

N. 00919/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00590/2023 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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 590 del 2023, proposto da Martin Heinrich Theodor Reintjes, Giorgia Anna Parini, Andrea Simboli, rappresentati e difesi dall'avvocato Beatrice Doga', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Desenzano del Garda, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Gorlani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Ministero della Cultura, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale Stato, domiciliataria *ex lege* in Brescia, via S. Caterina, 6;

nei confronti

Elisabetta Zambon, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Ditto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del provvedimento del Comune di Desenzano del Garda n. 9391 del 29 dicembre 2022, non notificato, emesso in favore della sig.ra Elisabetta Zambon, con il quale è stata accertata la compatibilità paesaggistica dell'intervento di ampliamento del terrazzo del fabbricato sito in Desenzano del Garda, via Mazzini 23, censito al foglio 11, mapp. 25, sub. 23 (procedimento PE n. 1368/2022/COMP_PAE);

- del parere della Commissione per il Paesaggio di Desenzano del Garda n. 345 del 13 settembre 2021;

- del parere (implicito) reso dalla Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici di Brescia, con riferimento al procedimento PE n. 1368/2022/COMP_PAE del Comune di Desenzano del Garda;

- di ogni altro atto a connesso, conseguente o presupposto, anche non noto

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Desenzano del Garda, del Ministero della Cultura e di Elisabetta Zambon;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2024 la dott.ssa Beatrice Rizzo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Gli odierni ricorrenti sono proprietari di distinte unità immobiliari ricomprese all'interno del "Palazzo Parini", edificio storico sito in Desenzano del Garda,

soggetto a vincolo paesaggistico apposto ai sensi della L. n. 1497/1939, in virtù del D.M. 14/11/1962.

All'interno del predetto immobile insiste l'unità immobiliare posta all'ultimo piano di proprietà della signora Zambon, odierna controinteressata, alla quale accede una terrazza a tasca, ottenuta, cioè, dalla trasformazione di uno spazio, prima interno ad una mansarda, creando un'apertura, di norma rettangolare e dunque a forma di un taschino, su uno dei lati spioventi del tetto obliquo.

A seguito di sopralluogo effettuato in data 13.10.2020, il Comune di Desenzano ha accertato che la terrazza in questione sarebbe risultata più ampia di quanto assentito con gli originari titoli edilizi, essendo stata modificata parte della copertura del fabbricato per una maggior superficie di circa 7,50 mq.

L'Amministrazione ha quindi avviato il procedimento preordinato all'adozione del provvedimento di rimessa in pristino con demolizione delle opere condotte in assenza di titolo abilitativo e di autorizzazione paesaggistica.

La controinteressata ha presentato, in data 22.12.2020, domanda di accertamento di compatibilità paesaggistica ai sensi degli artt. 167 e 181 d.lgs. n. 42/2004 per opere realizzate in difformità rispetto all'autorizzazione, dichiarando nella relazione paesaggistica allegata all'istanza che lo *“stato delle opere risalente al 1975 coincide con quello attuale”* e che *“la terrazza presenta le dimensioni attuali sin dall'ultimazione dei lavori avvenuta nel 1974”*.

Nel corso del procedimento è intervenuta la signora Romana Fosson, proprietaria di uno degli appartamenti di Palazzo Parini, segnalando come l'ampliamento della terrazza fosse stato effettuato in epoca successiva, nel corso dell'anno 2003.

Con provvedimento del 29 dicembre 2022, il Comune di Desenzano del Garda, previo conforme parere rilasciato dalla Commissione comunale per il paesaggio, ha accertato la compatibilità paesaggistica dell'intervento.

In data 15 maggio 2023 gli odierni ricorrenti hanno proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica per ottenere l'annullamento degli atti indicati in epigrafe.

Con atto notificato in data 21 giugno 2023 la sig.ra Zambon ha chiesto la trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario.

Con atto di costituzione del 27 luglio 2023, i ricorrenti si sono costituiti riproponendo i motivi sollevati in sede di ricorso straordinario, deducendo (1) *violazione di legge: violazione e falsa applicazione degli artt. 136 e 167, d.lgs. n. 42/2004; violazione e falsa applicazione dell'art. 1, l. n. 1497/1939; eccesso di potere per difetto di istruttoria*; (2) *violazione di legge: violazione e falsa applicazione dell'art. 167, d.lgs. n. 42/2004, sotto ulteriore profilo; eccesso di potere per difetto di istruttoria e contraddittorietà*; (3) *violazione di legge: violazione e falsa applicazione dell'art. 167, d.lgs. n. 42/2004, sotto ulteriore profilo; violazione e falsa applicazione dell'art. 81, l.r. Lombardia n. 12/2005; eccesso di potere per difetto di istruttoria, contraddittorietà e illogicità manifesta, sotto ulteriore profilo*; (4) *violazione di legge: violazione e falsa applicazione dell'art. 167, d.lgs. n. 42/2004, sotto ulteriore profilo; eccesso di potere per difetto di istruttoria, contraddittorietà e illogicità manifesta*; (5) *violazione di legge: violazione e falsa applicazione dell'art. 167, d.lgs.n. 42/2004, sotto ulteriore profilo; eccesso di potere per difetto di istruttoria, contraddittorietà e illogicità manifesta, sotto ulteriore profilo*.

Si sono costituiti in giudizio la controinteressata e il Comune di Desenzano del Garda, depositando documenti e memorie ed insistendo per il rigetto del ricorso.

Il Ministero della Cultura si è costituito senza svolgere difese, con atto di mero stile.

All'udienza pubblica del 6 novembre 2024 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente, per ragioni di priorità logico-giuridica, occorre esaminare le censure dedotte con il secondo motivo di ricorso, poichè dirette a contestare la stessa assentibilità paesaggistica dell'intervento.

Con tale motivo, i ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 167 del d.lgs. n. 42/2004, asserendo che l'intervento realizzato dalla controinteressata dovrebbe essere escluso da quelli assoggettabili ad accertamento di compatibilità paesaggistica, avendo determinato la creazione di una maggior superficie utile rispetto a quella originariamente assentita.

La censura è infondata.

L'art. 167 al comma 4 dispone che *“l'autorità amministrativa competente accerta la compatibilità paesaggistica, secondo le procedure di cui al comma 5, nei seguenti casi: a) per i lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati...”* e pertanto esclude dal procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica postuma gli interventi che abbiano determinato la creazione di superficie utile.

In ordine a tale nozione, questo Collegio ritiene di aderire al prevalente orientamento della giurisprudenza (*ex multis* Consiglio di Stato sez. VI, 7.2.2024, n. 1241 e sez. VI, 17.3.2022, n. 1932, Sez. VI, 6 aprile 2020, n. 2250, Sez. VI, 13 maggio 2016, n. 1945), secondo il quale il concetto di superficie utile rilevante al fine di impedire l'applicazione dell'accertamento di compatibilità paesaggistica di cui all'art. 167, comma 4, d.lgs. 42/2004 deve essere individuato mediante il riferimento al significato tecnico giuridico attribuitogli dalla normativa urbanistico-edilizia.

In particolare, il Regolamento edilizio-tipo approvato in sede di Intesa Stato-Regioni, in attuazione dell'art. 4, comma 1-*sexies* del d. P.R. 6 giugno 2001, n. 380,

distingue nettamente la nozione di superficie utile dalla nozione di superficie accessoria, definendo la prima come la “*superficie di pavimento degli spazi di un edificio misurata al netto della superficie accessoria e di murature, pilastri, tramezzzi, sguinci e vani di porte e finestre...*”, e la seconda come la “*superficie di pavimento degli spazi di un edificio aventi carattere di servizio rispetto alla destinazione d’uso della costruzione medesima, misurata al netto di murature, pilastri, tramezzzi, sguinci, vani di porte e finestre. La superficie accessoria può ricomprendere, per esempio:....b) i ballatoi, le logge, i balconi e le terrazze*”.

Posto che nel caso di specie viene in rilievo l’intervento di ampliamento di una terrazza, lo stesso va considerato quale aumento di superficie accessoria, e non di superficie utile, non potendo, dunque, ritenersi di per sé come ostativo all’avvio del procedimento di autorizzazione paesaggistica postuma: procedimento comunque necessario, facendosi questione di opere comportanti un mutamento dello stato dei luoghi esterni, e delle quali occorre, in ogni caso, verificare la compatibilità con i valori paesaggistici oggetto di vincolo.

Il primo motivo di ricorso, per ragioni espositive, verrà trattato successivamente, sicché si può ora esaminare il terzo motivo, nel quale i ricorrenti lamentano che il provvedimento gravato, laddove richiama il parere della commissione per il paesaggio, sarebbe stato emesso sulla base di un presupposto erroneo, ossia sull’assunto che l’ampliamento della terrazza fosse stato realizzato all’epoca degli originari interventi edilizi e che fosse quindi già assentito in forza della licenza di costruzione n. 1228 del 25.1.1973 e della successiva licenza di costruzione per opere in variante n. 1417 del 14.11.1973. Deducono che, al contrario, l’intervento di ampliamento sia risalente all’anno 2003, e tale circostanza inficerebbe il parere reso dalla Commissione comunale, come recepito acriticamente dal Comune, palesando un grave difetto di istruttoria.

La censura è fondata.

Appare opportuno riportare la motivazione del parere reso dalla Commissione del paesaggio, recepito dal provvedimento impugnato, secondo cui *“la sanatoria richiesta riguarda la modifica della copertura di un palazzo storico di una terrazza a tasca. Considerando la loro preesistenza già autorizzata, si ritiene che la modifica eseguita non incida pesantemente sul sistema delle coperture storiche oggetto dell'intervento. Si ritiene pertanto assentibile l'intervento in sanatoria ritenendo peraltro ormai consolidate le modifiche realizzate”*.

La formulazione del parere rende evidente che la valutazione di compatibilità paesaggistica è stata resa sulla base della circostanza che le opere da assentire erano già state autorizzate, o, comunque, ormai consolidate nel tempo, senza formulare alcun giudizio in ordine alla conformità dell'intervento rispetto ai valori paesaggistici tutelati dal vincolo.

Occorre premettere che la questione dell'epoca di realizzazione dei manufatti abusivi e dell'inesistenza di un precedente titolo autorizzativo, se in astratto è ininfluenza ai fini della valutazione di compatibilità paesaggistica postuma, la quale trova proprio nell'assenza di titolo il suo necessario antecedente, assume però nel caso di specie concreta rilevanza, in ragione del fatto che le circostanze della preesistenza dell'opera e della sua previa autorizzazione hanno assunto incidenza determinante nella formulazione del parere della Commissione comunale, costituendo il presupposto dell'accertamento di compatibilità concretamente effettuato.

Al riguardo, la controinteressata ha affermato, nella relazione paesaggistica allegata all'istanza, che lo stato attuale delle opere sarebbe il medesimo di quello assentito con le licenze originarie, e che l'esistenza della maggior superficie riscontrata all'esito del sopralluogo comunale del 2020 non sarebbe il frutto di successive opere edilizie, ma dipenderebbe dal mancato aggiornamento degli elaborati progettuali.

Questa ricostruzione non è convincente.

In senso contrario, infatti, depongono gli elementi emersi in sede procedimentale, ingiustificatamente obliterati dall'amministrazione comunale, i quali conducono ad escludere che l'intervento fosse già stato realizzato all'epoca di rilascio dei titoli originari e non invece, come sostenuto dai ricorrenti, in epoca successiva.

Vengono in rilievo, in primo luogo, le fotografie prodotte in giudizio dai ricorrenti, acquisite in sede procedimentale in quanto allegate all'atto di intervento del 14 febbraio 2021 della signora Fosson: documentazione di cui sono posti in dubbio né il luogo delle riprese né l'epoca di realizzazione.

L'esame di tale fotografie, che rappresentano chiaramente l'esecuzione di lavori edili sulla terrazza, non pone particolari dubbi sul fatto che trattasi di lavori di ampliamento: in particolare, la superficie che risulta ampliata appare coincidere con l'area adiacente al muretto in mattoni, in corrispondenza della porzione di muro sulla quale risulta rimossa parte dell'intonaco. È evidente che in quel punto era stato demolito il preesistente muro a confine con la copertura del tetto, e che tale muro era stato avanzato, come appare palese dall'esame della foto n. 1 prodotta dai ricorrenti, la quale ritrae alcuni operai intenti nella (ri)edificazione del muretto in mattoni.

In ordine alla collocazione temporale di tali fotografie, non può esservi dubbio sul fatto che le stesse riportino interventi realizzati nel corso dell'anno 2003. Sebbene, infatti, solo la prima di tali foto indichi espressamente la data, non può dubitarsi che anche le altre siano riferibili allo stesso contesto temporale: infatti, le foto 1 e 4 ritraggono gli stessi soggetti, ugualmente abbigliati in entrambe, mentre la foto n. 4 riproduce la stessa porzione di muro privata dell'intonaco della foto n. 3, così come

le medesime tegole poste dietro al muro rappresentate nella foto n. 2, sì da potersi ritenere che tutte convergano nel rappresentare un medesimo stato di fatto.

La valenza probatoria di tale documentazione è poi ulteriormente rafforzata dalle dichiarazioni rese da alcuni proprietari di unità immobiliari del palazzo, i quali hanno affermato che i lavori di ampliamento della terrazza siano stati eseguiti nella primavera del 2003.

Anche tali dichiarazioni, così come la documentazione fotografica, sono state prodotte in sede di osservazioni, eppure di esse non è stata compiuta alcuna valutazione in fase procedimentale, ove invece si è tenuto conto delle affermazioni apoditticamente espresse dalla controinteressata in ordine al presunto difetto di adeguamento dei progetti originari, circostanza della quale non è stata fornita alcuna dimostrazione.

Non possono valere a comprovare tale tesi, infatti, le carte ortografiche storiche prodotte nel corso del giudizio dalla signora Zambon, le quali, secondo la prospettazione difensiva, dovrebbero attestare che lo stato dei luoghi sia rimasto immutato dal 1975 sino ad oggi.

A ben vedere, tale documento, si presenta del tutto inintelligibile, essendo composto di macchie sfuocate che dovrebbero rappresentare in anni diversi l'area d'interesse: esso non permette dunque alcuna verifica o misurazione dell'effettiva dimensione della terrazza, e risulta privo di qualsiasi valenza dimostrativa dell'invarianza della superficie complessiva nel corso del tempo.

Alla luce di quanto sin qui considerato, il provvedimento oggetto di gravame deve ritenersi inficiato da un palese difetto di istruttoria, avendo il Comune omesso di compiere una congrua valutazione di tutti gli elementi emersi nel corso del procedimento, come sopra indicati.

Con il quarto motivo i ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 167 comma 5 del d.lgs. n. 42/2004, poiché il provvedimento sarebbe stato rilasciato in assenza del consenso di tutti i soggetti legittimati alla richiesta di autorizzazione paesaggistica. Deducono, infatti che, la natura di bene comune del tetto di copertura del palazzo sul quale è stato realizzato l'intervento di ampliamento della terrazza avrebbe richiesto l'assenso di tutti i condomini. La violazione denunciata rileverebbe anche sotto il profilo dell'eccesso di potere per difetto di istruttoria, atteso che il Comune, pur avendo inizialmente richiesto alla sig.ra Zambon di documentare il consenso di tutti i soggetti interessati dall'intervento, avrebbe poi rilasciato il titolo in sanatoria senza appurare l'intervenuto assenso dei condomini.

Preliminarmente va esaminata l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata sul punto dalla controinteressata.

L'eccezione va respinta.

I ricorrenti, infatti, hanno fatto valere l'illegittimità di un provvedimento amministrativo, l'accertamento di compatibilità paesaggistica, che costituisce esercizio di un potere, e rispetto al quale gli stessi vantano una posizione di interesse legittimo oppositivo: pertanto la controversia ricade pacificamente nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 7, commi 1 e 4, c.p.a.. La circostanza che l'illegittimità denunciata con il presente motivo di censura (ossia il difetto di legittimazione della controinteressata alla presentazione dell'istanza di compatibilità paesaggistica) sia collegata a questioni civilistiche inerenti alla titolarità dei beni comuni all'interno di un edificio condominiale non pone questioni di giurisdizione né è idonea a radicare la giurisdizione di altro giudice: trattasi, infatti, di questioni pregiudiziali sulle quali il giudice amministrativo può pronunciarsi ai sensi dell'art. 8 c.p.a..

Nel merito il motivo è fondato.

Innanzitutto, va rilevato che la porzione di edificio sulla quale si colloca la terrazza oggetto di giudizio (o quantomeno la porzione interessata dall'ampliamento) ha natura condominiale.

L'intervento, infatti, è stato realizzato sul tetto di copertura dell'immobile, bene rispetto al quale, in assenza di un titolo contrario, vige una presunzione legale di condominialità ai sensi dell'art. 1117 c.c. secondo cui *“sono oggetto di proprietà comune dei proprietari delle singole unità immobiliari dell'edificio, anche se aventi diritto a godimento periodico e se non risulta il contrario dal titolo:1) tutte le parti dell'edificio necessarie all'uso comune, come il suolo su cui sorge l'edificio, le fondazioni, i muri maestri, i pilastri e le travi portanti, i tetti e i lastrici solari...”*. Poiché non risulta un titolo comprovante la titolarità esclusiva della porzione di lastrico in questione in capo alla controinteressata, la stessa deve ritenersi di natura condominiale. In ogni caso, la circostanza non è stata contestata dalla signora Zambon (né dal Comune), sicché può ritenersi pacifica tra le parti.

Appurato che l'intervento di ampliamento è stato realizzato su bene di natura condominiale, occorre verificare quali siano i riflessi della situazione di condominialità sul procedimento di rilascio del titolo paesaggistico.

A tal fine, appare utile dare conto del quadro normativo di riferimento.

Per quanto concerne il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, l'art. 146 comma 1 del d.lgs. n. 42/2004 dispone 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 introdurre modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione”*

Il successivo comma 2 prevede che *“I soggetti di cui al comma 1 hanno l'obbligo di presentare alle amministrazioni competenti il progetto degli interventi che intendano intraprendere...”*.

Con riguardo all'accertamento di compatibilità paesaggistica in sanatoria, l'art. 167 attribuisce la legittimazione a presentare la relativa istanza al "*proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo dell'immobile o dell'area interessati dagli interventi*".

Di analogo tenore sono le disposizioni che contemplano, in ambito edilizio, la legittimazione a richiedere il rilascio del permesso di costruire, del quale l'autorizzazione paesaggistica, per i beni vincolati, costituisce l'indefettibile presupposto.

L'art. 11 del d.p.r. n. 380/2001 prevede, infatti, che il permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo.

L'art. 36 del medesimo d.p.r. individua i soggetti legittimati a richiedere il permesso in sanatoria nell'attuale proprietario del bene e nel responsabile dell'abuso. La legittimazione, in questo caso, è più ampia rispetto a quella prevista per l'ipotesi di cui all'art. 11, ma ricomprende pur sempre il proprietario del bene.

Così ricostruito il quadro normativo rilevante, occorre esaminare l'interpretazione che di tali disposizioni ha fornito la giurisprudenza amministrativa allorchè i titoli edilizi vengano richiesti in relazione a beni di natura condominiale, al fine di verificare se il rilascio di tali titoli sia condizionato al consenso dei comproprietari o dei condomini.

La giurisprudenza prevalente, formatasi per lo più con riferimento al rilascio del permesso di costruire, sia ordinario sia in sanatoria, ha affermato che:

1) i lavori edilizi, da eseguirsi su parti indicate come comuni del fabbricato e comportanti opere non connesse all'uso normale della cosa comune, devono essere preceduti dal previo assenso dei comproprietari, situazione questa che impone al Comune di accertare l'esistenza del consenso alla realizzazione da parte di tutti i

condomini e, quindi, un preciso obbligo di istruttoria (cfr. TAR Campania, Salerno, 5253/2020, sez. IV, 10/03/2011, n. 1566);

2) in sede di rilascio del titolo abilitativo edilizio “*sussiste l’obbligo per l’amministrazione comunale di verificare il rispetto da parte dell’istante dei limiti privatistici, a condizione che tali limiti: a) siano effettivamente conosciuti o immediatamente conoscibili; b) non siano contestati; ciò in quanto il controllo da parte dell’ente locale si deve tradurre in una semplice presa d’atto dei limiti senza necessità di procedere ad un’accurata ed approfondita disamina dei rapporti dominicali, rimessi ai poteri di accertamento dell’autorità giudiziaria ordinaria*” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 dicembre 2011 n. 6731; Sez. IV, 10 dicembre 2007 n. 6332);

3) se, dunque, l’amministrazione normalmente non è tenuta a svolgere indagini particolari in presenza di una richiesta edificatoria presentata da un condomino, al contrario, qualora uno o più condomini si attivino per denunciare il proprio dissenso rispetto al rilascio del titolo edilizio o sia evidente la compromissione del compendio condominiale, il Comune dovrà verificare se, a base dell’istanza edificatoria, sia riconducibile l’effettiva sussistenza della disponibilità del bene oggetto dell’intervento edilizio, circoscrivendo invero l’art. 11 del d.P.R. n. 380/2001 la legittimazione attiva all’ottenimento del titolo abilitativo “*al proprietario dell’immobile o a chi abbia titolo per richiederlo*” (cfr. TAR Campania, sez. II, 20/02/2018, n. 01593);

4) pertanto, qualora i lavori edilizi siano in grado di incidere su parti comuni del fabbricato e si tratti di opere non connesse all’uso normale della cosa comune (ex art. 1102 c.c.), essi abbisognano, in sede di rilascio del titolo autorizzativo, del previo assenso del condominio anche in relazione agli aspetti pubblicistici (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 dicembre 2011 n. 6731; Consiglio di Stato, Sez. IV, 10 dicembre 2007 n. 6332 e 11 aprile 2007 n. 1654), ed anche per il caso di sanatoria (cfr. TAR Campania n.1593 del 20 febbraio 2018, ibidem n. 6005/2016).

I principi di cui sopra, formulati con riferimento al permesso di costruire, sono estensibili anche all'accertamento di compatibilità paesaggistica.

In tal senso depone il tenore delle disposizioni normative di cui agli artt. 146 e 167 d.lgs. 42/2004 dettate in relazione ai beni vincolati, le quali, laddove attribuiscono al proprietario e ai soggetti che vantino una relazione qualificata col bene la legittimazione a presentare l'istanza di autorizzazione paesaggistica, riproducono sostanzialmente il contenuto delle disposizioni dettate in materia edilizia dagli artt. 11 e 36 del d.p.r. 380/2001, individuando tra i destinatari dei rispettivi titoli i medesimi soggetti.

Inoltre, in base ad un'argomentazione *a contrario*, sarebbe irragionevole ritenere che il consenso dei condomini sia necessario solo in relazione alla richiesta di permesso di costruire e non anche rispetto all'autorizzazione paesaggistica, e ciò perchè il rilascio di tale titolo in assenza di consenso sarebbe inutile, atteso che l'assentibilità edilizia dell'intervento sarebbe poi concretamente preclusa dall'impossibilità di rilascio del permesso di costruire per il mancato assenso degli altri comproprietari (in termini, TAR Basilicata, 8 novembre 2023, n. 56).

Facendo applicazione dei principi indicati alla fattispecie, possono trarsi le seguenti conclusioni.

L'intervento di ampliamento della terrazza ha interessato una parte comune del fabbricato, comportando opere non connesse all'uso normale della cosa comune, e pertanto avrebbe richiesto il previo assenso dei comproprietari.

I limiti condominiali erano ben conosciuti dall'ente comunale né sugli stessi erano insorte contestazioni.

Risulta, infatti, che:

- 1) nelle osservazioni formulate dalla signora Fasson nel corso del procedimento sia stato evidenziato il mancato rilascio del consenso da parte del condomino Perini, proprietario dell'unità immobiliare sottostante a quella della Zambon, tanto che il Comune ha invitato quest'ultima a produrre l'autorizzazione di tutti i comproprietari aventi titolo;
- 2) in risposta a tale richiesta, la Zambon non ha negato né la natura condominiale del bene, né la qualità di condomino di quel soggetto;
- 3) nelle ulteriori osservazioni prodotte al Comune con la nota del 4.6.2021, è stato rappresentato e documentato il dissenso alla presentazione dell'istanza da parte di altri due condomini;
- 4) rispetto a tale circostanza, la controinteressata non ha formulato alcun rilievo;
- 5) successivamente, con la nota del 23.02.2022, il Comune ha precisato che *“l'iter procedurale potrebbe essere pertanto concluso, tuttavia per l'emissione del provvedimento finale si rimane in attesa che l'Avv. Zambon provveda a trasmettere la documentazione integrativa richiesta, relativa alla dimostrazione dell'esistenza di un titolo idoneo di godimento dell'intero bene interessato dal progetto (consenso dei condomini «comproprietari» della porzione di copertura del fabbricato interessata dalla terrazza abusiva)”*;
- 6) nessuna ulteriore documentazione è stata prodotta dalla controinteressata. Ciò nonostante, il Comune ha inspiegabilmente proceduto al rilascio dell'autorizzazione. Quanto precede rende evidente l'illegittimità del provvedimento adottato; né il Comune ha accertato se la controinteressata istante fosse pienamente legittimata alla presentazione dell'istanza di compatibilità paesaggistica: il difetto di legittimazione risulta dal mancato accordo tra tutti i condomini, circostanza questa, come detto, ben nota all'amministrazione in considerazione delle opposizioni che erano state proposte in sede procedimentale.

In ragione dell'accoglimento del terzo e del quarto motivo di ricorso, può ritenersi assorbito il primo motivo, in cui i ricorrenti deducono che la valutazione di compatibilità paesaggistica espressa nel provvedimento impugnato sarebbe stata effettuata sulla base di un presupposto erroneo, poichè il Comune avrebbe considerato unicamente il vincolo di cui al DM 16/12/1958, che tutela la visuale del lago di Garda e le sue sponde, tralasciando di considerare l'ulteriore vincolo imposto sul bene ai sensi dell'art. 136 del medesimo D.lgs. tramite DM 14/11/1962, che protegge "il suggestivo abitato della riviera di Desenzano e di Rivoltella e dei loro dintorni", tutelando quindi anche gli aspetti architettonici dei paesi che si affacciano sul lago, e non solo la bellezza panoramica. Ciò rivelerebbe un evidente difetto di istruttoria nonché una valutazione viziata della compatibilità paesaggistica di un intervento di ampliamento di una terrazza, inevitabilmente destinato ad incidere sull'aspetto architettonico del luogo protetto dal vincolo.

Con il quinto motivo i ricorrenti lamentano l'illegittimità del parere della Soprintendenza, formatosi *per silentium* sulla base di un quadro documentale incompleto. Risulterebbe, infatti, che, successivamente al decorso del termine di 90 giorni dalla trasmissione dell'istanza di compatibilità paesaggistica, vi sarebbe stata un'integrazione documentale della Zambon non trasmessa alla Soprintendenza.

Il motivo è infondato, atteso che, non essendovi prova di quale fosse il contenuto di tale integrazione documentale, non può dirsi che la stessa fosse idonea a modificare nella sostanza il contenuto dell'istanza di sanatoria paesaggistica con la conseguente necessità di ottenere un nuovo parere da parte della Soprintendenza.

In conclusione, il ricorso va accolto e l'accertamento di compatibilità paesaggistica emesso dal Comune deve essere annullato.

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 accoglie e per l'effetto:

- 1) annulla il provvedimento impugnato nei sensi e per gli effetti precisati in motivazione;
- 2) condanna la controinteressata e il Comune di Desenzano del Garda, in solido tra loro, alla refusione delle spese di giudizio in favore dei ricorrenti nella misura di euro 5.000,00 oltre accessori di legge;
- 3) compensa le spese nei confronti del Ministero della Cultura.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Alessandro Fede, Referendario

Beatrice Rizzo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Beatrice Rizzo

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO