ufficio delle opere abusive.

Ciò tanto più laddove si consideri che, in relazione ad una simile tipologia provvedimentale, può trovare applicazione l'art. 21-*octies* della legge 241/1990, che statuisce la non annullabilità dell'atto adottato in violazione delle norme su procedimento, qualora, per la sua natura vincolata, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente enucleato (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2007, n. 1021; sez. IV, 1° ottobre 2007, n. 5050; 10 agosto 2011, n. 4764; TAR Lazio, Roma, sez. II, 3 luglio 2007, n. 5968; TAR Campania, Napoli, sez. IV, 17 gennaio 2007, n. 357; sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 961; sez. IV, 22 marzo 2007, n. 2725; sez. VII, 9 maggio 2007, n. 4859; 8 giugno 2007, n. 6038; Salerno, sez. II, 13 agosto 2007, n. 900; Napoli, sez. IV, 6 novembre 2007, n. 10676; 6 novembre 2007, n. 10679; sez. VII, 12 dicembre 2007, n. 16226; sez. IV, 17 dicembre 2007, n. 16316; sez. VII, 28 dicembre 2007, n. 16550; sez. IV, 24 gennaio 2008, n. 367; 21 marzo 2008, n. 1460; sez. VII, 21 marzo 2008, n. 1474;

4 aprile 2008, n. 1883; sez. III, 16 aprile 2008, n. 2207; sez. IV, 18 aprile 2008, n. 2344; sez. VI 18 giugno 2008, n. 5973; TAR Umbria, Perugia, 26 gennaio 2007, n. 44; TAR Trentino Alto Adige, Bolzano, 8 febbraio 2007, n. 52; TAR Molise, Campobasso, 20 marzo 2007, n. 178; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 20 aprile 2007, n. 709; sez. VII, 9 maggio 2007, n. 4859; TAR Basilicata, Potenza, sez. I, 16 febbraio 2008, n. 33; TAR Veneto, Venezia, sez. II, 26 febbraio 2008, n. 454; 13 marzo 2008, n. 605; TAR Puglia, Lecce, sez. III, 20 settembre 2008, n. 2651).

5. Se va chiaramente disattesa la doglianza con quale parte ricorrente lamenta che l'Amministrazione abbia omissso di valutare la realizzabilità dell'ordine ripristinatorio in presenza di parti del manufatto legittimamente assentite, suscettibili di ricevere pregiudizio dalla rimessione in pristino (atteso che, come osservato, l'originario corpo di fabbrica risulta essere stato interamente demolito, per dare luogo alla realizzazione – *sine titulo* – di due nuovi fabbricati), viene – da ultimo – all'esame la doglianza con la quale si sostiene il carattere non assolutamente ostativo integrato dalla presenza, sull'area de qua, di vincolo cimiteriale.

Va in proposito osservato come l'art. 338 del R.D. 27 luglio 1934 n. 1265 (recante Approvazione del testo unico delle leggi sanitarie) preveda, al comma 1, che “*I cimiteri devono essere collocati alla distanza di almeno 200 metri dal centro abitato. E' vietato costruire intorno ai cimiteri nuovi edifici entro il raggio di 200 metri dal perimetro dell'impianto cimiteriale, quale risultante dagli strumenti urbanistici vigenti nel comune o, in difetto di essi, comunque quale esistente in fatto, salve le deroghe e le eccezioni previste dalla legge*”.

L'ultimo comma della norma prevede, poi, che “*All'interno della zona di rispetto per gli edifici esistenti sono consentiti interventi di recupero ovvero interventi funzionali all'utilizzo dell'edificio stesso, tra cui l'ampliamento nella percentuale massima del 10 per cento e i cambi di destinazione d'uso, oltre a quelli previsti dalle lettere a), b), c) e d) del primo comma dell'articolo 31 della legge 5 agosto 1978, n. 457*”.

Ciò posto, si osserva in che la salvaguardia del rispetto dei duecento metri prevista dal primo comma dell'art. 338 integra la presenza di un vincolo assoluto di inedificabilità, che non consente in alcun modo l'allocatione sia di edifici, sia di opere incompatibili col vincolo medesimo, in considerazione dei molteplici interessi pubblici che tale fascia di rispetto intende tutelare e che possono enuclearsi nelle esigenze di natura igienico-sanitaria, nella salvaguardia della peculiare sacralità che connota i luoghi destinati alla inumazione ed alla sepoltura, nel mantenimento di un'area di possibile espansione della cinta cimiteriale.

Nel dare atto di un costante insegnamento giurisprudenziale in tal senso (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 14 settembre 2010 n. 6671 e 30 maggio 2007 n. 1935), va rilevato come siffatto vincolo sia tale da precludere il rilascio della concessione, anche qualora essa sia richiesta in sanatoria, senza necessità di compiere valutazioni in ordine alla concreta compatibilità dell'opera con i valori tutelati dal vincolo.

E' ben vero che l'art. 338 citato prevede ipotesi nelle quali la regola generale di cui al comma 1 non opera.

Ciò, peraltro, determina che il vincolo assoluto di inedificabilità non sussista soltanto laddove si sia in presenza dei presupposti di operatività di tali eccezioni; ma non significa affatto che laddove le ipotesi derogatorie non siano configurabili il vincolo di cui al primo comma non conservi natura di inedificabilità assoluta, preclusivo, per l'effetto, al rilascio del condono edilizio ai sensi dell'articolo 33 della legge n. 47/1985.

Operate tali precisazioni, va escluso che nella fattispecie operi l'invocata eccezione di cui all'ultimo comma dell'art. 338 del T.U.L.S., anche con riferimento alla previsione relativa all'“*ampliamento nella percentuale massima del 10 per cento e i cambi di destinazione d'uso, oltre a quelli previsti dalle lettere a), b), c) e d) del primo comma dell'articolo 31 della legge ...1978 n. 457*”: i contenuti dell'intervento ammissibile dovendo, comunque, presentare i caratteri del “recupero”, ovvero dell'intervento “funzionale all'utilizzo dell'edificio stesso”.

Orbene, ritiene il Collegio che nella vicenda in esame tale necessaria connotazione delle opere realizzate difetti, atteso che l'intervento edilizio posto in essere dalla parte ricorrente – lungi dal dimostrarsi qualificabile quale “recupero”, funzionale all'utilizzo dell'edificio stesso – piuttosto si atteggi quale demolizione dell'originario (ed assentito) fabbricato e la realizzazione, in luogo di esso, di due (nuovi) corpi di fabbrica, con ampliamento volumetrico e di superficie.

6. La riscontrata infondatezza delle esaminate doglianze impone il rigetto dell'impugnativa.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da 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 respinge.

Condanna la ricorrente I. S. N. s.a.s. di E. D. e C., in persona del legale rappresentante, al pagamento delle spese di giudizio in favore del Comune di (.....), costituitosi in giudizio, in ragione di complessivi € 2.500,00 (Euro duemilacinquecento/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente, Estensore

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Roberto Politi

IL SEGRETARIO