

Pubblicato il 09/08/2021

N. 05830/2021REG.PROV.COLL.

N. 09497/2013 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 9497 del 2013, proposto dal Comune di Genova, in persona del Sindaco in carica *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca De Paoli e Gabriele Pafundi, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avvocato Gabriele Pafundi in Roma, via Tagliamento, n. 14,

contro

- i signori VARI OMISSIS;

nei confronti

della società OMISSIS S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituitasi in giudizio,

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Liguria (Sezione I), n. 1002 del 23 aprile 2013, resa *inter partes*, concernente un diniego di permesso di costruire.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio degli appellanti come sopra elencati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella udienza pubblica del giorno 25 maggio 2021 (tenuta ai sensi dell'art. 84 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con l. 24 aprile 2020, n. 27, come modificato dall'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito con l. 25 giugno 2020, n. 70) il consigliere Giovanni Sabato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con i ricorsi riuniti n. 1002 del 2012 e n. 1003 del 2012, proposti innanzi al T.a.r. per la Liguria, rispettivamente i signori OMISSIS avevano chiesto l'annullamento del permesso di costruire n. 1031 del 6 dicembre 2011, rilasciato in favore della società OMISSIS S.p.a. (di seguito la società) per un intervento di demolizione e ricostruzione di un fabbricato ai sensi dell'art. 6 l. r. n. 49/09.

2. A sostegno del ricorso avevano dedotto la violazione delle distanze, la mancata valutazione sulla "coerenza" come richiesto dall'art. 24 delle NTA, il difetto di motivazione e di istruttoria in ordine al conseguente incremento del carico urbanistico, la mancanza di legittimazione della società a causa dell'incidenza su beni condominiali (muro di contenimento).

3. Costituitisi l'Amministrazione comunale e la società, il Tribunale amministrativo adito (Sezione I) ha così deciso il gravame al suo esame:

- ha riunito i ricorsi per evidenti ragioni di connessione oggettiva e soggettiva;
- ha respinto l'eccezione d'inammissibilità del ricorso per mancata impugnativa del silenzio assenso (questo capo della sentenza non è stato impugnato ed è pertanto passato in giudicato);
- ha accolto il ricorso ritenendo fondata la censura della violazione delle distanze di cui all'art 9 d.m. n. 1444/1968;

- non ha esaminato le altre censure, implicitamente ritenendole assorbite;
- ha condannato l'Amministrazione e la controinteressata, in solido tra loro, al pagamento in favore dei ricorrenti delle spese di giudizio (€ 6000,00 oltre accessori).

4. In particolare, il T.a.r. ha ritenuto che l'intervento di demolizione e ricostruzione non fedele di un fabbricato preesistente, ubicato in zona A, deve reputarsi equiparato dall'art. 14 l.r 16/08 alla *"nuova costruzione"* così da essere tenuto al rispetto dei 10 metri dalle pareti finestrate salvo le deroghe di cui all'ultimo comma dello stesso articolo, nel caso di specie insussistenti. Ha ritenuto, infatti, il T.a.r. che l'esigenza sottesa alla disciplina sulle distanze, di evitare intercapedini dannose, *"non cambia a seconda delle zone"* e che non rileva *"se le pareti dei due edifici siano esattamente parallele tra di loro ovvero se le stesse siano, e in che misura, oblique"*.

5. Avverso tale pronuncia il Comune di Genova ha interposto appello, notificato il 5 dicembre 2013 e depositato il 27 dicembre 2013, lamentando, attraverso un unico motivo di gravame (pagine 7-14), quanto di seguito sintetizzato:

- il T.a.r. avrebbe erroneamente interpretato la norma di cui all'art. 9 del d.m. 1444/1968 non riguardando essa, contrariamente a quanto opinato in sentenza, le zone A (Centro Storico);
 - l'interpretazione seguita dal T.a.r. sarebbe contraria non solo alla lettera della norma, ma anche alla finalità della stessa, che è quella di far prevalere le esigenze di salvaguardia delle caratteristiche urbanistiche dei centri storici imponendo il rispetto delle distanze e delle sagome preesistenti;
 - il T.a.r. non avrebbe considerato che sia la normativa regionale sia la disciplina urbanistica locale prevedevano la possibilità di derogare alla distanza minima di 10 metri con riguardo ai centri storici, anche con riferimento alle nuove costruzioni.
6. L'appellante ha concluso chiedendo, in riforma dell'impugnata sentenza, la reiezione del ricorso di primo grado.

7. In data 27 gennaio 2014 si sono costituiti la signora Ines Cortazzo e gli altri ricorrenti di cui al ricorso di primo grado n. 1003 del 2012, come sopra indicati, con memoria di controdeduzioni anche al fine di riproporre le censure di primo grado dichiarate assorbite concludendo per la reiezione dell'opposto gravame.

8. In pari data si sono costituiti la signora Emanuela Bobbio e gli altri ricorrenti di cui al ricorso di primo grado n. 1002 del 2012, come sopra indicati, con memoria di controdeduzioni anche al fine di riproporre le censure di primo grado dichiarate assorbite concludendo per la reiezione dell'opposto gravame.

9. In vista della trattazione nel merito del ricorso le parti hanno svolto difese scritte insistendo per le rispettive conclusioni.

10. La causa chiamata per la discussione alla udienza pubblica, svoltasi con modalità telematica del 25 maggio 2021, è stata ivi trattenuta in decisione.

11. L'appello è fondato.

11.1 Come sopra esposto, il Comune appellante articola le proprie deduzioni, nell'ambito di un unico motivo di gravame, per avversare la statuizione accoglitiva recata dall'impugnata sentenza e che si fonda sulla valorizzazione della disciplina sulle distanze prevista dal d.m. n. 1444/1968. Ha ritenuto, infatti, il T.a.r. che il permesso di costruire sarebbe stato rilasciato in violazione dell'art. 9 di tale compendio normativo, in quanto, trattandosi di un intervento edilizio qualificabile come "*nuova costruzione*", sarebbe suscettibile di applicazione analogica la previsione sulle distanze nelle zone diverse dalla "A", nella persistenza della "*ratio giustificatrice della disciplina che consiste nell'esigenza di evitare intercapedini dannose per la salute*".

Deve rilevarsi, preliminarmente, che con il primo motivo del ricorso originario, accolto dal giudice di prime cure, si ipotizzava la violazione (anche) dell'art. 6 della legge sul Piano Casa (n. 49/2009), il quale articolo impone "*il rispetto della distanza minima di 10 metri tra pareti finestrate e pareti di edifici frontistanti?*" così implicitamente richiamando la previsione di cui al citato d.m. tanto che nella stessa domanda di

permesso di costruire si attesta il rispetto di tale distanza di 10 metri tra pareti finestrate.

Orbene, ritiene il Collegio che tale disciplina non sia suscettibile di applicazione analogica.

Osserva, sul punto, l'appellante che la previsione del d.m. n. 1444/1968, secondo cui la distanza tra pareti finestrate di edifici frontisti non deve essere inferiore a dieci metri, vale per i "Nuovi fabbricati" in "altre zone", cioè diverse dalla zona A (centro storico), nella quale si trova il fabbricato oggetto della domanda edificatoria, posto che in quest'ultima, dove vige il generale divieto di costruzioni "ex novo", la norma si limita a prescrivere che la distanza non sia inferiore a quella intercorrente tra volumi edificati preesistenti.

La deduzione sollevata dall'appellante è meritevole di accoglimento, in quanto effettivamente il d.m., dopo aver disciplinato le "Zone A", introduce la "distanza minima assoluta di m.10" con esclusivo riferimento alle "altre zone", di guisa che non è suscettibile di estensione analogica una norma che introduce una limitazione o un divieto quale quella in commento. Né può dirsi che la disciplina ordinamentale contempla l'esclusione dell'edificabilità di nuove costruzioni in quanto la legge regionale sul Piano Casa non esclude la sua applicazione nelle zone A e, ad opinare in senso conforme all'orientamento del T.a.r., tale modulo abilitativo non sarebbe suscettibile di applicazione nel centro storico stante l'alta densità edilizia che solitamente connota tali aree. La mancata previsione della distanza minima in zona A in seno al citato d.m. non costituisce, quindi, frutto di una dimenticanza del redattore della norma, così da costituire un vuoto normativo colmabile in sede interpretativa, quanto espressione di una sua precisa opzione connessa al fatto che in zona centro storico tendenzialmente non sono consentiti se non interventi sul preesistente. L'avvento del Piano Casa regionale, con la prevista possibilità di realizzare ampliamenti entro il limite del 35 %, non giustifica il ricorso ad una

interpretazione analogica che avrebbe l'effetto di precludere, di fatto, l'applicazione di tale disciplina di favore in ampie zone dei territori comunali. E' peraltro meritevole di favorevole apprezzamento quanto argomentato dall'appellante a sostegno delle proprie deduzioni facendo leva sulla formulazione della stessa norma di cui all'art. 6 della l.r. n. 49/2009, nella versione *ratione temporis* vigente fino alla riforma introdotta dalla l. r. 1° marzo 2011, n. 4, alla cui stregua il titolo edilizio era stato rilasciato, laddove prevedeva che *“la ricostruzione deve avvenire in sito, anche su diverso sedime, e può essere assentita in deroga alle previsioni urbanistico-edilizie dello strumento urbanistico comunale, fatto salvo il rispetto delle distanze dai fabbricati ivi previste”* (cfr. comma 2). Il rinvio operato dalla norma alla disciplina urbanistica locale impone il riferimento alle NTA, il cui art. AS8) si limita a prevedere, per la Sottozona AS (*“Disciplina degli interventi di costruzione di nuovi edifici e relativi parcheggi pertinenziali”*), *“il corretto inserimento architettonico dell'edificio nell'intorno”* così alludendo alla necessità di rispettare le (sole) distanze preesistenti invece che quelle previste per le edificazioni *ex novo*. Peraltro la classificazione dell'intervento quale costruzione *ex novo* non può derivare dalla semplice circostanza che il progetto di demolizione e ricostruzione del fabbricato preveda la realizzazione di ampliamenti della volumetria preesistente. Se è vero che possono essere iscritti nell'ampia nozione di nuova costruzione anche gli interventi di ristrutturazione è pur vero che ciò è possibile, come ha rammentato la Sezione, soltanto *“ove in ragione dell'entità delle modifiche apportate al volume e alla collocazione, possa parlarsi di una modifica radicale dell'immobile, rendendo l'opera realizzata nel suo complesso oggettivamente diversa da quella preesistente”* (cfr. sentenza, 6 aprile 2020, n. 2304). La ristrutturazione edilizia, più precisamente, sussiste *“solo quando viene modificato un immobile già esistente nel rispetto delle caratteristiche fondamentali dello stesso, mentre laddove esso sia stato totalmente trasformato, con conseguente creazione non solo di un apprezzabile aumento volumetrico (in rapporto al volume complessivo dell'intero fabbricato), ma anche di un disegno sagomale con connotati alquanto diversi da quelli*

della struttura originaria (allungamento delle falde del tetto, perdita degli originari abbaini, sopraelevazione della cassa scale, etc.), l'intervento rientra nella nozione di nuova costruzione? (Cons. Stato, sez. II, 13 gennaio 2021, n. 423).

Ad ogni modo, dalla documentazione progettuale dell'intervento (che prevede la demolizione e ricostruzione di un edificio destinato a civile abitazione e la costruzione di una nuova autorimessa) ed in particolare dalla relazione tecnica allegata alla domanda di permesso di costruire, avanzata ai sensi dell'art. 6 della l.r. n. 49/2009, è dato rilevare che la ricostruzione dell'immobile da demolire, interessato da una situazione di dissesto statico come descritto in dettaglio nella perizia tecnica in atti, con un ampliamento volumetrico (di poco) inferiore al 35 % ,*“avverrà prevalentemente in altezza e su sedime lievemente modificato [...] nel rispetto delle distanze dai fabbricati?”* (cfr. pagina 3 della relazione tecnica citata) precisandosi, nella parte rubricata *“Confini e distanze”*, che *“l'area di progetto, appartenente alla zona AS del PUC vigente, confina a nord con la Salita Cavallo, ad est con edifici non finestrati e situati in zona AS, a sud ed a ovest con zone BB con le quali si sono rispettate le distanze minime di 10 metri dalle superfici finestrate degli edifici prospicienti?”* (cfr. pagina 6 della medesima relazione). L'affermazione di controparte, secondo cui il nuovo edificio *“non conserva l'originario allineamento”*, non trova preciso riscontro e pertanto non è dato inferire dalla documentazione di causa alcuna violazione della distanza minima di mt. 10 dalle pareti finestrate.

Ad ogni modo, in disparte la non immediatamente evidenziabile natura dell'intervento di nuova costruzione, che invece viene apoditticamente affermata dal T.a.r., è da rilevare, come sopra rilevato, la mancanza di una previsione normativa che stabilisca, per le zone A, la distanza minima di 10 metri tra pareti finestrate, la cui violazione non può quindi essere fondatamente contestata nel caso in esame.

Conclusivamente sul punto, in disparte la non condivisione da parte del Collegio delle considerazioni rese dal T.a.r. che finiscono per ridimensionare la rilevanza

provvedimentale del silenzio assenso, va quindi accolto l'appello proposto dal Comune di Genova ove si deduce l'insussistente violazione del d.m. n. 1444/1968 non contemplando la previsione sulla distanza minima di 10 metri tra pareti finestrate, peraltro non evincibile dagli atti di causa, che pertanto il T.a.r. ha ritenuto erroneamente violata.

12. Si impone, a questo punto, la disamina delle censure non esaminate dal T.a.r. e quivi tempestivamente riproposte a' sensi dell'art. 101 c.p.a. e che risultano infondate.

12.1 Non può essere accolto il riproposto secondo motivo di primo grado, col quale si deduce la mancata valutazione sulla "coerenza", come richiesto dall'art. 24 delle NTA, in considerazione del fatto che l'intervento assentito ai sensi della l. r. n. 49/2009, come sopra evidenziato, è previsto "*in deroga alla disciplina dei piani urbanistici vigenti e operanti in salvaguardia*".

12.2 Nemmeno fondata è la censura di cui al terzo motivo riproposto, relativa al difetto di istruttoria in ordine alla sicurezza dell'intervento di scavo, in ragione della sua particolare profondità (di oltre 20 metri), tanto da richiedere una relazione suppletiva ed un atto d'impegno, atteso che tali adempimenti aggiuntivi dimostrano proprio quell'approfondimento istruttorio che si ritiene sia mancato non essendo previsti come obbligatori ai fini della positiva definizione dell'*iter* procedimentale. Né può desumersi la denunciata carenza d'istruttoria dal semplice fatto che è decorso un solo giorno tra la presentazione della relazione suppletiva ed il successivo rilascio del permesso di costruire del 6 dicembre 2011, trattandosi di adempimento dell'onere documentale precedentemente imposto. Tale rimarcata rapida successione temporale nemmeno può configurare, come pure denunciato, la sviata volontà di accelerare il rilascio del titolo prima dell'approvazione del nuovo piano urbanistico comunale dalla portata ostantiva dell'intervento, trattandosi di mera congettura priva di ogni riscontro probatorio. Si deduce poi che la richiesta di un

duplice atto d'impegno (con cui il titolare del permesso di costruire si obbliga, rispettivamente, a consentire il controllo dell'esecuzione dei lavori da parte di un professionista esterno ed "*a risolvere le criticità eventualmente evidenziate*") sarebbe illogica e irrazionale comportando l'inversione tra il momento dell'approvazione del progetto e quello relativo alla verifica delle condizioni di sicurezza sugli edifici circostanti. Tale profilo di censura, come eccepito da parte appellante, non è sorretto dal necessario profilo d'interesse in quanto trattasi di una prescrizione che sottende la commendevole esigenza di coinvolgere i vicini nella costante verifica di sicurezza dell'intervento di scavo che non sostituisce bensì si aggiunge agli accertamenti a tal uopo svolti dall'Amministrazione comunale proprio al fine di escludere ogni possibile ricaduta negativa dell'intervento sulle condizioni di stabilità dei manufatti adiacenti e che ha condotto all'emissione di parere favorevole dell'Ufficio Geologico del 15 settembre 2011.

12.3 Per quanto riguarda il difetto di istruttoria sul carico urbanistico e sui rischi in sé dell'intervento (a causa della mancata considerazione dei pareri indicati al quarto motivo di ricorso quivi riproposto), è da evidenziare, come correttamente opposto da parte appellante, che le valutazioni su tali profili sono state espresse dalla competente Direzione Mobilità – Settore Pianificazione – Ufficio Progettazione e Pareri con parere favorevole del 22 novembre 2011 (doc. n. 14), sia pure con prescrizioni relative "*alla posizione del cancello ed alle modalità di raccordo altimetriche tra marciapiede e sede stradale*", e dalla Direzione Manutenzione Infrastrutture, Verde e Parchi anch'essa a sua volta con parere favorevole con prescrizioni in data 23 febbraio 2012 (doc. 18). Inoltre l'esigenza istruttoria palesata da Aster con il parere del 2 dicembre 2010 è stata soddisfatta mercé la tempestiva acquisizione del parere della Direzione Mobilità suindicato mentre il contributo reso dalla Direzione Manutenzione Strade contiene prescrizioni che riguardano la fase esecutiva dei lavori e pertanto il suo rilascio postula l'intervenuta positiva definizione del

procedimento; ne consegue che la sua acquisizione soltanto dopo il rilascio del titolo non può considerarsi tardiva. Per quanto poi attiene alla mancata effettuazione da parte del Comune della valutazione dei rischi derivanti dall'esecuzione dei lavori essa è in realtà ricompresa nei contributi istruttori acquisiti nel corso dell'*iter* procedimentale.

12.4 Infondato è anche il quinto motivo di ricorso, per quanto concerne la mancanza di legittimazione della società a causa dell'incidenza dell'intervento su beni condominiali (muro di contenimento), in quanto l'Amministrazione, al fine della verifica circa la disponibilità dell'area in capo alla richiedente il permesso di costruire, ha acquisito copia del contratto preliminare con cui i proprietari dell'area interessata dalla realizzazione del tunnel di accesso all'autorimessa da via O. Cancelliere si obbligavano alla cessione del diritto di proprietà superficiale del sottosuolo delle porzioni di terreno interessate dal progetto (doc. 11). Inoltre, come correttamente osservato da parte appellante, non si registrano doglianze da parte di terzi nel corso del procedimento che avrebbero imposto all'Amministrazione di effettuare ulteriori approfondimenti e la documentazione esibita dagli odierni appellanti a sostegno della deduzione, in particolare due missive a firma degli stessi proprietari esclusivi firmatari del contratto preliminare, non dimostrano alcunché in ordine alla pretesa natura condominiale del muro di contenimento da attraversare con un tunnel per la realizzazione dell'autorimessa interrata.

12.5 Infondate sono anche le deduzioni di cui al sesto motivo, in quanto, circa la dimostrazione della "*incongruità*" del manufatto preesistente di cui alla l.r. n. 49/2009, essa è adeguatamente comprovata dalla su citata perizia tecnica (suffragata da cospicua documentazione fotografica) in ordine allo stato di precarietà statica del fabbricato, mentre, per quanto attiene alla pretesa mancata valutazione circa l'assentibilità dell'intervento rispetto ai criteri indicati dalla D.G.C. n. 472/2009, tale delibera (doc. n. 25) riguarda anche gli interventi di demolizione e ricostruzione di

cui all'art. 6, ma che comportino la “*ricostruzione in sito diverso*” dell'edificio demolito. L'avvicinamento o meno, per difetto, alla soglia massima di incremento volumetrico consentito dal Piano Casa (35 %) ovvero la percentuale più o meno elevata tra lo spazio residenziale realizzato e lo spazio destinato a posti auto sono privi di incidenza sull'assentibilità dell'intervento mediante il rilascio di un titolo che, in quanto per sua natura vincolato, non prevede apprezzamenti discrezionali da parte dell'Amministrazione comunale.

12.6 Infondato è, infine, il settimo motivo, con cui si lamenta, per quanto riguarda la progettata realizzazione dell'autorimessa, la violazione della disciplina urbanistica per le zone AS, atteso che la parte maggiore dell'autorimessa interrata ricade in sottozona BB-CE1 ed in particolare l'accesso carrabile. Da tanto deriva l'infondatezza di quanto dedotto a proposito della violazione dell'art. 61-AS5 in ordine all'accessibilità dell'autorimessa, applicandosi le “*norme operanti in ciascuna porzione di terreno*” (cfr. art. 24 NTA), così come infondato è il profilo di censura afferente alla prescrizione di cui all'art. 61 AS8 e AS10, laddove prescrivono che i parcheggi devono essere interrati, in quanto l'autorimessa in oggetto, alla luce della documentazione di causa, presenta senz'altro tali caratteristiche.

13. In conclusione, l'appello è fondato e pertanto va accolto cosicché, in riforma dell'impugnata sentenza, respinge i ricorsi riuniti di prime cure.

14. Le spese del doppio grado di giudizio, regolamentate secondo il criterio della soccombenza, sono liquidate nella misura stabilita in dispositivo applicando i parametri di cui al regolamento n. 55 del 2014.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (n.r.g. 9497/2013), lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, respinge i ricorsi riuniti di primo grado n. 1002 del 2012 e n. 1003 del 2012.

Condanna gli appellati in solido alla rifusione, in favore del Comune appellante, delle spese del doppio grado di giudizio che liquida in euro 15.000,00 (quindicimila/00), oltre s.g. e accessori di legge nonché il rimborso del c.u. se versato.

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

Così deciso dalla Seconda Sezione del Consiglio di Stato, con sede in Roma, nella Camera di Consiglio del giorno 25 maggio 2021, convocata con modalità da remoto e con la contemporanea e continuativa presenza dei magistrati:

Ermanno de Francisco, Presidente

Giancarlo Luttazi, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere, Estensore

Francesco Frigida, Consigliere

Pietro De Berardinis, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Sabato

IL PRESIDENTE
Ermanno de Francisco

IL SEGRETARIO