



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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2015 del 2021, proposto dalla sig.ra Antonietta Montoro, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Fortunato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il sig. Pietro Murano e la sig.ra Anna Adiletta, rappresentati e difesi dall'avvocato Alfonso Esposito, con domicilio eletto presso lo studio Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, n.30;

il Comune di Sarno, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda), n. 10/2021, resa tra le parti, pubblicata il 5 gennaio 2021, pronunciata nel giudizio di primo grado n.r.g. 1413/2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del sig. Pietro Murano e della sig.ra Anna Adiletta;

Vista l'ordinanza della Sezione n. 1975/2021;

Visti tutti gli atti della causa;

Rilevato che l'udienza si è svolta ai sensi dell'art. 25, comma 2, del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni con legge 18 dicembre 2020, 176, attraverso videoconferenza con l'utilizzo della piattaforma "Microsoft Teams", come previsto dalla circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario generale della Giustizia amministrativa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 15 luglio 2021, il Cons. Michele Pizzi e uditi per le parti l'avv. Marcello Fortunato e l'avv. Alfonso Esposito;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso innanzi al Tar per la Campania, sezione staccata di Salerno, notificato il 7 novembre 2020 e depositato l'11 novembre 2020, il sig. Pietro Murano e la sig.ra Anna Adiletta hanno esposto:

a) che la Sezione, con sentenza n. 4374 del 2018, in accoglimento del loro appello proposto avverso la sentenza del Tar per la Campania, sezione staccata di Salerno, n. 780 del 2017, ha respinto il ricorso di primo grado proposto – in quel giudizio - dalla sig.ra Antonietta Montoro e, per l'effetto, ha confermato la legittimità della determinazione dirigenziale del Comune di Sarno n. 2610 del 18 gennaio 2017, di annullamento in autotutela del permesso di costruire n. 1902 del 6 febbraio 2015,

rilasciato a suo tempo dal predetto Comune alla medesima sig.ra Antonietta Montoro per l'ampliamento di un fabbricato ad uso residenziale ai sensi dell'art. 4 della legge regionale della Campania n. 19/2009 (annullamento in autotutela disposto per mancanza dell'atto di assenso dei confinanti in merito alla deroga alla distanza minima di 5 ml dal confine);

b) che, a seguito della predetta sentenza della Sezione n. 4374 del 2018, il Comune di Sarno ha adottato l'ordinanza di demolizione prot. n. 47925 del 28 ottobre 2019, rimasta inoppugnata;

c) che la sig.ra Antonietta Montoro, in data 22 luglio 2020, presentava al Comune di Sarno una nuova proposta progettuale, sulla scorta della intervenuta modifica dell'art. 14, comma 2, del regolamento edilizio comunale, in materia di distanze minime tra edifici, approvata con deliberazione di consiglio comunale n. 12 del 9 febbraio 2018 (che consente ora *“l'edificazione in aderenza e/o sul confine”*, ad eccezione delle zone agricole).

2. I ricorrenti hanno quindi impugnato il provvedimento prot. n. 2268 dell'8 ottobre 2020, con il quale il Comune di Sarno, previa revoca dell'ordinanza di demolizione prot. n. 47928 del 28 ottobre 2019, ha rilasciato alla sig.ra Antonietta Montoro un nuovo permesso di costruire *“per l'ampliamento del fabbricato esistente nei limiti del 20%, così come si rileva dalla nuova proposta progettuale, allegata alla richiesta datata 22.07.2020 recante numero di prot. 31930. Ai sensi dell'art. 4 della legge regionale sul piano casa.”*.

3. Il ricorso di primo grado è articolato nei seguenti tre motivi:

3.1. – elusione del giudicato formatosi sulla sentenza della Sezione n. 4374 del 2018, violazione dell'art. 873 c.c. e dell'art. 36 del d.p.r. n. 380/2001, eccesso di potere, sviamento, difetto del presupposto, contraddittorietà, difetto di istruttoria, arbitrarietà, illogicità manifesta, nullità della disposizione regolamentare modificata, per

aver illegittimamente il Comune di Sarno rilasciato un permesso di costruire per opere già realizzate, potendosi in tal caso provvedere solo con il permesso di costruire in sanatoria ai sensi dell'art. 36 del d.p.r. n. 380/2001, qualora sussistano i presupposti previsti dalla legge, tra i quali la c.d. "doppia conformità" del manufatto realizzato, insussistente nel caso di specie (poiché quando le opere furono realizzate nel 2015 non erano conformi allo strumento urbanistico all'epoca vigente);

3.2. - elusione del giudicato formatosi sulla sentenza della Sezione n. 4374 del 2018, violazione dell'art. 873 c.c. e dell'art. 36 del d.p.r. n. 380/2001, eccesso di potere, difetto del presupposto, contraddittorietà, difetto di istruttoria, arbitrarietà, illogicità manifesta, nullità della disposizione regolamentare modificata, per aver il Comune illegittimamente modificato, con d.c.c. n. 12/2018, il regolamento edilizio comunale, prevedendo ora, all'articolo 14, comma 2, la possibilità di edificare in aderenza o sul confine, in tal modo ponendosi in contrasto con la disciplina codicistica – di rango primario – sulle distanze minime tra edifici ai sensi dell'art. 873 c.c., con conseguente necessità di disapplicazione del regolamento in questione *in parte qua*;

3.3. - elusione del giudicato formatosi sulla sentenza della Sezione n. 4374 del 2018, violazione dell'art. 873 c.c. e dell'art. 36 del d.p.r. n. 380/2001, sviamento, eccesso di potere, difetto del presupposto, contraddittorietà, difetto di istruttoria, arbitrarietà, illogicità manifesta, nullità della disposizione regolamentare modificata, per aver il Comune omesso di considerare che l'area *de qua* ricade in zona agricola IS8, così come denominata dal p.u.c., con conseguente impossibilità di applicare la nuova disciplina di cui all'art. 14, comma 2, del regolamento edilizio comunale, che appunto prevede l'eccezione delle zone agricole.

4. Il Tar per la Campania, sezione staccata di Salerno, con la gravata sentenza n. 10 del 2021:

a) ha accolto il primo motivo di ricorso, in quanto “*l’ampliamento controverso non [poteva] considerarsi conforme alla disciplina urbanistico-edilizia vigente al momento della sua esecuzione e non [era], come tale, legittimabile ai sensi dell’art. 36, comma 1, del d.p.r. n. 380/2001*”, senza che possa inoltre ammettersi una inammissibile “*sanatoria giurisprudenziale di un’opera già eseguita*”;

b) ha assorbito i restanti motivi di ricorso.

5. Con ricorso in appello notificato il 24 febbraio 2021 e depositato il 5 marzo 2021, la sig.ra Antonietta Montoro ha impugnato la menzionata sentenza del Tar per la Campania, sezione staccata di Salerno n. 10 del 2021, articolando i seguenti due motivi di gravame:

5.1. – violazione dell’art. 38 del d.p.r. n. 380/2001, eccesso di potere per difetto assoluto del presupposto, difetto di istruttoria, erroneità manifesta, sviamento, per aver il Tar illegittimamente fatto applicazione dell’articolo 36 del d.p.r. n. 380/2001, anziché del successivo articolo 38 del medesimo d.p.r., che disciplina appunto l’ipotesi – rilevante nel caso di specie – di interventi eseguiti in base ad un permesso di costruire successivamente annullato, non richiedendosi in tal caso la necessaria presenza della “doppia conformità”, e considerato che il permesso di costruire n. 2268 del 8 ottobre 2020, oggetto del presente giudizio, sarebbe “*stato rilasciato nel pieno rispetto di quanto previsto dall’art. 38 succitato*”, dovendo l’amministrazione comunale – sulla base delle sopravvenienze di fatto o di diritto – verificare “*solo se il vizio risulta emendabile*”, tenuto conto che l’originario vizio è stato appunto emendato a seguito della intervenuta modifica dell’art. 14.2 del r.u.e.c. con deliberazione di consiglio comunale n. 12/2018;

5.2. – violazione dell’art. 38 del d.p.r. n. 380/2001, eccesso di potere per difetto assoluto del presupposto, difetto di istruttoria, erroneità manifesta, sviamento, per

aver il Tar erroneamente ritenuto non sussistente la doppia conformità richiesta dall'articolo 36 del d.p.r. n. 380/2001 per il rilascio del permesso di costruire in sanatoria, visto che l'intervento edilizio in questione, quando fu realizzato, era conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia all'epoca vigente, stante il regime di deroga ai sensi della disciplina regionale sul piano casa di cui alla legge regionale della Campania n. 19/2009.

6. Si sono costituiti in giudizio, con memoria depositata il 10 marzo 2021, il sig. Pietro Murano e la sig.ra Anna Adiletta, chiedendo il rigetto dell'appello e riproponendo, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., i motivi di ricorso non esaminati dal Tar.

7. Con ordinanza 15 aprile 2021, n. 1975, la Sezione ha accolto la domanda cautelare, sospendendo l'esecutività della sentenza impugnata, unicamente sotto il profilo del *periculum in mora*.

8. Entrambe le parti, in data 9 e 14 giugno 2021, hanno depositato memorie difensive, insistendo ciascuna nelle rispettive difese.

9. Gli appellati hanno poi depositato una memoria di replica in data 17 giugno 2021.

10. All'udienza del 15 luglio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

11. Il primo motivo d'appello è infondato.

11.1. Se è vero, infatti, che il Comune di Sarno – a differenza di quanto argomentato dal Tar – non ha agito (né avrebbe potuto agire) ai sensi dell'art. 36 del d.p.r. n. 380/2001, non trattandosi di un'attività edificatoria originariamente *sine titulo*, bensì eseguita in forza dell'originario permesso di costruire n. 1902/2015 successivamente annullato in autotutela dal Comune, è anche vero tuttavia che l'amministrazione comunale non ha agito nemmeno ai sensi dell'art. 38 del d.p.r. n. 380/2001, procedendo *sic et simpliciter* alla revoca della precedente ordinanza di demolizione ed al

rilascio del nuovo permesso di costruire n. 2268 dell'8 ottobre 2020, motivando unicamente sulla intervenuta modifica dell'art. 14.2 del r.u.e.c., avvenuta con delibera di consiglio comunale n. 12/2018.

11.2. Al riguardo il Collegio rileva che, secondo le medesime coordinate ermeneutiche espresse dalla Sezione con la sentenza n. 4374 del 2018, la disciplina contenuta nel nuovo articolo 14.2 del r.u.e.c. del Comune di Sarno – laddove consente l'edificazione “*sul confine*” a prescindere dalla distanza minima dal fondo finitimo – risulta in contrasto con la disciplina statale di cui all'art. 873 c.c., ove si afferma il diverso principio secondo cui le costruzioni su fondi finitimi o sono “*unite o aderenti*”, oppure devono essere tenute ad una distanza “*non minore di tre metri*”.

11.3. Di conseguenza risulta illegittimo il *modus procedendi* seguito dal Comune di Sarno, che ha erroneamente rilasciato *de plano* il nuovo permesso di costruire, dovendo invece l'amministrazione valutare, nell'esercizio dei propri poteri ed alla luce di quanto sopra esposto circa il contrasto *in parte qua* dell'art. 14.2 del r.u.e.c. con l'articolo 873 c.c.:

a) la concreta situazione fattuale posta in essere a seguito dell'ampliamento realizzato dalla sig.ra Antonietta Montoro, tenuto conto che la disciplina statale non consente l'edificazione “*sul confine*” qualora non venga rispettata la distanza minima di tre metri tra le costruzioni su fondi finitimi;

b) se, alla luce della concreta situazione di fatto e secondo quanto sopra esposto, sia possibile rilasciare un nuovo permesso di costruire, sulla base della normativa comunale sopravvenuta, anche in mancanza dell'atto di assenso dei confinanti – in precedenza previsto - circa la deroga ai cinque metri di distanza tra gli edifici, ferma restando l'inderogabilità dei tre metri di distanza ai sensi dell'art. 873 c.c.;

c) se – qualora venga meno l'ipotesi *sub b)* - sia possibile procedere alla restituzione in pristino o, in mancanza, alla fiscalizzazione dell'abuso con il pagamento di una sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 38 del d.p.r. n. 380/2001.

11.4. Di conseguenza il primo motivo d'appello deve essere respinto, con le precisazioni sopra esposte, dovendo la sentenza di primo grado essere confermata, seppur alla luce di diversa motivazione.

12. Infondato e da respingere è, altresì, il secondo motivo d'appello.

12.1. Il Collegio - con riferimento all'asserita efficacia derogatoria dell'articolo 4 della legge regionale della Campania n. 19/2009 sul "piano casa" - ritiene sufficiente richiamare quanto già affermato dalla Sezione nella sentenza n. 4374 del 2018 ove, al punto 4.7 e seguenti, si è precisato che: *"Se infatti tale disposizione ammette l'ampliamento a fini abitativi degli edifici esistenti nel limite del venti per cento della volumetria esistente <in deroga agli strumenti urbanistici vigenti>, è da tener fermo che la deroga non può operare con riferimento a indici e parametri stabiliti in via diretta, o in via integrativa regolamentare, dalla legislazione statale, sia essa costituita dalle disposizioni del codice civile (art. 873 cod. civ.) che da quelle di cui al d.m. 2 aprile 1968, n. 1444, [...]"*, dal momento che *"la disciplina delle distanze attiene anche alla materia dell'ordinamento civile, ossia dei rapporti giuridici interprivati, riservata allo Stato, sicché la competenza legislativa regionale concorrente afferente al governo del territorio è legittima soltanto se e in quanto la deroga alle distanze sia riferita ai medesimi presupposti previsti dalla normativa statale [...]"*.

12.2. Di conseguenza, nella presente fattispecie, fermo restando che la disciplina regionale sul "piano casa" non è idonea a derogare alla normativa codicistica sulle distanze minime tra edifici, l'intervento *de quo* – realizzato dalla sig.ra Antonietta Montoro nel 2015 – non era conforme al regolamento edilizio comunale all'epoca vigente (per contrasto con l'articolo 14.4, comma a, del r.u.e.c. applicabile *ratione*

temporis, ove si prevedeva l'assenso dei confinanti per la deroga alla distanza minima di 5 metri), come motivato dal Comune di Sarno nel provvedimento prot. n. 2610/2017, di annullamento in autotutela del precedente permesso di costruire n. 1902/2015, annullamento in autotutela la cui legittimità è stata già accertata dalla Sezione con la menzionata sentenza n. 4374 del 2018.

12.3. Né il Comune – come sopra già esposto – ha agito (né avrebbe potuto agire) ai sensi del citato articolo 36, e comunque il giudice amministrativo non può pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati, ai sensi dell'art. 34, comma 2, c.p.a.

13. In definitiva l'appello deve essere respinto, con le precisazioni sopra esposte ai §§ 11.1, 11.2 e 11.3.

14. Dato il rigetto dell'appello, è possibile assorbire i motivi di ricorso di primo grado non esaminati dal Tar e riproposti dagli odierni appellati ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a.

15. Sussistono giuste ragioni per disporre la compensazione delle spese di lite del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 2015/2021, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 luglio 2021, ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Michele Pizzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Michele Pizzi

IL PRESIDENTE

Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI