

N. 06551/2021REG.PROV.COLL.

N. 07187/2018 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7187 del 2018, proposto da Moreno Pozzoli ed Armida Percassi, rappresentati e difesi dall'avvocato Mario Lavatelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Cantù, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Franco Ferrari e Francesco Giambelluca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Franco Ferrari in Roma, via di Ripetta, n. 142;

nei confronti

Immobiliare San Francesco S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianni Mantegazza e Luigi Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luigi Manzi in Roma, via Alberico II, n. 33;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia n. 268/2018.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 settembre 2021 il Cons. Giordano Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Torraca Vincenzo, per dichiarata delega di Lavatelli Mario, Ferrari Giuseppe e Stivali Gaia, per delega di Manzi Luigi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Gli appellanti sono comproprietari dell'area sita in Cantù, via Enrico Fermi n. 4, identificata al Catasto Terreni al foglio 9, mappale 12979, sulla quale insistono le unità abitative e pertinenziali (Catasto Fabbricati: foglio 16, mappale 21963, sub 2, 3, 4, 5 e 701).

Tale area confina con l'area identificata al Catasto Terreni del Comune di Cantù al foglio n. 9, mappale 25281 (ex n. 458), sul quale la Società Immobiliare San Francesco S.r.l. ha iniziato la costruzione di tre edifici, identificati alle lettere "A", "B" e "C", in forza della D.I.A. n. 43/2010 e successive varianti.

2 - Assumendo la violazione dei limiti di altezza dell'edificio identificato alla lettera "A", gli appellanti hanno effettuato una segnalazione all'ufficio tecnico del Comune, cui ha fatto seguito, in data 8 marzo 2012, un sopralluogo, all'esito del quale è stata

riscontrata la realizzazione di opere in parziale difformità dal progetto di cui alla D.I.A. n. 43/2010.

E' stato quindi avviato il procedimento per l'accertamento della conformità edilizia del fabbricato "A", cui ha fatto seguito l'emissione dell'ordinanza di sospensione dei lavori e, successivamente, il provvedimento di diniego dell'istanza di sanatoria, in quanto l'altezza massima del fabbricato "A", determinata ai sensi dell'art. 6.10 delle vigenti N.T.A. risultava superiore all'altezza massima di zona consentita, prevista dall'art. 41 delle stesse N.T.A.

2.1 - In data 10 luglio 2012, il Comune ha adottato l'ordinanza n. 4433 con cui è stata ingiunta la demolizione delle opere eseguite in parziale difformità dai titoli abilitativi, in quanto il fabbricato "A" è stato realizzato con un'altezza massima superiore di mt. 0,73 rispetto a quella massima di zona.

In data 12 luglio 2012, tuttavia, il comune di Cantù, considerato che le opere eseguite in parziale difformità riguardavano il piano sottotetto, ha autorizzato la ripresa dei lavori ai piani interrato, terreno, primo e secondo del fabbricato "A".

3 - In data 5 luglio 2012, la Società immobiliare ha presentato una richiesta di accertamento di conformità, ai sensi dell'art. 36 del D.P.R. n. 380 del 2001, per il fabbricato "B", cui seguiva il diniego in data 8 agosto 2012, in quanto l'edificio risultava realizzato in spregio all'altezza massima consentita.

3.1 - In data 18 settembre 2012, il comune di Cantù ha ingiunto la demolizione, per le parti non conformi, anche in relazione al fabbricato "B".

4 - In data 27 luglio 2012, la Società Immobiliare San Francesco S.r.l. ha chiesto la sospensione dell'efficacia dell'ordinanza di demolizione n. 4433 del 10 luglio 2012, relativa al fabbricato "A" sino alla conclusione del procedimento amministrativo finalizzato ad ottenere la commutazione in sanzione pecuniaria, ex art. 34 del D.P.R.

n. 380 del 2001, di quella ripristinatoria, in quanto quest'ultima avrebbe comportato gravi danni e pregiudizi statici all'edificio.

4.1 - In data 12 dicembre 2012, per il fabbricato "A", ed in data 21 gennaio 2013 per il fabbricato "B", il comune di Cantù ha emesso i provvedimenti di applicazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 34, comma 2, del D.P.R. 380 del 2001, in quanto le opere eseguite in parziale difformità non avrebbero potuto essere demolite senza pregiudizio delle parti conformi.

5 – Gli appellanti hanno proposto ricorso al T.A.R. per la Lombardia, deducendo:

- la violazione dell'art. 32 e dell'art. 34 del D.P.R. n. 380 del 2001, dell'art. 54, comma 1, lettera c), della legge regionale n. 12 del 2005, dell'art. 41 delle N.T.A. del P.R.G. vigente e l'eccesso di potere per erronea rappresentazione dei fatti;
- la violazione dell'art. 4 del Regolamento edilizio e dell'art. 873 c.c. e l'eccesso di potere per errato presupposto di fatto;
- la violazione dell'art. 9 del D.M. 2 aprile 1968, n. 1444 e l'eccesso di potere per errata valutazione dei presupposti di fatto.

Gli stessi hanno inoltre formulato una richiesta istruttoria, al fine di accertare il rispetto delle distanze, ex art. 9 del D.M. n. 1444 del 1968, tra gli edifici realizzati dall'Immobiliare San Francesco e il box di proprietà dei medesimi ricorrenti

6 – Con la sentenza n. 268/2018, il T.A.R. adito ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso, per una duplice ragione: a) il ricorso *“non contiene, né nella sua epigrafe né nelle conclusioni, l'espressa impugnazione di nessuno dei sopramenzionati provvedimenti, richiamandosi specificamente soltanto la comunicazione del 28 gennaio 2013, attraverso la quale il Comune ha dato notizia della conclusione del procedimento sanzionatorio a carico dell'Immobiliare San Francesco S.r.l.”*, sicché: *“la mancata espressa impugnazione degli atti lesivi, pertanto, non*

consente di procedere allo scrutinio del merito del ricorso”; b) “le tre censure di ricorso si presentano indeterminate e generiche, e quindi inadonee a consentire l’individuazione del thema decidendum”.

7 – L’appello proposto dall’originaria parte ricorrente avverso tale pronuncia non deve trovare accoglimento.

In via preliminare, deve osservarsi come il tenore del ricorso originario e dell’atto di appello non appaiano diretti a contestare uno specifico provvedimento, o più provvedimenti individuati, bensì a denunciare ed a far valere la presunta situazione di illegalità dell’immobile realizzato dalla società Immobiliare San Francesco.

Tale impostazione contravviene alle regole che presidiano il processo amministrativo, il quale è volto al controllo di legalità del potere esercitato dall’amministrazione attraverso un provvedimento e nei limiti dei motivi a tal fine dedotti dal ricorrente.

A norma dell’art. 40, let b), del c.p.a. il ricorso deve contenere l’indicazione dell’oggetto della domanda, ivi compreso l’atto o il provvedimento eventualmente impugnato.

Ai sensi dell’art. 44, comma 1, c.p.a., il ricorso è nullo se, per l’inosservanza delle prescrizioni di cui all’art. 40 in tema di contenuto del ricorso, vi è incertezza assoluta sull’oggetto della domanda.

E’ un dato che l’unico atto espressamente identificato da parte ricorrente risulta essere la comunicazione del Comune di Cantù del 28.1.2013, con la quale si dava avviso della chiusura del procedimento sanzionatorio a carico dell’Immobiliare San Francesco s.r.l. e dell’applicazione della sanzione pecuniaria ex art. 34 d. P.R. 380/2001.

Il vizio che caratterizza l’impostazione del ricorso risulta confermato dal fatto che parte ricorrente si dilunga a denunciare le difformità riscontrate rispetto alla

palazzina “B”, salvo poi precisare, solo in una successiva memoria, che il ricorso interessava solo la palazzina “A”, sempre senza specificare gli estremi dei provvedimenti impugnati.

Contrariamente agli assunti di parte appellante, non si è al cospetto di una lettura formalistica delle norme, posto che il T.A.R. ha altresì messo in luce, in relazione con la ravvisata mancata indicazione degli estremi degli atti impugnati, la genericità dei tre motivi di impugnazione dedotti, che non consentirebbero l'individuazione dell'oggetto del giudizio.

La mancata pronuncia sul merito del ricorso dal parte del primo giudice non costituisce, pertanto, una lesione del diritto di difesa della parte (la quale se del caso può far valere le proprie ragioni proprietarie avanti il giudice ordinario), bensì la conseguenza del fatto che l'oggetto del giudizio non era compiutamente delineabile. Ad ogni buon conto, per quanto possibile nonostante le ravvisate carenze, di seguito si prenderanno in esame, per quanto possibile, le doglianze svolte dai ricorrenti.

8 - La prospettazione teorica di parte appellante – secondo cui la variazione rispetto al progetto originario, che incide sull'altezza massima dei fabbricati, deve essere considerata variazione essenziale ai sensi dell'art. 32 comma 1 lettera c) del D.P.R. n. 380/2001 relativa alle modifiche sostanziali di parametri urbanistico-edilizi del progetto approvato – nella sua assolutezza, non merita condivisione.

L'art. 34 del d.p.r. 380/2001 stabilisce, al primo comma, che *“gli interventi e le opere realizzati in parziale difformità dal permesso di costruire sono rimossi o demoliti a cura e spese dei responsabili dell'abuso”*. Il secondo comma dispone che *“quando la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, il dirigente o il responsabile dell'ufficio applica una sanzione...”*.

Dunque, oltre al rischio che la demolizione possa arrecare pregiudizio alla parte dell'opera eseguita in conformità, presupposto dell'applicazione della sanzione pecuniaria sostitutiva è la sussistenza di una difformità solo parziale.

Tale concetto implica la sussistenza di un titolo abilitativo e l'esecuzione dell'opera secondo caratteristiche in parte diverse da quelle fissate a livello progettuale. La norma non reca, tuttavia, una definizione compiuta della nozione di "parziale difformità", limitandosi a disciplinare l'iter sanzionatorio di questa particolarità di illecito. Di conseguenza, il concetto di opera parzialmente difforme deve essere individuato per esclusione, facendovi rientrare tutte quelle opere o interventi non riconducibili ai casi di totale difformità, oppure alle ipotesi di variazioni essenziali (Cons. St. n. 561 del 2020: *“la difformità parziale è una categoria residuale, presuppone che un determinato intervento costruttivo, pur se contemplato dal titolo autorizzatorio rilasciato dall'autorità amministrativa, sia stato realizzato secondo modalità diverse da quelle previste ed autorizzate a livello progettuale, quando le modificazioni incidano su elementi particolari e non essenziali della costruzione, e si concretizzino in divergenze qualitative e quantitative non incidenti sulle strutture essenziali dell'opera”*).

In fatto, nel caso in esame – avuto riguardo al solo fabbricato “A”, come tardivamente precisato dai ricorrenti - l'ordinanza comunale con cui è stata ingiunta la demolizione delle opere ha contestato la realizzazione di un'altezza massima superiore di m. 0,73 rispetto a quella massima di zona.

Risulta gli atti che l'aumento di altezza ha interessato solo la parte laterale del sottotetto, mentre nella parte centrale l'altezza è rimasta invariata, essendosi in pratica realizzato un solaio di copertura in piano, anziché a falde inclinate. Per altro, la diversa forma del solaio di copertura è stata oggetto dell'apposita variante alla DIA 43/2010, presentata in data 23.1.2012.

Avuto riguardo alla difformità in concreto riscontrata, deve confermarsi la correttezza dell'operato del Comune, non potendosi ricondurre la stessa tra le variazioni essenziali.

Invero, a norma dell'art. 32 TU cit., ricorre una variazione essenziale nel caso di: a) mutamento della destinazione d'uso che implichi variazione degli standards previsti dal D.M. 2 aprile 1968, n. 1444; b) aumento consistente della cubatura o della superficie di solaio, da valutare in relazione al progetto approvato; c) modifiche sostanziali di parametri urbanistico-edilizi del progetto approvato ovvero della localizzazione dell'edificio sull'area di pertinenza; d) mutamento delle caratteristiche dell'intervento edilizio assentito; e) violazione delle norme vigenti in materia di edilizia antisismica, quando non attenga a fatti procedurali

Deve inoltre osservarsi che, a norma della citata disposizione, non possono ritenersi comunque variazioni essenziali quelle che incidono sulla entità delle cubature accessorie, sui volumi tecnici e sulla distribuzione interna delle unità abitative.

Più nello specifico, l'art. 54 della L.R. n. 12/2005, in attuazione del primo comma del citato art. 32, individua tra le variazioni essenziali al progetto approvato anche una differenza di altezza, ma solo se "*in misura superiore a un metro*".

E' pacifico che la differenza di altezza nel caso di specie non eccede tale limite.

8.1 - Il rilievo degli appellanti - secondo cui, grazie al predetto incremento di altezza, si concretizzerebbe all'interno dell'edificio un nuovo piano autonomamente utilizzabile (a tal fine richiamano gli accertamenti effettuati nell'ambito del giudizio civile avanti il Tribunale di Como) - risulta inconferente avuto riguardo al fatto che l'abuso contestato dall'amministrazione con l'originaria ordinanza di demolizione (apparentemente mai impugnata da parte appellante ed in ciò affiora la rilevata genericità dell'oggetto del ricorso), a cui ha fatto seguito il provvedimento di

irrogazione della sanzione sostitutiva, non si riferisce a tale aspetto, ovvero alla creazione di nuova volumetria abitabile e/o alla modifica di destinazione d'uso del sottotetto. Tale eventualità non può certo essere indagata in questa sede, ove, per quel che pare desumibile dal tenore della censura proposta dagli appellanti (ma anche su tale aspetto si riflettono la genericità e perplessità del ricorso) si contesta solo il provvedimento di applicazione della sanzione pecuniaria sostitutiva dell'abuso già accertato in precedenza.

In ogni caso, sulle ulteriori difformità denunciate da parte appellante, l'amministrazione non si è mai pronunciata in sede procedimentale, avendo accertato la sola difformità relativa al superamento dell'altezza.

8.2 – Sotto un differente profilo, deve infine rilevarsi come parte appellante non abbia introdotto alcun elemento atto a sostenere la tesi che in realtà l'incremento di altezza possa essere eliminato senza arrecare pregiudizio all'intero edificio.

9 – Non è invece possibile esaminare le ulteriori censure svolte dai ricorrenti originari con i quali si contesta sotto diversi profili il mancato rispetto della disciplina sulle distanze, salva la facoltà per gli appellanti di far valere tali rilievi in altre sedi.

Al riguardo, deve ribadirsi che il procedimento sanzionatorio attivato dal Comune, in relazione al quale sono stati assunti i provvedimenti di repressione degli abusi, non ha per oggetto violazioni delle distanze delle costruzioni dai confini o da altre costruzioni, ma la sola altezza del piano sottotetto.

Come già anticipato, il presente giudizio, ed il giudizio amministrativo in generale, non è la sede per dirimere i conflitti tra proprietari confinanti, bensì per sindacare la legittimità dell'atto impugnato, da cui la fondamentale importanza di individuare compiutamente il provvedimento e gli specifici motivi di ricorso avverso lo stesso.

Con la censura in esame, gli appellanti denunciano la sussistenza di ulteriori profili di non conformità della costruzione, seppur questi ultimi non siano stati indagati dall'amministrazione e poi contestati in un formale provvedimento.

Di conseguenza, risulta inammissibile, in quanto palesemente generica ed esplorativa, l'istanza istruttoria con la quale si chiede *“disporsi CTU o, in subordine, verificaione affinché possa rilevarsi l'erroneità del provvedimento che, pur accertando la difformità, ha consentito il mantenimento dell'edificio nella sua conformazione abusiva, irrogando la sola sanzione pecuniaria”*.

10 – Per le ragioni esposte, l'appello non deve trovare accoglimento.

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) respinge l'appello e condanna parte appellante alla refusione delle spese di lite in favore delle parti Immobiliare San Francesco S.r.l. e comune di Cantù, che si liquidano, per ciascuna di esse, in €2.000, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

Davide Ponte, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Giordano Lamberti

Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI