

Pubblicato il 23/10/2017

Sent. n. 1272/2017

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. 1009 del 2008, proposto da Zampedri Armando, qualità di titolare e legale rappresentante dell'Azienda Agricola Avicola Montenetto di Zampedri Armando, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianfranco Fontana, Italo Ferrari e Francesco Fontana e domiciliato presso il loro studio in Brescia, via A. Diaz n. 28

contro

il Comune di Poncarale, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Mauro Ballerini, presso il cui studio è elettivamente domiciliato, in Brescia, alla via della Stazione n. 27

nei confronti di

dell'Arch. Barbara Salatini, Responsabile *pro tempore* del Servizio tecnico del Comune di Poncarale, non costituita in giudizio

per l'annullamento

- del provvedimento comunale, a firma dell'Arch. Barbara Salatini, prot. n. 3996 del 21 luglio, 2008 con il quale si afferma il contrasto con l'art. 31 NTA del progetto presentato dal ricorrente e si diffida all'esecuzione dei lavori ivi previsti;

- nonché della comunicazione, ex art 10-bis della legge 241/1990, prot. n. 2304 del 10 maggio 2008, con la quale si contestava la contrarietà dell'intervento proposto all'art. 31 N.T.A. del P.R.G. vigente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 ottobre 2017 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 il ricorrente di essere titolare di azienda agricola ubicata in Comune di Poncarale, località Monte Netto, via Bertazzoli n. 32, e di aver ottenuto dalla Provincia il riconoscimento di Imprenditore Agricolo a Titolo Professionale (I.A.P.) con il n. 2952.

L'Azienda è posta su aree classificate in parte "zona E3 - agricola con coltivazioni pregiate" e in parte "zona ambientale e paesistica" dal PRG, regolamentate dagli articoli 31 e 32 NTA.

L'area è altresì inserita nell'ambito del Parco regionale del Monte Netto, istituito dalla L.R. 11/2007, successivamente sostituita dal nuovo "Testo Unico delle leggi regionali in materia di istituzione di parchi", con il quale l'attività agricola risulta compatibile.

Soggiunge il ricorrente di aver protocollato in data 16 marzo 2008 Denuncia di Inizio di Attività, volta alla ristrutturazione, con parziale modifica dei prospetti, della struttura già condonata a destinazione residenziale, con il provvedimento comunale n. 5196 del 1° agosto 2006.

Il progetto collegato alla DIA presentata prevedeva la ristrutturazione dell'esistente edificio, con chiusura dei portici, condonati e già volumetricamente rilevanti sulla base delle NTA del PRG vigente, la riorganizzazione degli spazi e il notevole miglioramento sotto il profilo dell'inserimento ambientale della struttura.

Il Comune di Poncarale inviava nota ex art. 10-bis della legge 241/1990, prot. n. 2304 del 10 maggio 2008, avente ad oggetto: "*comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*", sostenendo che l'intervento avrebbe comportato aumento volumetrico, in contrasto, quindi, con l'art. 31 NTA.

Pur a seguito delle osservazioni presentate dalla parte e della successiva denuncia di inizio lavori, l'Amministrazione emanava il provvedimento prot. n. 3996 del 21 luglio 2008, con il quale si determinava nel senso di inibire la DIA sulla base della asserita contrarietà dell'intervento all'art. 31 NTA.

Queste le censure articolate con il presente mezzo di tutela:

1) Violazione di legge: art. 12.5 e 12.6; art. 31 NTA del vigente piano regolatore generale del Comune di Poncarale. Eccesso di potere per vizio e difetto di procedura e di istruttoria; illogicità irragionevolezza; erronea e falsa rappresentazione dei presupposti; difetto di motivazione.

I suddetti porticati sarebbero già stati computati volumetricamente ai fini del calcolo della SLP; ciò sia sulla base delle NTA del Comune di Poncarale, sia sulla base del condono edilizio rilasciato a suo tempo, che ne aveva riconosciuto la piena rilevanza.

La richiesta di sanatoria riguardava, infatti, un immobile a destinazione abitativa e residenziale avente superficie utile residenziale pari a 31,09 mq, alla quale si aggiungevano i porticati esistenti, per una superficie non residenziale pari a 32,62 mq.; il tutto per una superficie complessiva e unitaria oggetto di condono, sulla quale è stata corrisposta la relativa oblazione, pari a 50,66 mq.

Quindi, l'intera struttura è stata oggetto di domanda di condono a destinazione residenziale-abitativa ed è stata computata volumetricamente e come SLP.

2) Violazione di legge: art. 23, commi 1 e 6 del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 e successive modificazioni; art. 42, commi 1 e 8 della Legge della Regione Lombardia 11 Marzo 2005 n. 12 e successive modifiche. Eccesso di potere per vizio e difetto di procedura e di istruttoria

L'Amministrazione Comunale ha inteso applicare la procedura di cui all'art. 10-bis della legge 241/1990 ad una fattispecie cui non è riconducibile e, conseguentemente, ha inibito l'attività oggetto della denuncia presentata tardivamente (più di quattro mesi dopo il protocollo della DIA), una volta che erano già spirati i termini decadenziali legislativamente concessi per l'esercizio del potere inibitorio secondo quanto espressamente disposto dalle specifiche disposizioni citate in epigrafe.

Dal momento che la presentazione di una denuncia di inizio attività non comporta l'avvio ad un procedimento amministrativo ad istanza di parte, la relativa procedura non sarebbe compatibile con l'istituto del preavviso di rigetto di cui all'art. 10-bis della legge 241/1990.

3) Violazione di legge: artt. 3, 10 e 10 -bis della Legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modifiche. Eccesso di potere per vizio e difetto di procedura e di istruttoria; difetto di motivazione; sviamento della causa e di potere

Il provvedimento inibitorio della DIA sarebbe, poi, inficiato in quanto privo di motivazione; né opererebbe alcun riferimento alle osservazioni presentate dal privato.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

La domanda di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, dalla parte ricorrente proposta in via incidentale, è stata da questa Sezione respinta con ordinanza n. 801, pronunciata nella Camera di Consiglio del 13 novembre 2008.

Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla pubblica udienza del 18 ottobre 2017.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

1. Va, innanzi tutto, evidenziato che parte ricorrente ha depositato, in data 17 ottobre 2017 (giorno antecedente quello di celebrazione della pubblica udienza) istanza di rinvio della trattazione dell'odierna controversia: in proposito, producendo in giudizio un avviso di deposito di variante al Piano Territoriale di Coordinamento del Parco Regionale del Monte Netto approvato con d.g.r. x/1894 del 30 maggio 2014, recante data 5 settembre 2017.

Nel dare atto della tardività del deposito anzidetto, l'istanza di differimento di che trattasi è stata, in occasione dello svolgimento dell'odierna pubblica udienza, respinta:

- non soltanto a fronte dell'incerta collocabilità temporale della sollecitata udienza di differimento
- ma anche in ragione della pratica ininfluenza, ai fini della definizione del contenzioso all'esame, assunta dalla sopravvenienza di cui sopra: l'eventuale emersione, ad esito di essa, di conseguenze favorevoli per la posizione giuridica dalla parte stessa dedotta in giudizio, ben potendo dispiegare – comunque – effetti giuridicamente rilevanti per la parte medesima.

2. Quanto al merito della sottoposta controversia, giova, in primo luogo, osservare come l'art. 12.6 delle NTA stabilisca che non debbano essere computati nel volume *i portici e le logge fino alla dimensione equivalente al 50% della superficie coperta della costruzione principale*.

Come correttamente osservato dalla difesa della resistente Amministrazione comunale (cfr. memoria di costituzione depositata in data 6 novembre 2008), dal momento che la superficie coperta della costruzione principale misura mq. 38,77, alla DIA volta alla chiusura dei portici esistenti (per una superficie di mq. 19,39), consegue, in ragione della misura da ultimo indicata, un aumento volumetrico.

E ciò in una zona (E3) nella quale, ai sensi dell'art. 31 delle stesse NTA, è inibita qualunque nuova costruzione e sono vietati anche gli ampliamenti (*“La potenzialità edificatoria di tali aree è utilizzabile solo per strutture ed infrastrutture esistenti finalizzate alla coltivazione della vite o ad altre colture arboree ed alla conservazione e commercializzazione dei prodotti”*; *“Sono vietate nuove costruzioni sia a carattere residenziale che produttivo anche in funzione della coltivazione del fondo”*).

Né, in contrario, rileva il fatto che sia stato precedentemente rilasciato provvedimento di condono, avente ad oggetto una costruzione residenziale formata da una superficie a portici di 33,00 mq. e da una superficie chiusa di mq. 38,77: a tale determinazione non potendosi, con ogni evidenza, anettere valenza di trasformazione dei portici né in volume, né in superficie utile (risultando, diversamente, meramente conteggiata quale volume solo la parte di portico eccedente il 50% della superficie dell'abitazione principale).

Non si ha, quindi, modo di condividere la prospettazione di parte ricorrente (cfr. memoria depositata in atti il 18 settembre 2017, pag. 3), secondo cui *“le superfici ed i volumi di portici e logge sul territorio comunale:*

- *non vengono computati fino alla dimensione equivalente al 50% della superficie coperta dall'immobile principale;*

- *ma devono senz'altro essere computati per intero se la loro dimensione sia superiore al 50% della superficie coperta dall'immobile principale”*.

La lettura delle applicabili disposizioni smentisce tale tesi.

Infatti, prevede l'art. 12.5 delle Norme Tecniche di Attuazione (Superficie lorda di pavimento – SLP), al comma 3, che *“Non sono computate le superfici relative ai volumi tecnici dei fabbricati; le logge, i portici nei limiti del 50% della s.l.p. dell'edificio di pertinenza; nonché gli oggetti aperti come terrazze a balconi ed i sottotetti comunque non abitabili”*.

Il successivo art. 12.6 stabilisce (comma 1) che il volume *“viene determinato moltiplicando per ogni piano la superficie lorda di pavimento definita al punto 12.5 per l'altezza virtuale di mt. 3.00”*; e

soggiunge (comma 2, lett. f) che *“non sono computabili nel computo dei volumi ... i portici e le logge fino alla dimensione equivalente al 50% della superficie coperta dalla costruzione principale; mentre i portici e le logge della zona “A” concorrono alla formazione del volume”*.

Intende, quindi, il Collegio ribadire in questa sede quanto dalla Sezione già argomentato in sede di deliberazione dell'istanza cautelare proposta dall'odierna ricorrente (cfr. ordinanza 14 novembre 2008 n. 801), laddove si precisava che *“... i portici e le logge formano volume di costruzione solo per la parte eventualmente eccedente il 50% della superficie coperta della costruzione principale, e quindi in misura insufficiente a legittimare l'intervento di che trattasi, che utilizza per intero i portici in questione”*.

3. Lamenta, poi, parte ricorrente che l'intervento repressivo dell'attività oggetto della denuncia di inizio attività sia tardivamente intervenuto (a più di quattro mesi dopo il protocollo della DIA), una volta che erano già spirati i termini decadenziali legislativamente concessi per l'esercizio del potere inibitorio.

Si evidenzia, al riguardo, che l'art. 23 del D.P.R. 380/2001, nel testo applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, disponeva, al comma 1, che *“Il proprietario dell'immobile o chi abbia titolo per presentare la denuncia di inizio attività, almeno trenta giorni prima dell'effettivo inizio dei lavori, presenta allo sportello unico la denuncia, accompagnata da una dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato e dagli opportuni elaborati progettuali, che asseveri la conformità delle opere da realizzare agli strumenti urbanistici approvati e non in contrasto con quelli adottati ed ai regolamenti edilizi vigenti, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie”*.

Il successivo comma 6 disponeva: *“Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, ove entro il termine indicato al comma 1 sia riscontrata l'assenza di una o più delle condizioni stabilite, notifica all'interessato l'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento e, in caso di falsa attestazione del professionista abilitato, informa l'autorità giudiziaria e il consiglio dell'ordine di appartenenza. È comunque salva la facoltà di ripresentare la denuncia di inizio attività, con le modifiche o le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa urbanistica ed edilizia”*.

Secondo l'inquadramento fornito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la denuncia di inizio attività non è un provvedimento amministrativo a formazione tacita e non dà luogo ad un titolo costitutivo, ma costituisce un atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge. Pertanto l'omesso esercizio da parte dell'amministrazione del potere inibitorio, entro il termine perentorio, dà luogo ad un provvedimento tacito di diniego di adozione del provvedimento inibitorio (Cons. Stato, Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15); in altri termini il titolo si consolida pur non privando l'Amministrazione del potere di intervenire, anche successivamente.

Invero, per giurisprudenza costante, l'inutile spirare del termine accordato dalla legge per l'inibizione dei lavori o dell'intervento edilizio preannunciati con una DIA non priva l'amministrazione del potere di controllo urbanistico-edilizio e dell'eventuale potere sanzionatorio in ordine ad interventi realizzati in violazione della pertinente normativa (T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 6 febbraio 2015 n. 937). In presenza di una DIA illegittima, l'Amministrazione può, quindi, intervenire anche oltre il termine di cui all'art. 23 comma 6, D.P.R. n. 380 del 2001, ma solo alle condizioni cui la legge subordina il potere di annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi e, quindi, tenendo conto, oltre che degli eventuali profili di illegittimità dei lavori assentiti per effetto della DIA ormai perfezionatasi, dell'affidamento ingeneratosi in capo al privato per effetto del decorso del tempo e, comunque, esternando le ragioni di interesse pubblico a sostegno del provvedimento repressivo.

Infatti, il termine per l'esercizio del potere inibitorio doveroso, nel caso di DIA, è perentorio, ma anche dopo il suo decorso la P.A. conserva un potere residuale di autotutela; peraltro, tale potere residuale, con il quale l'Amministrazione è chiamata a porre rimedio al mancato esercizio del doveroso potere inibitorio, deve essere esercitato nel rispetto del limite del termine ragionevole, e soprattutto, sulla base di una valutazione comparativa, di natura discrezionale, degli interessi in rilievo, idonea a giustificare la frustrazione dell'affidamento incolpevole maturato in capo al

denunciante a seguito del decorso del tempo e della conseguente consumazione del potere inibitorio (cfr. T.A.R. Lazio sez. II-quater, 9 gennaio 2015 n. 241 e 3 febbraio 2017 n. 1866).

Nella fattispecie all'esame, fermo che la determinazione gravata, recante data 21 luglio 2008, dà conto che l'intervento *“ristrutturazione con modifica dei prospetti sull'immobile sito in area identificata catastalmente al fg. 02 mappale 112, sottoposta a vincolo paesistico ... si pone in contrasto con l'art. 31 dell'NTA del Comune di Poncarale”*, ravvisa il Collegio:

- non soltanto la sussistenza, in ragione della configurazione del potere nella fattispecie esercitato, dei presupposti per l'inoltro, nei confronti dell'interessato, di comunicazione di preavviso di rigetto;
- ma, anche, un'articolazione motivazionale di tale atto adeguatamente atteggiandosi, alla stregua dell'esplicitata presenza dei profili ritenuti ostativi, così indicati nell'atto in data 10 maggio 2008: *“l'intervento prevede la trasformazione dei portici esistenti rispettivamente mq 15,67 e mq 17,33 (tot.mq 33,00): in locali abitabili determinando in tal modo un incremento del volume nella misura totale di mc 92,85 nonché della superficie utile nella misura di mq 33,00: tale incremento si pone in contrasto con l'art.31 delle NTA del PRG vigente che, con riferimento alle ZONE E3, vieta nuove costruzioni e comunque ampliamenti su quelle esistenti”*.

Le coordinate di legittimità del potere nella fattispecie esercitato appaiono, pertanto, positivamente riscontrabili nell'avversata determinazione.

4. Né – alla stregua di quanto dalla parte osservato con il terzo motivo di doglianza – può fondatamente sostenersi che l'attività provvedimento censurata sia inficiata per difetto motivazionale.

Nel richiamare il contenuto delle determinazioni comunali sopra riportato – le quali, con carattere di incontestabile sufficienza, rivelano esaustiva disamina degli affermati profili di contrasto del progettato intervento rispetto alla disciplina urbanistica impressa all'area – va, da ultimo, osservato come nel provvedimento in data 21 luglio 2008 la precedente Amministrazione abbia correttamente dato conto delle osservazioni proposte dalla parte ricorrente con nota del 17 agosto 2008, confermando – peraltro – il contrasto dell'intervento con l'art. 31 NTA (sul quale si soffermavano le precedenti osservazioni formulate dalla stessa parte con nota del 6 giugno 2008): dovendosi, per l'effetto, escludere che sia stato omissso l'esame delle controdeduzioni che hanno seguito la comunicazione ex art. 10-bis.

5. La riscontrata infondatezza delle doglianze articolate con il presente mezzo di tutela ne impone il rigetto.

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 il ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore dell'Amministrazione comunale di Poncarale, in ragione di € 2.000,00 (Euro duemila/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 18 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente, Estensore

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Roberto Politi

IL SEGRETARIO