Consiglio di Stato Sentenza 21/08/2015 n. 3968 - Nel calcolo delle distanze gli elementi abusivi non devono essere conteggiati

**CONSIGLIO DI STATO – QUARTA SEZIONE,**

**SENTENZA 21 agosto 2015, n. 3968**

FATTO

1.- Con il ricorso in trattazione il sig. M. C. ha impugnato la sentenza in epigrafe specificata, con la quale il TAR della Campania ha accolto il ricorso proposto dall’odierna appellata contro i seguenti provvedimenti emessi dal Comune di M.e:

-annullamento in autotutela (n. 1846/2008) di permesso di costruzione (n.7516 del 2005, rilasciato alla sig.ra DPF per intervento di demolizione e ricostruzione di quota di fabbricato), disposto in ragione della sua realizzazione a m.8,90 dall’edificio frontistante in proprietà M.C ) quindi in violazione della distanza minima di 10 m.l prevista dal PRG;

- consequenziale ordine di demolizione dell’edificio assentito

2.- Dalla predetta e gravata pronunzia risulta quanto segue.

a)-Precedentemente ai menzionati atti , il Comune aveva già annullato in via d’autotutela (provv. 1738 del 2007) il cennato permesso ma su ricorso dell’interessata il provvedimento era stato annullato per difetto di istruttoria in ordine all’accertamento della distanza tra i due fabbricati.

b)- Col cennato provvedimento, dunque, il Comune reiterava l’ annullamento del permesso n. 1846/2008, rilasciato alla DPF, per le seguenti motivazioni:

- “dagli ulteriori accertamenti effettuati emerge che … tra l’erigendo fabbricato e la veranda abusivamente realizzata dal sig. C M vi è una distanza pari a m 8,90”;

- “nei grafici presentati dalla sig.ra DPF, la detta veranda non viene rappresentata, con la conseguenza che la distanza tra i fabbricati risulta maggiore di m 10,00”;

- “in altri termini, la misurazione della distanza tra i fabbricati effettuata dalla sig.ra DPF non coincide con quella effettuata dal Comune semplicemente perché la DPF non tiene conto della veranda realizzata dal sig. MC in ampliamento del proprio fabbricato”;

- “nelle more della demolizione … del detto manufatto abusivo, in ogni caso, non può essere autorizzata alcuna costruzione a distanza inferiore ai prescritti m 10,00, in quanto … l’obbligo di rispettare le distanze tra i fabbricati sussiste anche quando esiste un precedente fabbricato abusivo … atteso che lo stesso è posto non solo a tutela dei proprietari frontistanti, ma anche e soprattutto per motivi di interesse pubblico, ovvero per ragioni di igiene, di estetica, di sicurezza, ecc.”;

- “pertanto, chi costruisce dopo è tenuto a rispettare la norma sulla distanza dei fabbricati ancorché il fabbricato confinante sia in tutto o in parte abusivo”;

- “l’intervento che la sig. DPF intende realizzare costituisce una nuova costruzione (successiva a quella, sia pure in parte abusiva, realizzata dal vicino) che deve rispettare tutte le vigenti norme urbanistico-edilizie, ivi compresa quella che prescrive una distanza minima tra i fabbricati di m 10,00”;

- “pertanto, il rilascio del permesso di costruire è stato determinato dalla falsità dei grafici presentati al Comune dalla sig.ra DPF in quanto negli stessi il confinante fabbricato non è rappresentato nella sua attuale consistenza”.

Il Comune quindi emetteva ordine di demolizione del costruzione realizzata in forza del permesso annullato.

3.- Contro tali determinazioni, col predetto ricorso la sig. ra DPF adìva il TAR Campania, deducendo le seguenti censure:

- palese inottemperanza ed elusione del giudicato formatosi sulla sentenza n. 3051 del 30 aprile 2008;

- eccesso di potere per difetto di istruttoria. Eccesso di potere per falsa rappresentazione dei fatti presupposti e ingiustizia manifesta. Violazione di legge e difetto di competenza: falsa ed erronea applicazione dell’art. 873 cod. civ., dell’art. 9 del d.m. 2 aprile 1968, n. 1444, nonché dell’art. 41 della l. 17 agosto 1942, n. 1150. Violazione e falsa applicazione dell’art. 1, comma 6, della l. 21 dicembre 2001, n. 443. Ulteriore palese inottemperanza ed elusione del giudicato formatosi sulla sentenza n. 3051 del 30 aprile 2008;

- violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell’art. 3 della l. 7 agosto 1990, n. 241. Erronea, insufficiente e perplessa motivazione. Eccesso di potere per comportamento contraddittorio. Difetto di istruttoria. Omessa valutazione dello stato dei luoghi;

- eccesso di potere per comportamento contraddittorio. Difetto di istruttoria. Omessa valutazione dello stato dei fatti e dello stato dei luoghi.

3.1.- Con la sentenza in esame, il TAR ha rigettato le tesi esposte dal Comune di M.e e dal controinteressato, ha accolto il gravame DPF relativamente all’annullamento d’ufficio del permesso di costruzione (pertanto ripristinandolo) ed ha invece respinto la domanda di risarcimento del danno.

4.- Contro la decisione è insorto il sig. MC, con l’appello in esame.

4.1.- Con ordinanza n.5462/2010, il Consiglio ha disposto la reiezione della istanza di sospensione della sentenza impugnata, avanzata dall’appellante.

4.2.- L’appello è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 3 marzo 2015.

DIRITTO

1.- Ritiene in merito la Sezione di evidenziare preliminarmente come la ricostruzione in fatto, come sopra riportata e ripetitiva di quella operata dal giudice di prime cure, non sia stata contestata dalle parti costituite per cui, vigendo la preclusione di cui all’art. 64 comma 2 del codice del processo amministrativo, deve considerarsi idonea alla prova dei fatti oggetto di giudizio.

2-. Con la sentenza oggetto dell’appello MC, il TAR ha accolto il ricorso dell’odierna appellata ritenendo fondati congiuntamente il terzo, il quarto e il quinto motivo di gravame (come in fatto riportati), argomentando in sintesi che:

-“non può, innanzitutto, dirsi dirimente l’eccezione sollevata dal Comune di M.e e dal controinteressato, secondo cui l’opera assentita in favore della DPF col titolo abilitativo edilizio annullato sarebbe da considerarsi successiva rispetto manufatto abusivamente realizzato dal MC, in quanto consistente non già in una ricostruzione dell’edificio originario (composto da un piano terra e un piano primo con scala di accesso al relativo terrazzo), bensì in una nuova costruzione (composta da un piano interrato, un piano terra, un primo, un secondo piano e un sottotetto), assoggettata, come tale, al rispetto della distanza legale minima dal fabbricato frontistante, divenuto preveniente.”;

- infatti non è condivisibile “l’assunto che la distanza legale debba essere misurata tenendo conto anche delle opere abusive confinanti, quale, appunto, la veranda chiusa dal contro interessato”, poiché questa tesi “condurrebbe, nella specie, al risultato aberrante che, a causa dell’illecito ampliamento dell’edificio in proprietà del MC, la ricorrente si vedrebbe costretta ad arretrare il proprio manufatto rispetto alla sua legittima ubicazione originaria”.

3.- L’appello in trattazione avversa la sentenza mediante sostiene due censure, che tuttavia non possono trovare accoglimento.

a)- Si argomenta ”*in primis*” l’erroneità della decisione ove ha ritenuto che ai fini dell’applicazione della norma sulla distanza tra i due edifici, non deve tenersi conto dell’intervento (tamponatura di veranda) “presuntivamente” abusivo realizzato sull’edificio insistente sul suolo confinante, di proprietà MC. Al riguardo quest’ultimo richiama l’orientamento giurisprudenziale per cui l’applicazione delle norme sulle distanze va effettuata tenendo conto degli edifici effettivamente esistenti anche se abusivi (CGA n.930/2008);

Al riguardo il Collegio ritiene di dover confermare la tesi espressa dal TAR in base al quale l'abuso edilizio, allorquando occorra valutare la domanda del confinante di edificare sul proprio suolo, non può essere, di per sé, rilevante ed incidente sulla posizione giuridica di chi abbia diritto di edificare. Questo orientamento del resto è già stato espresso dalla Sezione (sent. n. 1874/2009) e non sussistono ragioni per discostarsene.

Il principio vale anche nella fattispecie, come quella in controversia in cui la concessione chiesta da confinante non rispetti la distanza solo da una parte dell’ edificio posto nel fondo limitrofo e che risulti abusiva .

b).- Parimenti è corretta l’ omessa valutazione, ai fini del calcolo della distanza legale, del passetto esterno su quale è stata successivamente realizzata dall’appellante la veranda “presuntivamente” abusiva. Tale preesistenza, prescindendo quindi dalla veranda, sarebbe stata sufficiente per imporre il rispetto della distanza legale di 10 m.l., precludendo pertanto all’appellata di realizzare una costruzione a distanza inferiore (m.l. 8,80); a supporto di questa tesi l’appellante indica la giurisprudenza che qualifica come vere e proprie costruzioni le parti dell’edificio avanzate che siano destinate ad estendere ed ampliare la consistenza del fabbricato o comunque rientranti nel concetto civilistico di corpo edilizio avanzato o “aggettante”. In disparte la situazione di abusività dell’opera (situazione che peraltro il sig. MC smentisce esibendo il titolo edilizio legittimante la veranda), la stessa doglianza rivela le ragioni della sua infondatezza. Ed invero gli orientamenti citati sono applicabili nel senso di imporre alla costruzione erigenda il rispetto dei 10 m.l. solo se i corpi in questione sono legittimamente realizzati o comunque destinati ad estendere la consistenza del fabbricato cui afferiscono, trovando in questo caso applicazione le norme sulla prevenzione edilizia e sul conseguente rispetto delle distanze.

Pertanto la semplice preesistenza di un passetto o di una scala non suscettibili, ai sensi delle norme urbanistiche, di essere utilizzati per un ampliamento volumetrico dell’edificio non costituiscono situazioni edilizie rilevanti e quindi idonee a legittimamente imporre il rispetto dei 10 m.l. alla erigenda costruzione frontista.

4.- Conclusivamente il ricorso deve essere respinto, emergendo l’erroneità della tesi del Comune e dell’appellante per cui “ chi costruisce dopo è tenuto a rispettare la norma sulla distanza dei fabbricati ancorché il fabbricato confinante sia in tutto o in parte abusivo”. Pertanto devono confermarsi l’illegittimità dell’annullamento della concessione edilizia emesso in rapporto alla fattispecie in controversia e la sentenza del TAR che l’ha pronunciata.

4.1- Le questioni testè vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell’art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

5.- Le spese del presente giudizio seguono il principio della soccombenza (art. 91 c.p.c) e sono poste a carico delle parti soccombenti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione IV), definitivamente pronunziando in merito al ricorso in epigrafe, lo respinge.

Condanna l’appellante ed il Comune di M.e al pagamento, in favore della sig.ra DPF, costituitasi in giudizio, delle spese del presente grado, che liquida complessivamente ed a carico di ciascuna in Euro 1.500 millecinquecento), oltre accessori di legge.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 marzo 2015 con l'intervento dei magistrati:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/08/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)