



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Adunanza Plenaria, ha pronunciato la seguente

N.3/2009

Reg.Dec.

N. 1 Reg.Ric.

ANNO 2009

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 1 del 2009 del ruolo dell'Ad. Plen. (n. 7462 del 2007 del ruolo della Sez. IV), proposto dal COMUNE DI VARENNA, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe C. Salerno, dall'avv. Vito Zotti e dall'avv. Gabriele Pafundi, ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo in Roma, viale Giulio Cesare, 14 – A/4;

contro

MONICO BELLONE Linda, MONICO TOMMASINI Maria Teresa, MONICO ARCANGELI Alessandra e MONICO Giorgio, rappresentati e difesi dall'avv. Antonio Belvedere e dall'avv. Riccardo Lavitola, ed elettivamente domiciliati presso lo studio del secondo in Roma, viale Giulio Cesare n. 71;

e nei confronti

- di Vago Alfredo, rappresentato e difeso dagli avv. Maria e Claudio Sala, e dall'avv. Stefano Gattamelata, ed elettivamente domiciliato presso lo studio del terzo in Roma, via Monte di Fiore, n. 22,

- della Loreto s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. prof. Diego Vaiano, ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3,

FF

per la riforma

della sentenza 30 gennaio 2007, n. 123 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia sede di Milano sez. II,

Visto l'appello principale, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dei signori Monico, di Alfredo Vago e della s.r.l. Loreto;

Vista la decisione ordinanza della Sezione Quarta n. 145 del 15 gennaio 2009, che ha rimesso il giudizio all'esame dell'Adunanza Plenaria;

Viste le memorie depositate dalle parti costituite;

Visto l'art. 45, c. 2 del testo unico approvato col regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054;

Visti gli atti tutti della causa;

Udita la relazione del consigliere di Stato Filoreto D'Agostino alla pubblica udienza del 30 marzo 2009 e uditi, altresì, gli avvocati Salerno, Zotti, Pafundi, Marletta per delega dell'avv. Belvedere, Cuonzo per delega degli avv. Maria Sala, Claudio Sala e Gattamelata e l'avv. Resta per delega dell'avv. Vaiano;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto

1. Il 30 marzo 2004 il professor Alfredo Vago chiedeva al Comune di Varenna (prot. n. 2294) il permesso di costruire su un'area di sua proprietà in località Fiumelatte (foglio 16, mappali 1505, 656/a, 656/b) situata in zona urbanistica C2 di espansione con indice di densità fondiaria 0.6 mc/mq.

2. Sull'originario progetto veniva esperita una complessa istruttoria (con successivi esami da parte della Commissione edilizia comunale,

sopralluoghi dell'esperto ambientale e di un funzionario della competente Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici) in esito alla quale, il 9 dicembre 2004, l'Amministrazione comunale, quale autorità sub delegata ai sensi dell'articolo 4 della legge della Regione Lombardia 9 giugno 1997, n. 18, concedeva l'autorizzazione ex articolo 7 della legge 29 giugno 1939, n. 1497 e, in pari data, rilasciava il permesso di costruire n. 6/2004.

3. Il successivo 24 dicembre 2004 il professor Vago e la di lui consorte, in qualità di contestataria, alienavano l'area e il giardino come lotto autonomamente edificabile e corredato dal permesso di costruire n. 6/2004 alla s.r.l. Loreto (atto di compravendita registrato a Lecco il 28 dicembre 2004 al n. 8811).

4. Il citato permesso di costruire rilasciato per la realizzazione di un nuovo edificio residenziale composto da sei unità immobiliari oltre a posti auto sul piano stradale in un'area libera, a valle della proprietà Vago, sistemata a giardino e la contestuale autorizzazione paesaggistica venivano impugnati avanti il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia dai signori Linda Monico Bellone, Maria Teresa Monico Tommasini, Alessandra Monico Arcangeli e Giorgio Monico, comproprietari di un edificio residenziale sito nella medesima zona e posto a monte del terreno sul quale si consentiva il contestato intervento edilizio.

5. Il gravame investiva, con motivi aggiunti, il presupposto parere reso dalla Commissione edilizia nella seduta del 19 novembre 2004.

6. Con la sentenza in epigrafe indicata, il Tribunale adito respingeva l'eccezione di irricevibilità (considerata peraltro rilevante nella sommaria

delibazione effettuata in sede cautelare) e accoglieva nel merito il ricorso ritenendo fondato e assorbente il secondo motivo.

7. Con quel mezzo si censurava la violazione del piano regolatore comunale di Varenna in quanto la volumetria assentibile era stata calcolata scorporando arbitrariamente dal compendio (originariamente unico) il già edificato mappale 655.

8. Secondo il Giudice di prime cure, al momento dell'adozione del piano regolatore vigente (1996), l'edificio posto sul mappale 655 e l'area circostante costituivano un'entità immobiliare unitaria, appartenente ad unico proprietario con l'effetto che, nella volumetria complessivamente assentibile, doveva computarsi la costruzione esistente in adesione ai chiari principi enunciati dalla giurisprudenza in materia di asservimento (e accuratamente sintetizzati nella motivazione della sentenza).

9. La pronuncia ha pure escluso che le norme tecniche di attuazione relative alle modalità di individuazione delle aree asservite (in particolare gli articoli 11 e 13, lettera c) come invocati dalle parti resistenti) potessero rivelarsi di qualche utilità, autorizzando uno scomputo dal calcolo volumetrico di costruzioni risalenti, per le quali non vigeva l'obbligo di dotarsi di un titolo legittimante e non operavano neppure prescrizioni ad hoc sull'asservimento.

10. La sentenza è stata impugnata dal Comune di Varenna in via principale e il relativo appello è stato radicato al n. R.G. 7462/2007.

11. Si sono costituiti e hanno proposto, per quanto di interesse, appello incidentale sia le altre parti soccombenti sia i signori Monico.

12. Con il primo motivo d'appello l'amministrazione comunale deduce la tardività del ricorso di prime cure: identico contenuto hanno gli appelli incidentali proposti dal professor Vago e da s.r.l. Loreto, che insistono anche per la riforma della sentenza nella parte nella quale ha fornito una peculiare interpretazione delle norme tecniche di attuazione contraria alla detraibilità del lotto indicato nel mappale 655 dalla volumetria complessiva.

13. Con successivo atto di appello incidentale è stata altresì richiesta la riforma della sentenza nella parte in cui ha dichiarato improcedibile per carenza di interesse piuttosto che irricevibile l'impugnativa della autorizzazione paesaggistica.

14. L'appello incidentale delle parti vittoriose riguarda, per contro, la ritenuta conformità dell'autorizzazione paesaggistica.

15. Le deduzioni di merito prospettate dall'appellante principale (nonché dal professor Vago e da S.r.l. Loreto) riguardano l'*error in iudicando* relativo alla ritenuta computabilità della volumetria dell'edificio posto nel mappale 655 e la non corretta interpretazione delle richiamate norme tecniche di attuazione (articolo 1 e 13 lettera c).

16. La causa veniva chiamata una prima volta all'udienza del 4 marzo 2008, in esito alla quale veniva emessa la decisione interlocutoria n. 1447 del 2008.

17. Acquisita la documentazione richiesta, la Quarta Sezione del Consiglio di Stato si è nuovamente pronunciata con la decisione ordinanza in epigrafe indicata che dispone la remissione a questa Adunanza Plenaria.

18. La disamina di quella pronuncia è indispensabile per una corretta individuazione dei limiti nei quali si muove la presente decisione.

19. Quel provvedimento espone, in primo luogo, i contenuti della sentenza impugnata e le conclusioni alle quali è pervenuto il Giudice ambrosiano.

20. Vengono rassegnate poi le deduzioni del Comune di Varenna e degli appellanti incidentali, secondo i quali i mappali 1605, 656/a e 656/b (catasto foglio 16), seppure appartenenti ad un unico proprietario (il professor Vago), sarebbero solo contigui ad un'autonoma costruzione residenziale e non avrebbero costituito all'origine un compendio unitario riferibile ad altro immobile (villa Dajelli) insistente su altro mappale, come ritenuto, per contro, nella sentenza di prime cure.

21 La ricostruzione della vicenda catastale, condotta sotto il profilo storico tramite perizia asseverata, escluderebbe ogni collegamento tra i vari immobili e tale fatto sarebbe ulteriormente provato dalla circostanza che il professor Vago acquistò i terreni e l'edificio (erroneamente indicato come portineria della villa Dajelli) con due diversi strumenti notarili formati rispettivamente nel 1958 e nel 1959.

22. Vengono poi esposte le avverse deduzioni degli appellati signori Monico, che ribattono sulla unità sostanziale dell'area oggetto dell'intervento.

23. Successivamente a tali notazioni il provvedimento di rimessione ha preso in esame la questione di irricevibilità dell'originario ricorso e, sulla base della documentazione acquisita in sede interlocutoria, ha concluso che non tempestiva è solo l'impugnazione del ricorrente Giorgio Monico,

mentre da parte di Linda, Maria Teresa e Alessandra Monico il gravame risulta essere stato proposto nel rispetto dei termini decadenziali.

24. E' stata poi respinta la doglianza di quelle appellanti incidentali con la quale si deduceva l'illegittimità della autorizzazione paesaggistica poiché non sarebbero state esposte le ragioni a sostegno della compatibilità dell'intervento con il bene ambiente.

25. Sull'appello principale vengono richiamate le conclusioni raggiunte dal primo Giudice in ordine all'applicazione della regola seconda la quale, nel calcolo della volumetria assentibile, quel che conta è il fatto oggettivo della utilizzazione edificatoria dell'area.

26. In questa prospettiva non assumerebbero rilievo le vicende inerenti la proprietà dei terreni come il frazionamento del fondo da parte dell'unico proprietario e neppure le norme tecniche di attuazione sopra richiamate (art. 11 e 13): la disciplina comunale, infatti non autorizzerebbe a considerare *tamquam non essent* costruzioni risalenti a epoca nella quale non erano previsti atti autorizzatori o licenze e meno che mai la regolamentazione organica dell'asservimento.

27. Rispetto alle richiamate conclusioni può invero prospettarsi una critica su due diversi piani: quello di fatto e quello giuridico.

28. Sotto il primo profilo, la storia catastale dei mappali su indicati dimostrerebbe una sostanziale autonomia e distinzione degli stessi.

29. La conseguenza è non solo data dall'impossibilità di reperire un atto di asservimento idoneo, ma anche dalla smentita della tesi, fatta propria dal Tar lombardo, secondo il quale originariamente tutti gli immobili facevano parte in modo unitario di villa Dajelli (già villa Somaini).

30. La IV Sezione ritiene incerto il metodo usato dal Tribunale amministrativo regionale perché, da un lato, prescinde dal dato catastale per dare valenza assoluta al vincolo di inedificabilità conseguente al rapporto area-volume prescritto dalla normativa urbanistica e, dall'altro, utilizza il medesimo dato esistente all'atto di adozione del p.r.g. di Varenna (1996) quale condizione che definisce la volumetria ammissibile.

31. In base a tali rilievi, si sottolinea come la costruzione utilizzata per il computo della volumetria è stata realizzata prima della legge urbanistica del 1942.

32. La mancanza di un provvedimento edilizio abilitativo, secondo questa premessa, potrebbe determinare la carenza di un asservimento e, conseguentemente, la diversa determinazione della cubatura assentibile.

33. Viene per questo devoluto alla Adunanza Plenaria il seguente quesito: “se una costruzione, la cui area di sedime coincide con il mappale su cui insiste (655), per essere stata censita nel 1858, possa essere considerata costruzione preesistente, la cui volumetria debba essere computata in quella assentibile secondo l'indice di densità fondiaria in vigore”

34. Il quesito, secondo quanto prospetta la IV Sezione, dovrebbe essere risolto enunciando una proposizione giuridica soddisfattiva; non acquistano, pertanto, peculiare incidenza elementi circostanziali quali l'unicità dell'accesso carraio, l'individuazione dell'intera proprietà con unico mappale a seguito di modifiche introdotte pochi mesi prima del 9 dicembre 2004,(cioè in prossimità del rilascio il permesso di costruire),

l'identica vocazione urbanistica dell'intera area e, infine le vicende catastali dell'area.

35. La rigidità del quesito su riportato viene tuttavia mitigata osservando come la soluzione attinente la vicenda possa trovarsi nelle norme tecniche di attuazione del vigente p.r.g. (i già citati articoli 11 e 13), le quali rispettivamente definiscono “le aree di pertinenza di edifici esistenti” e “la densità di fabbricabilità fondiaria”.

36 La sentenza impugnata ha escluso che le citate norme potessero essere interpretate quali strumenti specifici per stabilire l'inerenza o meno dei terreni all'edificio esistente (mappale 655) e, di conseguenza, la sottraibilità o meno della volumetria di quello.

37. Il Tar milanese ha statuito, infatti, che le su richiamate disposizioni servono a rendere più agevole l'identificazione delle aree di pertinenza per le costruzioni realizzate in regime di titolo abilitativo comunque denominato, ma non autorizzano a considerare *tamquam non essent* gli edifici costruiti quanto nessun atto di assenso era previsto.

38. L'ordinanza della IV Sezione deduce che, in base a tale interpretazione, sarebbe stata in pratica innovata la disciplina urbanistica del territorio di Varenna, che, in virtù delle su citate norme tecniche, conferisce uno specifico rilievo ai rapporti pertinenziali tra aree ed edifici esistenti con riguardo sia al periodo nel quale essi furono formati sia al loro calcolo ai fini dell'asservimento.

39. Si determinerebbe così una rinuncia alla ricerca ermeneutica del significato e della operatività delle norme tecniche su indicate e ciò

oblitererebbe il fine primo delle medesime, dato dalla loro possibile applicazione alla fattispecie.

40. In base alle su esposte considerazioni viene pertanto formulato il secondo quesito, del seguente tenore: “se in presenza di una disciplina urbanistica che assegna una precisa valenza alle aree di pertinenza delle costruzioni esistenti, solo se queste risultano da atti di asservimento, o, in assenza, se identificate dalla licenza edilizia, tale disciplina possa essere introdotta, per via giurisprudenziale, anche per edifici che sono stati realizzati prima dell’introduzione di limiti legali alla proprietà privata, cioè quando l’attività edilizia era una mera estrinsecazione del diritto di proprietà”.

41. Sulle questioni rimesse hanno esposto le rispettive difese le parti costituite, sostenendosi dagli appellati una risposta negativa per entrambi i quesiti e prospettandosi, invece una risposta positiva da parte dell’appellante principale e dagli altri appellanti incidentali.

42. Dalla ricostruzione delle vicende che hanno condotto alla presente fase del giudizio e dallo stesso *nomen iuris* dato dalla Quarta Sezione al proprio provvedimento, emerge in modo chiaro il carattere definitivo delle statuizioni contenute nella decisione – ordinanza con riguardo a:

- le questioni di tempestività del gravame di primo grado, essendo stata pronunciata l’irricevibilità del ricorso nei soli confronti dell’architetto Giorgio Monico e respinte per le restanti ricorrenti le relative eccezioni coltivate sia con l’appello principale sia con gli appelli incidentali;

- le doglianze di illegittimità dirette avverso l'autorizzazione paesaggistica da parte delle appellanti incidentali Monico, ritenute non condivisibili e, per questo, respinte con statuizione definitiva.

43. Il provvedimento ha, pertanto, natura di decisione parziale (A.P., 10 novembre 2008, n. 11), che esime questa Adunanza dall'assumere statuizioni di sorta relativamente ai capi su elencati.

44. E' stata invece deferita la decisione sull'oggetto principale della controversia di merito, concernente la legittimità del permesso di costruire n. 6/2004 rilasciato dal Comune di Varenna al professor Alfredo Vago.

45. La tecnica di rimessione si è avvalsa della formulazione di due quesiti, nei quali si condensano le valutazioni alle quali è pervenuto il percorso argomentativo del Giudice rimettente: la scelta del metodo espositivo non altera, tuttavia, la peculiare funzione alla quale è preordinata la previsione del secondo comma dell'articolo 45 del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054.

46. Secondo tale disposizione (e il collegato articolo 73 del regio decreto 17 agosto 1907, n. 642) è deferita all'Adunanza plenaria l'intera controversia, per gli ambiti, come già osservato, non coperti da specifica pronuncia parziale.

47. Il metodo prescelto dalla Quarta Sezione si limita, in ragione della premessa, alla più adeguata individuazione del punto di diritto che è causa di rimessione, ma non riduce o predetermina in modo rigido il contesto valutativo, l'ampiezza del quale si estende alla vicenda contenziosa secondo quanto già precisato ai punti 41 e 46.

48. La formulazione dei quesiti, in definitiva, esprime una sintesi logico-giuridica che consente di enunciare una *regula iuris* suscettibile di ricevere applicazione anche in casi ulteriori rispetto a quello della presente vicenda contenziosa.

49. Si tratta, invero, di applicazione di un principio coerente, quanto meno in larga massima, anche alla ben diversa ipotesi dei quesiti proposti nel ricorso per cassazione ex art. 366 bis c.p.c. (Cass. SS. UU. 30 ottobre 2008, n. 26020).

50. L'analogia con quella specie di quesiti si arresta, tuttavia, a questa peculiarità della funzione espositiva, senza espandersi ai profili di inammissibilità che potrebbero caratterizzare il ricorso per cassazione ex art. 366 bis c.p.c.: conseguentemente non sarebbe inammissibile, ma semplicemente sottoposto a una disamina di tipo sostanziale, il quesito di diritto formulato in modo non pertinente alla fattispecie concreta (*contra* per i quesiti ex art. 366 bis c.p.c. Cass. SS. UU. 18 novembre 2008, n. 27347).

51. Tanto si rileva per chiarire come l'Adunanza Plenaria non sia condizionata dalla formulazione dei quesiti, essendo competente a conoscere dell'intero *thema decidendum*.

52. Si deve statuire se il permesso di costruire n. 6/2004 sia stato legittimamente assentito dal Comune di Varenna con riferimento alle deduzioni prospettate in primo grado dai ricorrenti e accolte dal Tribunale amministrativo milanese.

53. La Quarta Sezione dubita della congruenza e della conformità delle conclusioni raggiunte nella decisione impugnata con riferimento a due specifici aspetti, che si rivelano coordinati e graduati a fini decisionali.

54. Pur con le precisazioni in ordine all'ambito cognitivo proprio dell'Adunanza plenaria sottolineato al punto 51, è comunque utile procedere nella disamina seguendo il percorso disegnato dall'ordinanza di rimessione.

55. Il primo quesito coinvolge la computabilità nella volumetria assentibile, secondo l'indice di densità fondiaria in vigore, di una costruzione con area di sedime coincidente con il mappale sulla quale insiste (655) per essere stata censita nel 1858.

56. Si è invero osservato come l'edificio posto sul citato mappale 655 è stato eretto ben prima della legge urbanistica n. 1150 del 1942, quando cioè lo *jus aedificandi* era considerato pura estrinsecazione del diritto di proprietà: a tale stregua, la totale occupazione dell'area del mappale 655 da parte della casa colonica censita nel 1858 nel catasto lombardo veneto dovrebbe impedire l'instaurarsi di qualsivoglia pertinenza e, per l'effetto, di possibili asservimenti.

57. In questa prospettiva, costruzione ed area divengono unica *res* caratterizzata, nel tessuto urbanistico-edilizio della zona, da specificità e autonomia tali da escludere che si tenga conto della relativa volumetria in relazione alla densità fondiaria in vigore.

58. Il Collegio non ritiene che la proposizione del quesito, quanto meno nei termini appena esposti, possa rivelarsi decisiva per la soluzione del caso.

59. Giova, in primo luogo, sottolineare come la nozione di libertà di costruire in epoca antecedente la legge urbanistica del 1942 sia stata affermata dalla IV Sezione del Consiglio di Stato con espresso riguardo alla situazione di fatto dell'immobile in contestazione, che, essendo casa

colonica, doveva essere allocato, quanto meno al momento della costruzione, in zona agricola;

60. Al di fuori della specifica situazione, non potrebbe certo concordarsi con l'opinione secondo la quale la libertà di costruire, in epoca antecedente la normazione urbanistica, poteva essere dilatata al punto di conferire al diritto soggettivo di proprietà valenze e prerogative che probabilmente non ha mai avuto, quanto meno in termini assoluti, fin dagli albori della costituzione dello Stato Nazionale (cioè dalla legislazione unitaria fondamentale del 1865).

61. Con una visione frammentaria del problema, che si rivelò ben presto inadeguata, il legislatore del 1865 introdusse, infatti, per gli aggregati urbani relativi a comuni con più di 10.000 abitanti, la materia dei piani regolatori.

62. Quella remota disciplina contemplava due tipi: il piano regolatore edilizio e il piano di ampliamento previsti rispettivamente dagli articoli 86 e 93 della legge 25 giugno 1865, n. 2359 sulle espropriazioni per pubblica utilità.

63. Quelle norme non prescrivevano l'imposizione di limiti rigorosi alla proprietà privata, ma costituivano pur sempre un indizio non secondario dell'esistenza di un quadro conformativo del quale, nelle zone urbane, lo *jus aedificandi* doveva comunque tener conto.

64. Oltre alle assai modeste prescrizioni di tipo pianificatorio altre, con diversa normativa, furono previste, soprattutto con atti regolamentari per l'edificazione nei centri abitati (e, in questo senso, molti furono i comuni ad avvalersi di tale facoltà).

65. Tali regolamenti, nel prevedere una serie di limiti sull'altezza, le distanze ed altri elementi connotativi delle edificazioni urbane, costituivano anch'essi uno strumento conformativo seppure indiretto rispetto all'esercizio concreto dello *jus aedificandi*: tali mezzi risultano positivamente richiamati dagli articoli 109 e 111 (quest'ultimo in particolare) del regio decreto 12 febbraio 1911, n. 297 recante il regolamento per l'esecuzione della legge comunale e provinciale 21 maggio 1908, n. 269, ma utilizzato anche dopo le modifiche della legge 4 febbraio 1915, n. 148 e il testo unico 3 marzo 1934, n. 383.

66. Un ulteriore strumento di conformazione, anch'esso episodico, va individuato, oltre che nella legge 15 gennaio 1885, n. 2892 sul risanamento della città di Napoli e nella legge 31 maggio 1903, n. 254 relativa alla costruzione, all'acquisto e alla vendita di case popolari, nei provvedimenti legislativi che hanno approvato i piani regolatori di grandi città (legge 24 marzo 1932, n. 355 per Roma e la legge 19 febbraio 1934, n. 433 per Milano).

67. Il richiamo alla legislazione previgente il 1942 si conclude con i regi decreti legge 25 marzo 1935, n. 640 (art. 4) e il successivo 22 novembre 1937, n. 2105 (art. 6) che enunciano l'obbligatorietà dell'autorizzazione del sindaco (podestà) per le edificazioni.

68. Accanto alle considerazioni storiche e prima di esaminare quelle inerenti la specifica area oggetto della vertenza, occorre rammentare la modificazione di prospettive e le evoluzioni anche concettuali maturate nel prosieguo e fino ai giorni nostri nella legislazione urbanistica ed edilizia.

69. E' sufficiente, in proposito, ricordare come una norma quale l'ultimo comma dell'articolo 4 della legge 28 gennaio 1978, n. 10 (vedi ora l'articolo 9 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 recante il testo unico in materia edilizia), nel dettare norme sull'edificabilità dei suoli nei comuni privi di strumenti urbanistici, stabilisse il primato del momento pianificatorio, riducendo e quanto meno depotenziando in modo significativo il diritto di edificare del privato, sulla base del principio che, relativamente ai suoli privi di qualsivoglia regolamentazione, opera pur sempre una disciplina suppletiva di salvaguardia dagli eccessi di intensificazione (C.d.S., IV, 10 dicembre 2007, n. 6339, C.d.S., V, 14 ottobre 2005, n. 5801; Cd.S., IV, 9 agosto 2005, n. 4232).

70. La sintetica esposizione delle principali fonti normative antecedenti il codice civile (art. 869 e seguenti) e la normazione urbanistica (legge 10 agosto 1942, n. 1150) nonché il richiamo alle successive evoluzioni consentono di chiarire un profilo metodologico di rilievo ai fini della decisione: essere cioè quanto meno perplessa la possibilità di risolvere la questione giuridica prospettata sulla base della legislazione previgente e del titolo in base al quale *ab origine* fu edificato il mappale 655.

71. Quest'ultimo, nel corso del tempo, si è successivamente trasformato da casa colonica quale risulta nel catasto lombardo veneto nel 1858 (e prima ancora da terreno agricolo secondo il catasto teresiano vigente nei primi anni del secolo diciannovesimo) in edificio a varie destinazioni (della quale quella a portineria di villa Dajelli è contestata) fino a divenire privata abitazione del professor Vago, secondo una prassi un tempo assai diffusa di riadattamento di un immobile originariamente

destinato all'agricoltura o a deposito (come testimoniano, è dato enunciabile come fatto notorio, i molti fienili trasformati in gradevoli e talora lussuose residenze private).

72. Se, d'altro canto, l'immobile era originariamente una casa colonica, la sua collocazione nel 1858 in piena campagna implica che il relativo dato catastale non assuma rilievo per definire la computabilità o meno della relativa volumetria: le zone agricole fuori dell'abitato non soggiacevano comunque a una disciplina edilizia così che il porre la problematica dell'asservimento finirebbe necessariamente per rivelarsi un fuor d'opera.

73. E' invero assai difficile riportare in un contesto unitario (quale quello della disciplina urbanistica del piano regolatore di Varenna del 1996) situazioni e fatti collocati in un diverso spazio temporale che diviene, quasi in modo diacronico, anche diverso spazio fisico, quanto meno sotto il profilo della regolamentazione e delle connesse qualificazioni.

74. La legge dell'incessante divenire impone di non sovrapporre due situazioni la cui riconducibilità al più antico dato catastale non è connotata da tratti specifici rispetto ad altri complessivi elementi di valutazione.

75- Pur espungendo dalla formulazione del punto di diritto la peculiarità storica della collocazione catastale, non si otterrebbe in ogni caso un quadro ordinamentale sicuro e completo in ragione del quale assicurare una definitiva e soddisfacente risposta.

76. Ciò si deve alla coerente premessa metodologica dell'ordinanza di rimessione tratta dai principi in materia di asservimento, con particolare

riguardo al caposaldo che connette il relativo vincolo con il provvedimento edilizio abilitativo.

77. L'istituto dell'asservimento, come è noto, si è formato dopo l'entrata in vigore del decreto ministeriale 2 aprile 1968, che ha fissato gli *standards* di edificabilità delle aree e ha introdotto una organica regolamentazione della densità edilizia (territoriale e fondiaria).

78. La nozione di densità costituisce il parametro di riferimento per stabilire se possa farsi luogo ad asservimento: ciò impone senz'altro l'operatività dello strumento pianificatorio, ma non implica una risposta univoca rispetto agli immobili edificati, a seconda che a loro fondamento vi sia un provvedimento abilitativo (che, in altri momenti storici, poteva anche legittimamente mancare).

79. La densità territoriale, in particolare, è riferita a ciascuna zona omogenea e definisce il complessivo carico di edificazione che può gravare sulla stessa, con la conseguenza che il relativo indice è rapportato sia all'intera superficie sottoposta alla medesima vocazione urbanistica sia alla concreta insistenza di costruzioni.

80. Perché il computo rispecchi la realtà effettuale non rileva certo la sussistenza o meno del prescritto titolo autorizzatorio o abilitativo all'intervento edilizio, ma la reale situazione dei luoghi con il carico di edificazione in concreto accertato.

81. Non può d'altronde dubitarsi che qualsiasi costruzione, anche se eretta senza il prescritto titolo, concorra al computo complessivo della densità territoriale (C.d.S., IV, 26 settembre 2008, n. 4647; IV, 29 luglio 2008, n. 3766; IV, 12 maggio 2008, n. 2177; IV, 11 dicembre 2007, n. 6346;

V, 27 giugno 2006, n. 4117; V, 12 luglio 2005, n. 3777; V, 12 luglio 2004, n. 5039; IV, 6 settembre 1999, n. 1402).

82. Con riguardo a quella specie di densità, l'edificio posto sul mappale 655 è stato senz'altro oggetto di calcolo da parte del Comune di Varenna in sede di concreta determinazione della volumetria ammessa per la zona .

83. Il problema insorge, come riferito nell'ordinanza in epigrafe, per la commisurazione della volumetria assentibile in base alla densità fondiaria.

84. Quest'ultima è riferita alla singola area e definisce il volume massimo consentito sulla stessa, l'indice della quale (c.d. indice di fabbricabilità) va applicato sull'effettiva superficie suscettibile di edificazione.

85. Per eseguire tale operazione l'interprete non può certo attestarsi sugli elementi originari di formazione dell'edificio e sulla situazione catastale del 1858: questi ultimi sono soggetti a troppe variabili, prima tra tutte quella temporale, in esito alla quale lo stato dei luoghi attuale, ancorché apparentemente simile a quello distinto nelle registrazioni del 1858, potrebbe rivelarsi discontinuo e sottoposto a un diverso regime .

86. Le risultanze catastali comparate a distanza di circa centocinquanta anni servono, in definitiva, a chiarire due dati, nessuno dei quali peraltro, si rivela decisivo: la legittima carenza di un provvedimento autorizzatorio o comunque abilitativo della costruzione e, parimenti, la costante insistenza e individuazione, nel lungo lasso di tempo, del fabbricato sul medesimo mappale.

87. Questi elementi riguardano una situazione antecedente l'individuazione dei limiti inderogabili di densità edilizia come introdotti nell'ordinamento dal d.m. 2 aprile 1968, n. 1444 in attuazione dei precetti recati dall'articolo 17 della legge 6 agosto 1967, n. 765.

88. In via di larga massima si osserva, relativamente all'inesistenza (e all'impossibilità di esistenza *ratione temporis*) di un atto che determini l'asservimento pertinenziale, come la situazione originaria possa trovare smentita in atti successivamente adottati nel lungo arco temporale limitato, ai fini della disamina, all'entrata in vigore del citato decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444 o alla prima disciplina urbanistica introdotta nel Comune (generalmente attraverso un programma di fabbricazione).

89. In questa ipotesi e rispetto al periodo antecedente le date sopra indicate, possono in astratto comprendersi, oltre le citate determinazioni pianificatorie del Comune, atti e negozi di privati, non necessariamente preordinati all'asservimento in senso tecnico dell'area o di una parte di essa.

90. Potrebbero assumere rilievo, in questo senso, atti come la destinazione a pertinenza ex art. 817 c.c., la costituzione di servitù prediale, prevista dagli articoli 1027 e seguenti del codice civile nonché tutti gli atti che implicino un'incidenza sull'immobile, mentre debbono considerarsi sempre irrilevanti, a questi fini, le vicende civilistiche inerenti la titolarità del bene (tra le tante: C.d.S., V, 2 settembre 2005, n. 4442).

91. Tutte le volte che l'area sia interessata da atti di tale natura, potrebbero determinarsi effetti sulla concreta edificabilità: una parte del terreno potrebbe perdere, in ragione del vincolo ad essa imposto anche *iure privatorum*, l'idoneità ad essere astrattamente utilizzabile per una

costruzione e, conseguentemente, a formare oggetto di eventuali contratti atipici ad effetti obbligatori con i quali le parti dispongono della volumetria di loro immobili (C.d.S., V, 28 giugno 2000, n. 3637).

92. Tanto si afferma in ragione del principio di immediata evidenza logica secondo il quale la determinazione della volumetria consentita in un'area deve pur sempre tener conto del dato reale, di come, cioè, gli immobili si trovano e delle relazioni che intrattengono con l'ambiente circostante in virtù del complesso di effetti riconducibili ad atti di soggetti pubblici e privati nonché a fatti della più varia natura, ma idonei, in ogni caso, ad incidere sull'edificabilità.

93. Rispetto a tali dati, ove se ne ammetta la rilevanza in ordine quanto meno al singolo intervento edilizio, gli elementi indicati nel quesito in esame costituiscono un *prius* nel quale non si esaurisce certo la ricerca dell'interprete.

94. Tali vicende, ove non si risolvano in una modificazione profonda e irreversibile del bene e della sua anche parziale vocazione edificatoria, debbono essere acquisite in atti dell'Autorità comunale nel quadro delle regolazioni e qualificazioni scaturenti dalla pianificazione urbanistica adottata dalla singola Amministrazione.

95. Quest'ultima può scegliere, in via generale, tra l'individuazione di criteri idonei a configurare un complesso di precetti recanti fattispecie analoghe o comunque equiparabili all'asservimento pertinenziale perché verificatesi prima dell'entrata in vigore del decreto 2 aprile 1968, n. 1444 o dello strumento urbanistico adottato e una carenza di regolazione che sposta il problema al momento del rilascio del singolo permesso di costruire così

da imporre, ove occorra, una disamina della situazione di fatto e di diritto creatasi nel fondo sul quale è previsto l'intervento edilizio.

96. L'Amministrazione appellante ha optato per la prima ipotesi, introducendo così nelle norme tecniche di attuazione al piano regolatore generale del 1996, un regime integrativo rispetto ai casi di asservimento derivanti dall'applicazione della normativa sugli inderogabili limiti alla densità edilizia.

97. L'articolo 11 n.t.a. del Comune di Varenna, prescrive, infatti, che “per gli edifici esistenti e realizzati prima dell'adozione del programma di fabbricazione del 1968, l'area di pertinenza è quella che risulta indicata negli elaborati allegati alla prativa edilizia rilasciata al proprietario, indipendentemente dai successivi frazionamenti o trasferimenti. L'area acquisita o frazionata dopo la data di adozione del Piano di fabbricazione ed edificata è quella risultante dagli atti asservimento stipulati e trascritti a favore del Comune di Varenna...”

98. Il successivo articolo 13 lettera c) delle su indicate n.t.a. ha cura di specificare, nella definizione della densità di fabbricabilità fondiaria che “sono esclusi i lotti già saturi ed asserviti ad edifici esistenti”.

99. Le disposizioni su riportate inducono a considerare superata la problematica sollevata con il primo quesito dell'ordinanza di rimessione e a non condividere, quanto meno nella loro assolutezza, le osservazioni del primo Giudice.

100. Secondo quest'ultimo, infatti, le disposizioni appena trascritte “valgono ad agevolare l'identificazione delle aree di pertinenza per le costruzioni realizzate in un regime di licenza (o concessione, o permesso) e

in un sistema privo al riguardo di idonee forme di pubblicità...ma non autorizzano a considerare *tamquam non essent*, scomputandole dal calcolo volumetrico, costruzioni risalenti realizzate in epoche in cui non vigeva l'obbligo di dotarsi di licenza edilizia né esisteva una disciplina ad hoc sull'asservimento e la relativa prova.”

101. L'affermazione è senz'altro esatta se riferita al computo della densità territoriale, ma non può essere riprodotta in modo automatico per il metodo di calcolo della densità fondiaria.

102. Se si condivide l'assunto, fatto proprio dal T.a.r., secondo il quale le su indicate norme di attuazione hanno un preciso ufficio identificativo delle aree di pertinenza per le costruzioni, non può affermarsi poi che gli edifici risalenti debbono essere comunque computati nella volumetria assentibile per il solo fatto che, per la loro erezione, non esisteva l'obbligo di dotarsi di licenza edilizia o di un provvedimento abilitativo di qualsivoglia natura.

103. L'ufficio identificativo, nel caso di specie, è affidato a precise proposizioni giuridiche, che annettono valore decisivo non tanto all'epoca della costruzione (e alla carenza di titoli abilitativi), quanto piuttosto alle qualificazioni e alle determinazioni effettuate dagli stessi privati purché emergenti e riscontrabili anche implicitamente in atti rivolti alla pubblica autorità e relativi all'attività edilizia.

104. Ciò è, d'altro canto, precisa conseguenza della nozione di asservimento inteso come fattispecie negoziale atipica ad effetti obbligatori in base ai quali un'area viene destinata a servire al computo dell'edificabilità di altro fondo.

105. L'asservimento realizza, in definitiva, una specie particolare di relazione pertinenziale, nella quale viene posta durevolmente a servizio di un fondo la qualità edificatoria di un altro.

106. Se alla base del peculiare istituto v'è una destinazione pertinenziale, allora la logica (intesa come espressione del principio di ragionevolezza) vuole che possano essere accostate, equiparate o non diversamente regolate altre fattispecie di vincolo ex art. 817 c.c., in esito alle quali si realizzi una vicenda non dissimile quanto ad effetti.

106. Sebbene la tecnica dell'asservimento abbia trovato la propria peculiare ragion d'essere e si sia sviluppata dopo l'introduzione di limiti inderogabili di densità edilizia, è tuttavia incontestabile che relazioni pertinentziali rilevanti possono essersi determinate anche prima dell'entrata in vigore dell'articolo 17 della legge n. 765 del 1967 in ragione della obiettiva destinazione e configurazione dei fondi effettuata da chi ne aveva titolo e disponibilità.

107. L'ipotesi affermata ma non sufficientemente dimostrata nella sentenza impugnata, secondo la quale l'immobile sul mappale 655 ricadeva nel compendio unitario di villa Dajelli, è sicuramente un indizio in questo senso: ciò che impedisce la condivisione dell'assunto è la difficoltà di attribuire un senso univoco a una complessa documentazione, rispetto alla quale possono ben considerarsi ostativi (o almeno bisognosi di ulteriori accertamenti istruttori) gli argomenti dedotti nella perizia asseverata offerta in comunicazione.

108. Rispetto a situazioni nelle quali l'obiettiva incertezza nel valutare lo stato dei luoghi può assumere un primario ed assorbente rilievo e

costituire finanche causa di patenti illegittimità, il Comune di Varenna ha fatto una scelta per dir così prudentiale: ha cioè stabilito di affidare, per il periodo antecedente l'adozione del programma di fabbricazione del 1968, la ricognizione dell'asservimento pertinenziale agli atti provenienti dagli stessi privati in sede di richieste di licenze o di presentazione in genere di pratiche edilizie.

109. Le affermazioni del Tribunale amministrativo regionale vanno perciò adeguate non già ad una astratta riconducibilità del fabbricato in contestazione alla primitiva (se provata) inerenza di tutti gli immobili ad una villa unitaria, peraltro appartenente ad altri soggetti, ma alla reale vicenda contenziosa, nella quale, come può anticiparsi, una licenza edilizia è stata richiesta e ottenuta dal Professor Vago prima dell'adozione del citato programma di fabbricazione del 1968 .

110. Va ancora sottolineato come le succitate norme tecniche, statuendo all'articolo 13, il principio di carattere generale secondo il quale sono esclusi dal computo di edificabilità i lotti già saturi ed asserviti a fabbricati esistenti, abbiano sostanzialmente trapiantato gli aspetti relativi al regime edilizio vigente al momento della costruzione, tenendo ben ferma la prioritaria esigenza di valutare in concreto lo stato dei luoghi.

111. La decisione si sposta, pertanto, alla ricerca in fatto se, in quel contesto, potessero trovare applicazione, in ragione degli atti e delle risultanze processuali, le norme tecniche citate. Fatto che, quindi, assume valenza centrale ai fini della presente decisione.

112. Ora è agli atti del processo il progetto allegato alla domanda di licenza edilizia presentata al Comune di Varenna il 23 febbraio 1963 dal

professor Vago per lavori da effettuare nella costruzione insistente sul mappale 655.

113. Dall'esame degli allegati alla domanda emerge che in uno dei lati rispetto ai quali si aprivano ben due porte finestre, l'area contigua era destinato a giardino (in calce al relativo disegno prospettico è scritto infatti: verso giardino).

114. La lettura degli schemi progettuali consente di collocare la casa rispetto alla strada e alla parte collinare (verso monte) e di individuare così con certezza nell'area del contiguo mappale 656 quella destinata a giardino.

115. La licenza edilizia come rilasciata dal Sindaco di Varenna nel marzo del medesimo anno 1963 ha perciò fatta propria la relativa destinazione ai sensi e per gli effetti indicati dal citato articolo 11 n.t.a.

116. L'esatta individuazione dell'area come pertinenza della casa è confermata, per quanto occorrer possa, da due successive licenze edilizie richieste dal professor Vago e rilasciate in vigenza del programma di fabbricazione.

117. Nella prima (pratica n. 4), assentita dal Sindaco di Varenna pro tempore architetto Giorgio Monico il 31 gennaio 1975, il proprietario richiese ed ottenne di realizzare una pensilina in legno con copertura in coppi sulla porta d'ingresso: tale risulta essere, in base a un preciso riscontro grafico nell'estratto di mappa posto a fianco del disegno principale del progetto, quella che porta al predetto giardino.

118. La seconda licenza (pratica n. 35/1978) fu richiesta nel 1978 dal professor Vago e dalla di lui consorte (probabilmente a seguito dell'entrata in vigore del regime di comunione dei beni introdotto

nell'ordinamento italiano nella riforma degli articoli 159 e seguenti del codice civile come introdotta con legge 19 maggio 1975, n. 151).

119. Il provvedimento autorizzava la realizzazione di un locale di lavanderia e stireria in un crotto (così definito negli atti progettuali e di assenso comunale, nella accezione lombarda, e settentrionale in genere, di grotta) posto sul mappale n. 656 e rispetto al quale, sempre sulla base delle documentazioni progettuali, l'ingresso era consentito esclusivamente dal giardino.

120. Gli elementi documentali appena commentati nella loro verificata oggettività vanno interpretati alla luce delle citate norme tecniche di attuazione.

121. Ora è evidente come proprio la coerente applicazione del precetto recato nel sopra trascritto articolo 11 n.t.a. del Comune di Varenna imponga di ravvisare l'esistenza di un vincolo pertinenziale tra la costruzione e la circostante area a giardino insistente sul mappale 656.

122. Il vincolo in questione è stato costituito dal professor Vago in epoca antecedente il programma edilizio del 1968, essendo quanto meno operante dal febbraio 1963 (epoca nella quale fu presentata la richiesta di licenza edilizia) ed è stato pedissequamente indicato negli elaborati allegati alla pratica edilizia.

123. Debbono conseguentemente ritenersi pienamente operanti gli estremi richiesti dal più volte invocato articolo 11 n.t.a. per assumere la sussistenza del rapporto pertinenziale tra casa e giardino e per concludere che la volumetria della prima, insistente sul mappale 655, deve essere

detratta da quella complessivamente assentibile per i lotti già di proprietà Vago.

124. Le considerazioni che precedono impongono la conferma, seppure con diversa motivazione, della sentenza impugnata.

125. Sembra tuttavia equo, tenendo conto anche della peculiarità e novità delle questioni trattate, disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

Per questi motivi

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), pronunciando sull'appello n.r.g. 7462 del 2007 della Sez. IV (n.r.g. 1 del 2009 dell'Adunanza Plenaria), respinge l'appello principale e gli appelli incidentali e conferma, come da motivazione, la sentenza gravata.

Compensa tra le parti le spese e gli onorari del secondo grado del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 30 marzo 2009, presso la sede del Consiglio di Stato, Palazzo Spada, con l'intervento dei signori:

| | |
|----------------------|-------------------------------------|
| Paolo Salvatore | - Presidente del Consiglio di Stato |
| Giovanni Ruoppolo | - Presidente di Sezione |
| Gaetano Trotta | - Presidente di Sezione |
| Costantino Salvatore | - Consigliere di Stato |
| Luigi Maruotti | - Consigliere di Stato |
| Pier Luigi Lodi | - Consigliere di Stato |

| | |
|--------------------------|----------------------------------|
| Giampiero Paolo Cirillo | - Consigliere di Stato |
| Paolo Buonvino | - Consigliere di Stato |
| Luciano Barra Caracciolo | - Consigliere di Stato |
| Cesare Lamberti | - Consigliere di Stato |
| Aldo Fera | - Consigliere di Stato |
| Filoreto D'Agostino | - Consigliere di Stato estensore |
| Claudio Marchitello | - Consigliere di Stato |

Presidente

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....23/04/2009.....

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Dirigente

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria