

Pubblicato il 15/11/2023

N. 09776/2023REG.PROV.COLL.

N. 09339/2017 REG.RIC.



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 9339 del 2017, proposto da Comune di Castiglione delle Stiviere, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Alberto Arrigo Gianolio e Orlando Sivieri, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Orlando Sivieri in Roma, via Cosseria n. 5;

***contro***

Gianluca Bendinelli, B.B.L S.a.s. di Bendinelli Enzo e C., non costituiti in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia (Sezione Prima) n. 695/2017, resa tra le parti, per l'annullamento:  
- del provvedimento in data 25 febbraio 2014, notificato il 3 marzo 2014, recante ad oggetto “*diniego definitivo alla richiesta di accertamento di conformità urbanistica (sanatoria urbanistico - edilizia) n. 822/2013 in riferimento alle opere eseguite in assenza del permesso di costruire e difforni rispetto alla CEE n. 1814/1989 rilasciata in data 25.8.1989 e conseguente*

*ordine di demolizione*”, a firma del Responsabile del Procedimento Geom. Cappa e Dirigente Urbanistica ed Edilizia Privata del Comune di Castiglione delle Stiviere, Arch. P. Porta;

- dell'ordinanza di demolizione n. 35/2013, adottata dal Responsabile dell'Area Urbanistica ed Edilizia Privata del Comune di Castiglione delle Stiviere, in data 28.8.2013 e tutti gli atti preordinati e connessi adottati dallo stesso Comune (incluso: la nota prot. n. 9834 del 13.5.2013 del Comando di Polizia Locale – la nota prot. n. 10678 del 24.5.2013 – nota prot. n. 14383 del 15.7.2013 – il verbale di sopralluogo in data 6.8.2013 – la relazione in data 8.8.2013 del Responsabile del procedimento);

- della nota prot. n. 25367 del 12.12.2013, recante ad oggetto “*accertamento di conformità urbanistica n. 822/2013: preavviso di diniego*”;

- dell'art. 3, delle N.T.A. del P.d.R. del Comune di Castiglione delle Stiviere, nella parte e nella denegata ipotesi in cui lo stesso possa essere inteso nel senso che concorrano alla determinazione della S.l.p. (e quindi del volume) anche le superfici di balconi, terrazzi, logge o porticati, aperte su più lati (nel caso di specie, aperte su tre lati);

nonché per l'annullamento, a seguito di ricorso per motivi aggiunti notificato il 27.1.2016, del provvedimento 30.11.2015 n. 39/2015 del Dirigente Area urbanistica ed edilizia privata del Comune di Castiglione delle Stiviere;

nonché per l'annullamento a seguito del secondo ricorso per motivi aggiunti notificato in data 17.10.2016, del permesso di costruire in sanatoria 30.11.2015 n. 822/2013, dell'ordinanza n. 39/2015 del 30.11.2015.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2023 il Cons. Thomas Mathà e udito per la parte appellante l'avvocato Ludovica Franzin in sostituzione dell'avvocato Alberto Arrigo Gianolio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. In punto di fatto occorre premettere che a Gianluca Bendinelli ed alla BBL S.a.s. di Bendinelli Enzo & Co., proprietario ed utilizzatore di un complesso immobiliare nel Comune di Castiglione delle Stiviere (via Mazzadonne, già Via Sant'Antonio, nel catasto al foglio 44, mappale 24, 26, 27, 263 e 264) era stata notificata l'ordinanza di demolizione n. 35 del 28.8.2013 del Comune di Castiglione delle Stiviere per aver ivi realizzato le seguenti opere abusive:

- i) sul lato sud del fabbricato ad uso abitativo (mappale n. 24), l'ampliamento del porticato;
- ii) sul lato nord l'ampliamento dell'edificio con un nuovo locale abitativo;
- iii) sul lato ovest (mappale n. 24) una tettoia adibita ad autorimessa;
- iv) la delimitazione dei lati est e sud del mappale n. 264, una recinzione in cemento ed un cancello scorrevole in ferro;
- v) sul lato sud-ovest del mappale n. 264 una piazzola in cemento per il lavaggio degli autocarri;
- vi) nell'area di cui al mappale n. 26 un pollaio in lamiera con rete di recinzione.

2. I predetti proprietari e gestori avevano poi chiesto l'accertamento in conformità di alcune opere ai sensi dell'art. 36 del DPR 380/2001:

- i) la porzione di porticato sul lato sud, ottenuta mediante la realizzazione di una terrazza che congiunge le due balconate esistenti;
- ii) la porzione di fabbricato sul lato nord;
- iii) la tettoia sul lato ovest, con funzione di autorimessa;

iv) la recinzione in muratura.

3. Con provvedimento del 25.2.2014 il Comune negava l'accertamento di conformità e ribadiva la validità dell'ordinanza di demolizione n. 35/2013, sostenendo che il porticato sul lato sud superava i limiti urbanistici previsti dall'art. 22 comma 4 delle NTA del PRG, il fabbricato sul lato nord non rispettava le distanze dal confine (6 metri, previsti dall'art.21 comma 5 delle NTA), come non le rispettava neanche la tettoia, e, infine, che la recinzione non era ammissibile in base all'art. 21 comma 4 delle NTA in zona agricola.

4. Avverso tale provvedimento veniva proposto dalla BBL sas e da Gianluca Bendinelli ricorso avanti al TAR della Lombardia, sezione staccata di Brescia, che con ordinanza cautelare n. 365/2014 sospendeva il provvedimento comunale ai fini di un riesame della domanda di sanatoria.

5. Nell'ambito della riedizione del potere amministrativo venivano sanato, con provvedimento del 30.11.2015, n. 39, il porticato sul lato sud e sul lato nord, ma contestualmente si confermava il rigetto della sanatoria per la tettoia e la recinzione murata.

6. Anche questo provvedimento è stato gravato, con motivi aggiunti, dai predetti ricorrenti.

7. Il TAR adito, con la sentenza n. 695 del 2017, accoglieva parzialmente il ricorso ed annullava gli atti del Comune, limitatamente alla tettoia che il TAR considerava *“nuova edificazione, e non ampliamento, la grande tettoia sul lato ovest destinata ad autorimessa. In questo caso non sembra quindi possibile derogare alla distanza dal confine. 18. Tuttavia, se effettivamente la struttura venisse trasformata in un manufatto leggero (pergolato), come proposto nella domanda di accertamento di conformità, la tettoia uscirebbe dalla categoria delle nuove costruzioni, e potrebbe essere regolarizzata nella nuova consistenza materiale. Questo tipo di interventi è perfettamente compatibile con la procedura di sanatoria, sia per ragioni di economia procedimentale sia in applicazione del principio di proporzionalità. Se per ricondurre un abuso*

*edilizio entro i confini della legittimità è sufficiente una demolizione parziale, e la trasformazione contestuale del resto del manufatto, tale soluzione deve essere preferita rispetto alla demolizione con successiva costruzione, in quanto meno onerosa e afflittiva per il privato a parità di soddisfazione dell'interesse pubblico. 19. Nella definizione delle caratteristiche del manufatto che dovrà prendere il posto della tettoia abusiva esistente il Comune conserva il potere di formulare le prescrizioni necessarie per il passaggio a una categoria edificatoria ammissibile.”*

8. Avverso la sentenza n. 695/2017 il Comune di Castiglione delle Stiviere ha proposto appello, chiedendone la riforma perché erronea ed ingiusta.

9. Con il primo motivo ha dedotto anzitutto che il TAR avrebbe errato nell'interpretazione dell'art. 36 del DPR n. 380/2001 nel rendere, tramite la trasformazione della tettoia in un pergolato, l'opera sanabile. Ad avviso del Comune appellante l'accertamento di conformità potrebbe sanare le opere solo formalmente abusive (in quanto eseguite senza permesso di costruire), ma conformi alla disciplina urbanistica applicabile. L'esame della rispettiva domanda sarebbe vincolata, priva di apprezzamenti discrezionali e non potrebbe essere subordinata alla realizzazione di ulteriori interventi finalizzati a ricondurre l'immobile abusivo nell'alveo della conformità urbanistica.

10. Con il secondo motivo il Comune appellante ha lamentato l'*error in iudicando* relativo alla considerazione della trasformazione della tettoia in pergolato che comunque non avrebbe la necessità di un permesso di costruzione. La domanda di sanatoria avrebbe previsto non una struttura leggera, facilmente amovibile e di dimensioni contenute (per tali strutture l'ordinamento non richiederebbe tale titolo), ma un manufatto con caratteristiche tali che conserverebbero la necessità di un previo titolo edilizio legittimante, stante le rilevanti dimensioni (156 m<sup>2</sup>) e l'ancoraggio stabile al suolo, che necessita in ogni modo sempre del rispetto della distanza minima di 6 metri dal confine ai sensi dell'art. 21, comma 5 delle N.T.A. del PRG del Comune.

11. Non si sono costituiti in giudizio gli originari ricorrenti, sebbene l'appello è stato ritualmente notificato il 27.12.2017 e depositato il 11.1.2018.

12. Con memoria depositata il 5.10.2023 il Comune ha insistito nelle proprie conclusioni e ha chiesto l'accoglimento dell'appello.

13. All'udienza pubblica del 9 novembre 2023, esaurita la trattazione orale, l'appello è stato trattenuto in decisione.

14. L'appello è fondato.

15. Per quanto riguarda il primo motivo di appello si rileva che tale censura è fondata sulla consolidata giurisprudenza di questo Consiglio sull'istituto dell'accertamento di conformità che non può essere subordinato alla realizzazione di ulteriori interventi edilizi che rendano l'abuso conforme agli strumenti urbanistici. Questa conformità deve infatti già sussistere precedentemente e non all'esito di una futura ed ulteriore attività da parte del richiedente. La cosiddetta "*sanatoria condizionata*", caratterizzata dal fatto che i suoi effetti vengono subordinati all'esecuzione di specifici interventi aventi lo scopo di far acquisire alle opere il requisito della conformità alla disciplina urbanistica ed edilizia che non posseggono, non è prevista dall'assetto normativo di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, in quanto l'art. 36 si riferisce esplicitamente ad interventi già ultimati. La disciplina stabilisce che la "*doppia conformità*" debba sussistere sia al momento della realizzazione dell'opera, sia al momento della presentazione della domanda di sanatoria. Un eventuale permesso di costruire in sanatoria contenente prescrizioni sarebbe in contrasto con tale disciplina normativa in quanto postulerebbe non la "*doppia conformità*" delle opere abusive pretesa dalla disposizione in parola, ma una sorta di conformità *ex post*, condizionata all'esecuzione delle prescrizioni e quindi non esistente al tempo della presentazione della domanda di sanatoria, ma, eventualmente, solo alla data futura ed incerta in cui la richiedente avrebbe ottemperato alle prescrizioni (in termini Cons. Stato, sez. VI, n. 8713/2022 e n. 10317/2022; id., sez. VII, n. 8985/2023). Al contrario, "*la sanatoria*

*di cui all'art. 36, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, si fonda sul rilascio di un provvedimento abilitativo sanante da parte della competente Amministrazione, sempre possibile previo accertamento di conformità o di non contrasto delle opere abusive non assentite agli strumenti urbanistici vigenti nel momento della realizzazione e in quello della richiesta, previo accertamento di compatibilità paesaggistica nelle ipotesi in cui l'area sia assoggettata a vincolo paesaggistico e che è tassativamente limitato alle sole fattispecie contemplate dall'art. 167 comma 4 del d.lgs. 42/2004'* (Cons. Stato, Sez. IV, n. 1874/2019).

16. Con il secondo ordine di censure la parte appellante si lamenta, in subordine, che il TAR erroneamente avrebbe ritenuto che la tettoia – con le caratteristiche del caso oggetto di questo giudizio – potesse essere trasformata in pergolato e non costituire una costruzione edilizia. Orbene, il Collegio ha già accertato più volte che per potersi considerare come tale la tettoia deve essere realizzata in struttura leggera di legno o altro materiale di minimo peso, risultare facilmente amovibile e fungere da sostegno per piante rampicanti, attraverso le quali realizzare riparo e/o ombreggiatura di superfici, ma di modeste dimensioni (Cons. Stato, Sez. VI, n. 2134/2015).

17. La realizzazione di una tettoia che abbia le dimensioni e le caratteristiche tecniche come nel caso di specie va configurato dal punto di vista urbanistico come intervento di nuova costruzione ogni qual volta integri un manufatto “*non completamente interrato che abbia i caratteri della solidità, stabilità e immobilizzazione al suolo, anche mediante appoggio, incorporazione e collegamento fisso ad un corpo di fabbrica preesistente o contestualmente realizzato, indipendentemente dal livello di posa e di elevazione dell'opera*” (Cons. Stato, sez. VI, n. 4181/2022). La tettoia, per le rilevanti dimensioni e le caratteristiche strutturali (chiusura su tre lati) determina una innovazione del preesistente manufatto, sia dal punto di vista morfologico che funzionale, consistendo in una chiara variazione volumetrica ed architettonica, con la conseguenza che si rendeva necessario il preventivo rilascio del permesso di

costruire (in termini Cons. Stato, sez, VI, n. 2627/2023). Contrariamente a quanto sostenuto dal TAR, la tettoia di cui trattasi, se trasformata in pergolato, manterrebbe comunque dimensioni (156 m<sup>2</sup>) e struttura (stabilmente ancorata al suolo con solidi pali di sostegno e travi in legno) tali da non incidere, modificandola, sulla natura del manufatto. Si deve sottolineare che si tratterebbe sempre di una costruzione con un notevole impatto urbanistico, soggetta al rispetto della disciplina in materia di distanze dal confine prevista dalle NTA del PRG, con conseguente preclusione della sua sanatoria.

18. In definitiva il ricorso in appello deve essere accolto.

19. La soccombenza determina la definizione delle spese di lite che saranno liquidati nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie ed in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado. Condanna Gianluca Bendinelli e la BBL S.a.s. di Bendinelli Enzo & Co., in solido, alla refusione delle spese di lite del doppio grado di giudizio a favore del Comune di Castiglione delle Stiviere che liquida in Euro 5.000 (cinquemila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Giordano Lamberti, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Lorenzo Cordi', Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Thomas Mathà**

**IL PRESIDENTE**  
**Sergio De Felice**

**IL SEGRETARIO**