

Pubblicato il 23/05/2019

N. 03367/2019REG.PROV.COLL.

N. 03053/2010 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3053 del 2010, proposto dal signor Giorgio Sartore, erede della signora Elda Sacchini, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Contaldi, Mario Eugenio Comba, Gianluca Contaldi, con domicilio eletto presso lo studio Mario Contaldi in Roma, via Pierluigi Da Palestrina, 63;

contro

il Comune di Cambiano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Paolo Videtta, con domicilio eletto presso lo studio Marco Gardin in Roma, via L. Mantegazza, 24;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Sezione Prima) n. 01564/2009, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Cambiano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 aprile 2019 il Cons. Giovanni Orsini e uditi per le parti gli avvocati Gabriele Pafundi su delega di Mario Contaldi, Paolo Federico Videtta su delega di Francesco Paolo Videtta;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'appello in esame è volto ad ottenere l'annullamento della sentenza n. 1564 del 2009 del Tar del Piemonte - sezione I - con la quale è stato respinto il ricorso per l'annullamento dell'ordinanza n. 71 del 4 ottobre 2007, emessa dal responsabile del settore urbanistica-edilizia privata del Comune di Cambiano, recante il diniego del permesso di costruire in sanatoria con contestuale ordine di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi. Le opere interessate concernono *«la sopraelevazione di un basso fabbricato (a suo tempo assentito con licenza edilizia 28.07.1971 n. 501/716 ed ampliato con concessione edilizia 27.12.1977 n. 1185/1880) con conseguente realizzazione di un ulteriore piano fuori terra e cambio di destinazione d'uso da sgombero e servizi vari a residenziale; la realizzazione di un avancorpo ad un piano fuori terra, in parte in muratura ed in parte in legno, adibito a soggiorno con angolo cottura; la realizzazione di un basso fabbricato chiuso sui tre lati con blocchi di calcestruzzo; la realizzazione di un muretto di recinzione di circa 40 mt. di lunghezza con accesso carraio.»*.

2. Il provvedimento impugnato motiva il diniego rilevando in particolare che *«L'avancorpo realizzato, per il lato ovest, non rispetta la confrontanza di cui all'art. 19 c. 5 delle Norme Tecniche di Attuazione allegate al P.R.G.C. vigente, dell'edificio esistente di civile abitazione ed inoltre essendo stata eliminata la copertura della scala, lo stesso risulta edificato a mt. 1.35 dal confine est, per la parte eccedente la sagoma della scala, per tale motivazione non risulta conforme alle prescrizioni dell'art. 19 comma 6 delle Norme Tecniche di attuazione allegate al P.R.G.C. vigente che prevedono un distacco dai confini di 5 mt. o la costruzione a confine previo assenso della proprietà confinante. Ai fini della verifica del rispetto delle norme sulle*

distanze, anche la sopraelevazione del fabbricato esistente deve essere considerata alla stregua di una nuova costruzione dunque è soggetta al distacco minimo di mt. 5,00 dalle proprietà limitrofe sui lati nord ed est. La sopraelevazione non rispetta inoltre la confrontanza minima di mt. 10.00 dall'edificio di civile abitazione esistente, distanza inderogabile ai sensi del D.M. 1444/1968.».

3. Nel ricorso di primo grado era stata lamentata la violazione degli articoli 31 e 33 del testo unico edilizio per lesione dell'affidamento ingenerato dal fatto che le opere in questione sarebbero state realizzate (come proverebbe fra l'altro una relazione tecnica di parte) all'epoca del rilascio della concessione edilizia del 7 dicembre 1977, che autorizzava l'ampliamento di un fabbricato di proprietà della ricorrente. Ciò avrebbe implicato anche il vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Il Tar ha ritenuto che *«le allegazioni di parte ricorrente intorno alla pretesa risalenza nel tempo delle opere contestate, erano generiche ed indimostrate e colludenti con le risultanze esplicitamente illustrate di cui al sopralluogo comunale e allegata relazione del 13 ottobre 2006».*

Per il giudice di primo grado, infatti, la relazione del sopralluogo chiarisce che l'attività costruttiva era in fase di realizzazione in quel momento e che tali rilievi non possono che prevalere sulla relazione di parte.

In ogni caso, il Tar afferma che la vetustà dell'abuso non è elemento sufficiente a consentirne la sanatoria, determinandosi al più un onere motivazionale più incisivo da parte dell'amministrazione relativamente alla esigenza di tutelare l'interesse pubblico. La sentenza impugnata respinge peraltro anche il motivo proposto nel ricorso concernente la violazione dell'articolo 9 del decreto ministeriale n. 1444 del 1968 in ragione del fatto che l'immobile fronteggiante era di proprietà della stessa ricorrente essendo stato trasferito a terzi solo nel 2005. Alla data del sopralluogo (13 ottobre 2006) i due immobili erano di proprietà di soggetti diversi e pertanto tale censura avrebbe potuto essere presa in considerazione solo provando che la

sopraelevazione era stata realizzata precedentemente al passaggio di proprietà dell'11 maggio 2005.

4. L'appello in esame deduce, in primo luogo, le erroneità in fatto della sentenza di primo grado per la mancata e non corretta acquisizione di elementi rilevanti ai fini della decisione. In particolare, non si sarebbe tenuto conto di quanto emerge dalla fotografia aerea del fabbricato oggetto del contendere e dalla relazione tecnica prodotta dalla stessa ricorrente per la quale ci si è limitati a denunciarne lo scarso valore probatorio senza confutare gli elementi specifici evidenziati. Al riguardo, la ricorrente ricorda che la licenza edilizia originaria prevedeva un limitato ampliamento del manufatto che viceversa è stato ampliato oltre i limiti consentiti e sopraelevato anche con l'inserimento di due aperture sulla facciata. La fotografia aerea attesterebbe che tali opere erano già presenti nel decennio 1980-1990. Ciò è confermato anche dalla relazione tecnica. L'appellante afferma inoltre che le opere in corso nel periodo del sopralluogo non riguardavano la struttura dell'avancorpo, ma solo la chiusura con vetrata di una copertura già esistente. Inoltre, viene sottolineato che il tribunale di Torino, in sede penale, ha dichiarato l'estinzione del reato per prescrizione proprio in ragione del fatto che gli abusi sarebbero stati commessi in epoca risalente almeno al 1997 e ciò sulla base della documentazione fotografica prodotta dalla difesa. Nel corso del processo penale sono stati escussi anche testimoni che hanno confermato tale tesi (primo motivo).

4.1. In secondo luogo l'appello deduce l'erroneità in diritto per violazione dei principi giurisprudenziali in tema di legittimo affidamento ingeneratosi per il lungo tempo trascorso dalla commissione dell'abuso edilizio, in quanto il giudice di primo grado non ha valutato se l'ordinanza impugnata avesse effettivamente esplicitato l'attualità dell'interesse pubblico a ripristinare lo stato di luoghi con le violazioni oggetto dell'abuso edilizio (secondo motivo).

4.2. In terzo luogo, l'appello censura l'erroneità in fatto per la mancata e non corretta acquisizione di elementi rilevanti ai fini della decisione con riferimento alla censura sulla vicinanza tra i due edifici oggetto della causa, dato che lo stesso Tar riconosce che la prova della avvenuta realizzazione delle opere precedentemente al passaggio di proprietà consentirebbe di prendere in considerazione tale elemento (terzo motivo).

4.3. L'appello ripropone infine i seguenti motivi che non sarebbero stati scrutinati in primo grado: la violazione di legge per contrasto con l'articolo 19, comma 6, delle NTA che, affidando ai privati la disponibilità delle distanze, non legittimerebbe l'intervento sanzionatorio per lesione di interessi pubblici (quarto motivo); la violazione di legge per falsa applicazione dell'articolo 30, comma 1, del decreto legislativo n. 380 del 2001, in quanto la recinzione, che secondo l'amministrazione avrebbe comportato un frazionamento ai sensi di tale norma, è conseguenza invece del trasferimento di proprietà avvenuto a seguito della procedura giudiziale di esecuzione immobiliare del maggio 2005 (quinto motivo).

4.4. Viene anche ribadita l'istanza istruttoria, già proposta in primo grado, di acquisizione di una consulenza tecnica di ufficio finalizzata a valutare la correttezza del giudizio espresso dall'amministrazione sull'epoca di edificazione delle opere oggetto del giudizio.

5. Con ordinanza 2865/22010 la IV sezione di questo Consiglio ha accolto l'istanza cautelare solo con riferimento all'ordine di demolizione.

6. Con la memoria difensiva del 26 marzo 2019, l'appellante conferma quanto considerato in sede di ricorso sottolineando, in particolare, la necessità valutare gli elementi di fatto prodotti in giudizio (insistendo, al riguardo, anche sulla proposta di promuovere una consulenza tecnica) concernenti la anteriorità delle opere all'anno 2005, poiché in tal modo sarebbe dimostrata l'erroneità della tesi sostenuta dal Comune circa la violazione della distanza minima tra gli immobili ai sensi

dell'articolo 9 del decreto ministeriale n. 1444 del 1968 che era alla base del provvedimento impugnato.

7. Il Comune ha replicato con le memorie del 26 marzo 2019 e del 5 aprile 2019, cui ha fatto seguito l'ulteriore replica dell'appellante dell'8 aprile 2019.

8. Nell'udienza pubblica del 30 aprile 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

9. Con i primi due motivi l'appellante afferma che la sentenza di primo grado non avrebbe tenuto conto della vetustà delle opere contestate anche con riferimento al legittimo affidamento che si sarebbe determinato.

Le censure non sono fondate in ragione della non sanabilità degli abusi per la violazione della normativa sulle distanze.

L'Adunanza plenaria n. 9 del 2017, infatti, ha stabilito (confermando l'orientamento prevalente della giurisprudenza risalente) che *«il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo e giammai assistito da alcun titolo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso. Il principio in questione non ammette deroghe neppure nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino»*.

Conseguentemente, deve essere respinta anche l'istanza istruttoria di consulenza tecnica.

10. Per quanto riguarda il mancato rispetto delle distanze, alla base del provvedimento impugnato, il Collegio si richiama ai seguenti principi affermati dalla giurisprudenza e recentemente sintetizzati nella sentenza della IV Sezione n. 6378/2018:

a) l'art. 9 del d.m. del 1968, laddove prescrive la distanza di dieci metri tra pareti finestrate di edifici antistanti, va rispettato in tutti i casi, trattandosi di norma volta ad impedire la formazione di intercapedini nocive sotto il profilo igienico-sanitario, e pertanto non è eludibile (cfr. Cass. civ., Sez. II, 26 gennaio 2001 n. 1108; Cons. Stato, Sez. V, 19 ottobre 1999 n. 1565; da ultimo, Cass. civ., Sez. II, 3 ottobre 2018 n.24076); conseguentemente le distanze fra le costruzioni sono predeterminate con carattere cogente in via generale ed astratta, in considerazione delle esigenze collettive connesse ai bisogni di igiene e di sicurezza, di guisa che al giudice non è lasciato alcun margine di discrezionalità nell'applicazione della disciplina in materia per equo contemperamento degli opposti interessi (cfr. Cass., Sez. II, 16 agosto 1993 n. 8725 e 7 giugno 1993 n. 6360);

b) la distanza di dieci metri, che deve sussistere tra edifici antistanti, va calcolata con riferimento ad ogni punto dei fabbricati e non alle sole parti che si fronteggiano (Cons. St., Sez. V, 16 febbraio 1979, n. 89). Tale calcolo si riferisce a tutte le pareti finestrate e non soltanto a quella principale, prescindendo altresì dal fatto che esse siano o meno in posizione parallela (Cass., Sez. II, 30 marzo 2001 n. 4715), indipendentemente dalla circostanza che una sola delle pareti fronteggianti sia finestrata e che tale parete sia quella del nuovo edificio o dell'edificio preesistente, o della progettata sopraelevazione, ovvero ancora che si trovi alla medesima o a diversa altezza rispetto all'altra (cfr. Cass., Sez. II, 3 agosto 1999 n. 8383; Cons. St., Sez. IV, 5 dicembre 2005, n. 6909; id., 2 novembre 2010, n.7731);

c) l'art. 136 d.P.R. n. 380 del 2001 ha mantenuto in vigore l'art. 41 quinquies, commi 6, 8, 9, della legge n. 1150 del 1942, per cui in forza dell'art. 9 del d.m. n. 1444 del 1968 la distanza minima inderogabile di 10 metri tra le pareti finestrate e di edifici antistanti è quella che tutti i Comuni sono tenuti ad osservare, ed il giudice è tenuto ad applicare tale disposizione anche in presenza di norme

contrastanti incluse negli strumenti urbanistici locali, dovendosi essa ritenere automaticamente inserita nel PRG al posto della norma illegittima (Cass. civ., Sez. II, 29 maggio 2006, n. 12741). La norma, per la sua genesi e per la sua funzione igienico-sanitaria, costituisce quindi un principio assoluto ed inderogabile (Cass. civ., Sez. II, n. 11013/2002), che prevale sia sulla potestà legislativa regionale, in quanto integra la disciplina privatistica delle distanze (Corte Cost., n. 232 del 2005), sia sulla potestà regolamentare e pianificatoria dei Comuni, in quanto deriva da una fonte normativa statale sovraordinata (Cass. civ., Sez. II, n. 23495/2006), sia infine sull'autonomia negoziale dei privati, in quanto tutela interessi pubblici che non sono nella disponibilità delle parti (Cons. St., Sez. IV, 3094 del 2007);

d) ai fini dell'applicazione della normativa codicistica e regolamentare in materia di distanze tra edifici, per nuova costruzione si deve intendere non solo la realizzazione *a fundamentis* di un fabbricato ma anche qualsiasi modificazione nella volumetria di un fabbricato precedente che ne comporti l'aumento della sagoma d'ingombro, in tal guisa direttamente incidendo sulla situazione degli spazi tra gli edifici esistenti, e ciò anche indipendentemente dalla realizzazione o meno di una maggiore volumetria e/o dall'utilizzabilità della stessa a fini abitativi (Cass., n. 8383 del 1999, cit.);

e) la sopraelevazione deve essere considerata come nuova costruzione e può essere di conseguenza eseguita solo con il rispetto della normativa sulle distanze legali dalle costruzioni esistenti sul fondo confinante; risulta, in tal caso, inapplicabile il criterio di prevenzione, che si esaurisce, viceversa, con il completamento, dal punto di vista strutturale e funzionale, della prima costruzione (Cass. n. 5049/2018).

Nel caso si specie non è in discussione che le distanze previste non siano state rispettate e, in considerazione della loro inderogabilità, non è rilevante la proprietà degli immobili.

Non sono pertanto accoglibili le censure proposte dall'appellante al terzo e quarto motivo.

11. Alla luce delle considerazioni esposte, assorbito il quinto motivo, il ricorso deve essere respinto.

12. Le spese del secondo grado di giudizio seguono il criterio della soccombenza e sono liquidate nella misura stabilita in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in euro 2.000,00 (duemila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Carlotti, Presidente

Italo Volpe, Consigliere

Francesco Frigida, Consigliere

Giovanni Orsini, Consigliere, Estensore

Carla Ciuffetti, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Orsini

IL PRESIDENTE
Gabriele Carlotti

IL SEGRETARIO