

Pubblicato il 24/10/2022

N. 00993/2022 REG.PROV.COLL.

N. 01049/2021 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1049 del 2021, proposto da -OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Alberto Nevola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Comune di -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Sabatino Rainone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per l'annullamento***

- dell'ordinanza di demolizione reg. gen. -OMISSIS- del -OMISSIS- 2021 ai sensi dell'art. 31 del D.P.R. 380/2001, notificata alla Sig.ra -OMISSIS- in data -OMISSIS-  
,

- di ogni provvedimento ad essa presupposto, conseguente o connesso, tra cui:

- la comunicazione del Comune di -OMISSIS- – Settore 3 - Servizi Tecnici, prot. n. -OMISSIS- dell'-OMISSIS- 2021, recante ad oggetto: “Comunicazione di

impossibilità a sanare la piscina oggetto di avvio del procedimento prot. -OMISSIS-”;

- la comunicazione del Comune di -OMISSIS- – Settore 3 – Servizi Tecnici, prot. n. -OMISSIS- del -OMISSIS- 2021, recante ad oggetto “Riscontro alla Vostra del -OMISSIS- -rif. -OMISSIS-”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2022 il dott. Marcello Bolognesi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1) La sig.ra -OMISSIS- è proprietaria del terreno sito in via -OMISSIS-, catastalmente identificato al mappale -OMISSIS-, sub. -OMISSIS-, ove ha realizzato la propria abitazione.

2) Nel medesimo lotto ha realizzato, in assenza di titolo edilizio, anche una piscina interrata, come accertato dal Comune con sopralluogo in data -OMISSIS- 2021.

3) Pertanto la civica amministrazione, con nota -OMISSIS- del -OMISSIS- 2021, ha avviato il procedimento di “*verifica della regolarità delle opere di realizzazione di una nuova piscina interrata*” contestando che il lotto non ha una dotazione sufficiente di “superficie drenante” e che la distanza tra la piscina e strada pubblica è inferiore a quella stabilita dall’art. 42 del Regolamento Edilizio Comunale (REC).

4) In riscontro a detta nota la ricorrente ha inviato le proprie osservazioni assunte al prot. -OMISSIS- del -OMISSIS- 2021 con le quali, dopo avere ammesso la sussistenza delle violazioni contestate, ha chiesto al Comune se fosse possibile una

“deroga dei parametri edilizi e urbanistici non conformi alle normative nazionali e locali in vigore, al fine di poter procedere con la sanatoria della piscina in oggetto”, accertamento di conformità ex art. 36 D.P.R. 380/2001 che, tuttavia, non è mai stato richiesto, difettando, appunto, la conformità urbanistica dell'intervento.

5) Senonché il Comune:

- dapprima con nota n. -OMISSIS- dell'-OMISSIS- 2021, ha negato ogni possibilità di deroga richiesta dalla ricorrente;

- successivamente, con ordinanza n -OMISSIS- del -OMISSIS- 2021, ha ordinato la demolizione dell'opera ai sensi dell'art. 31 D.P.R. n 380/2001 in quanto realizzata senza titolo abilitativo e non urbanisticamente conforme perché:

- il lotto non dispone di una sufficiente dotazione di “superficie drenante”;

- sono violate le distanze minime di cui all'art. 42 del REC.

6) Con il ricorso di cui in epigrafe la ricorrente ha impugnato la citata ordinanza ingiuntiva della demolizione e gli atti presupposti, con richiesta di sospensione cautelare.

7) Si è costituito in giudizio il Comune che ha chiesto il rigetto del ricorso.

8) Alla Camera di consiglio del 2 febbraio 2022 i provvedimenti impugnati sono stati cautelatamente sospesi in ragione del solo *periculum in mora*.

9) All'udienza del 19.10.2022 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

10) Con il PRIMO MOTIVO la ricorrente ha dedotto l'illegittimità dell'impugnata ordinanza per difetto di istruttoria e travisamento in quanto la piscina realizzata, avendo dimensioni ridotte, non costituirebbe una nuova costruzione ma solamente una pertinenza dell'edificio non soggetta a permesso di costruire in quanto rientrante nel limite del 20% della volumetria dell'immobile principale di cui all'art. 3, comma 1- e, del D.P.R. n. 380/01.

Il motivo è infondato.

La giurisprudenza nettamente prevalente, che il Collegio condivide, ritiene che la piscina interrata costituisca una nuova costruzione assoggettata al permesso di costruire e non sia qualificabile in termini di pertinenza dell'edificio principale in ragione della significativa trasformazione del territorio giacché *“la piscina, in considerazione della sua consistenza modificativa dell'assetto del territorio, rappresenta una nuova costruzione e non può essere ricompresa tra gli interventi di manutenzione straordinaria o minori, di cui all'art. 37 del D.P.R. n. 380 del 2001”* (T.A.R. Piemonte, sez. II, 2/8/2022, n.703; T.A.R. Napoli, sez. VII, 16/03/2017, n.1503).

Inoltre è stato rilevato che *“le piscine non sono pertinenze in senso urbanistico in quanto comportanti trasformazione durevole del territorio. L'aspetto funzionale relativo all'uso del manufatto è altresì condiviso da altra recente giurisprudenza, secondo cui tutti gli elementi strutturali concorrono al computo di volumetria dei manufatti, siano essi interrati o meno, e fra di essi deve intendersi ricompresa anche la piscina, in quanto non qualificabile come pertinenza in senso urbanistico in ragione della funzione autonoma che è in grado di svolgere rispetto a quella propria dell'edificio cui accede. La piscina, infatti, a differenza di altri manufatti, non può essere attratta alla categoria urbanistica delle mere pertinenze, in quanto non è necessariamente complementare all'uso delle abitazioni e non è solo una attrezzatura per lo svago, ma integra gli estremi della nuova costruzione, in quanto dà luogo ad una struttura edilizia che incide invasivamente sul sito di relativa ubicazione e postula, pertanto, il previo rilascio dell'idoneo titolo ad aedificandum, costituito dal permesso di costruire”* (T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 9.9.2020, n. 3730).

Anche la Cassazione penale ha in più occasioni affermato che *“la costruzione di una piscina interrata, ai sensi dell'art. 3 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, costituisce intervento di nuova costruzione e non di ristrutturazione edilizia, in quanto crea un aumento di volumetria e comporta la trasformazione permanente del suolo, essendo necessario, pertanto, per la sua realizzazione, il rilascio di permesso di costruire”* (Cass. Pen. sez. III, 20.12.2018, n.1913).

Pertanto, siccome il manufatto contestato è dotato di autonoma rilevanza urbanistica e soggiace al rilascio del Permesso di costruire, è legittimità

dell'impugnata ordinanza che ha qualificato il manufatto come nuova costruzione ai sensi dell'art. 3, comma 1-e) del D.P.R. n. 380/01 e, quindi, ne ha debitamente ingiunto la demolizione ai sensi del successivo art. 31 perché realizzata in assenza di detto titolo abilitativo edilizio.

11) Con il SECONDO MOTIVO la ricorrente ha dedotto la violazione:

- i) dell'art. 36 del D.P.R. n. 380/01 in materia di accertamento di conformità;
- ii) dell'art. art. 44 del Regolamento edilizio comunale (REC) in materia di “superficie drenante” del lotto per realizzare nuove edificazioni;
- iii) dell'art. 42 del medesimo REC in punto di distanze dai confini.

Il motivo è infondato.

11.1) La doglianza sub i) è palesemente infondata atteso che la ricorrente non ha mai richiesto alcun accertamento di conformità ex art. 36, ma ha semplicemente formulato un'istanza esplorativa al Comune sulla possibilità di deroga rispetto ad alcuni parametri edilizi ostativi alla sanatoria dell'intervento in questione (deroga, peraltro, esclusa dal Comune con nota n. -OMISSIS- dell'-OMISSIS- 2021).

Ne consegue che nessuna violazione dell'art. 36 del D.P.R. n. 380/01 è configurabile, non essendo mai stata attivata il relativo procedimento.

11.2) Infondato è anche il profilo sub ii) secondo cui la superficie drenante richiesta dall'art. 44 del REC – pacificamente mancante nel lotto della ricorrente – sarebbe reperibile nell'area che circonda il compendio immobiliare ad ovest e a sud, operazione che sarebbe consentita dalla Convenzione urbanistica relativa al Piano Attuativo n. 11 che, in origine, aveva regolato l'edificazione della zona e la realizzazione dell'abitazione della ricorrente.

a) In primo luogo si rileva che, se anche tale operazione fosse stata effettuabile durante il periodo di efficacia della Convenzione (e ciò non è in alcun modo dimostrato), siccome detta Convenzione urbanistica è pacificamente scaduta, risultano inapplicabili le relative norme e preclusa qualsiasi possibilità di scambio o

cessione di indici edificatori (o di altro tipo) tra fondi diversi che, oltretutto, sono ormai sottratti alla disponibilità della ricorrente perché da tempo sono stati ceduti al Comune in esecuzione della Convenzione suddetta.

b) È infondata anche la tesi secondo cui l'intervento edilizio contestato sarebbe ammesso in quanto effettuato in un "lotto intercluso delle zone residenziali" per il quale l'art. 44 del REC non imporrebbe un limite vincolante per la superficie drenante prevedendo che *"Nei casi di interventi di recupero del patrimonio edilizio esistente, di interventi di ristrutturazione urbanistica, di interventi da realizzarsi in aree ricadenti in lotti interclusi delle zone residenziali, i parametri di superficie scoperta e drenante di cui al primo comma costituiscono obiettivo a cui tendere"*.

Senonché tale disposizione risulta inapplicabile al fondo della ricorrente perché:

- esso non è intercluso (in senso fisico), atteso che ad esso si accede direttamente dalla strada pubblica;
- lo stesso non è intercluso neppure sotto il profilo urbanistico giacché il "lotto intercluso" è costituito da enclavi ancora edificate e situate all'interno di un'area già integralmente urbanizzata che, per tale ragione, sono edificabili anche in assenza di un Piano urbanistico attuativo o di una Convenzione di lottizzazione (*ex multis*: Cons. Stato, Sez. sez. IV, 02.04.2020, 2228), ma tale situazione non ricorre nel caso di specie sia perché tale qualità del fondo non è stata dimostrata, sia perché il lotto della ricorrente è già stato edificato e non vi è prova che la zona circostante sia stata integralmente urbanizzata, anche perché il Piano attuativo originario è stato attuato solo parzialmente.

11.3) L'art. 42 del REC stabilisce che *"Le distanze minime da rispettare, misurate dal bordo interno dell'invaso, sono le seguenti: - mt. 3,00 dal filo esterno degli edifici della medesima proprietà e dai confini con la proprietà pubblica (...)"*.

La piscina è ubicata pacificamente a meno di 3 metri dalla proprietà pubblica costituita dal marciapiede, ma la ricorrente ritiene inapplicabile la norma al manufatto in quanto totalmente interrato.

La tesi è infondata.

Come correttamente argomentato dalla difesa della civica amministrazione i volumi interrati possono derogare alle norme generali in tema di distanze legali, ma non alle norme speciali stabilite dal Pianificatore locale che, in quanto integrative della normativa del codice civile, non sono eludibili.

In particolare è stato affermato che *“in tema di distanza, in mancanza di una norma specifica contenuta nel regolamento edilizio comunale (...) va applicato l’art. 899 del codice civile, che, per le costruzioni interrate quali pozzi, cisterne e fosse, prevede una distanza minima di “almeno due metri tra il confine e il punto più vicino del perimetro interno delle opere predette”* (Cons. Stato, Sez. II, 7.1.2022 n. 109), con la conseguenza che quando esistono – come nel caso di specie – disposizioni edilizie locali, esse esplicano un’efficacia integrativa della disciplina del codice civile e, in tale prospettiva, non sono derogabili. Ne consegue che in ragione della contenuta nell’art. 42 del REC che prescrive la distanza minima di 3 metri, l’ordine di demolizione impugnato appare legittimo anche sotto tale profilo.

per avere applicato tale distanza minima.

12) Conclusivamente il ricorso è infondato e deve essere respinto.

13) Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio che si liquidano nella somma di euro 2000 (duemila) maggiorate delle spese generali (15%), nonché di C.p.a. ed iva (quest'ultima se dovuta).

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità della ricorrente.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Bernardo Massari, Presidente

Massimo Zampicinini, Referendario

Marcello Bolognesi, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Marcello Bolognesi**

**IL PRESIDENTE**  
**Bernardo Massari**

**IL SEGRETARIO**