

Pubblicato il 04/03/2021
N. 01841/2021REG.PROV.COLL.
N. 06805/2019 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6805 del 2019, proposto dalla signora Nadia Palma, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Maiello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

i signori Salvatore De Falco, Ciro De Falco e Carmine De Falco, rappresentati e difesi dagli avvocati Antonio Parisi e Marco Iannaccone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

il Comune di Volla, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Erik Furno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Enrico Califano in Roma, piazza dei Consoli, n. 11;

per la riforma

quanto al ricorso in appello, introduttivo del giudizio, proposto dalla signora Nadia Palma, della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sede di Napoli, Sezione Seconda, n. 1338 dell'8 marzo 2019;

quanto all'appello incidentale proposto dal Comune di Volla, della sentenza del T.a.r. per la Campania, Sede di Napoli, Sezione Seconda, n. 1338 del 2019;

quanto all'appello incidentale ex art. 96 c.p.a., proposto dai signori De Falco, *in parte qua*, della sentenza del T.a.r. per la Campania, Sede di Napoli, Sezione Seconda, n. 1338 del 2019;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e gli appelli incidentali proposti dal Comune di Volla e dai signori Salvatore De Falco, Ciro De Falco e Carmine De Falco;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2021, svoltasi in collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, il Cons. Roberto Caponigro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. I signori Salvatore, Ciro e Carmine De Falco, in qualità di proprietari delle abitazioni confinanti, hanno proposto ricorso, integrato da motivi aggiunti, dinanzi al Tar Campania per l'annullamento del permesso di costruire n. 76 del 27 dicembre 2016, con cui il Comune di Volla (Na) ha autorizzato la signora Nadia Palma, ai sensi dell'art. 4 della L.R. n. 19 del 2009 (recante misure urgenti per il rilancio economico, per la riqualificazione del patrimonio esistente, per la prevenzione del rischio sismico e per la semplificazione amministrativa, c.d. piano casa), alla realizzazione di un intervento in ampliamento del 20%, mediante sopraelevazione, del fabbricato sito in Volla, via De Curtis n. 18/b, e del provvedimento del 31 luglio 2018, con cui il Comune di Volla ha convalidato il permesso di costruire n. 76 del 27 dicembre 2016 e la successiva scia del 13 dicembre 2018.

1.1. Più in dettaglio il Comune di Volla ha rilasciato alla signora Nadia Palma il permesso di costruire n. 76, ai sensi dell'art. 10 del d.P.R. n. 380 del 2011, per la realizzazione di un ampliamento della volumetria esistente mediante la realizzazione di un nuovo appartamento e di un locale tecnico in sopraelevazione di un piano terrazzo di un fabbricato esistente di medesima proprietà ai sensi dell'art. 4 della L.R. Campania n. 1 del 2011 (di modifica della legge regionale n. 9 del 2009, c.d. piano casa).

L'Amministrazione comunale, con il provvedimento del 30 luglio 2018, ha disposto la convalida del permesso di costruire n. 76 del 27 dicembre 2016 e della successiva SCIA prot. n. 5014 del 13 febbraio 2018.

Il provvedimento di convalida è stato adottato, riesaminato il permesso di costruire n. 76 del 27 dicembre 2016, rilasciato alla signora Nadia Palma ai sensi dell'art. 4 della L.R. n. 9 del 2009, relativo alla realizzazione di un ampliamento del 20% della volumetria esistente mediante la costruzione in sopraelevazione di un nuovo appartamento e di un locale tecnico al piano terrazzo alla via De Curtis n. 18/B e con riferimento alle controdeduzioni inoltrate dalla signora Palma, con allegata documentazione, nella quale vengono evidenziate le difformità consistenti nella diversa distribuzione interna con apertura dei vani esterni, difformità tra lo stato di progetto dell'originario PdC n. 55 del 2008 e successiva variante e lo stato di fatto di cui al PdC n. 76 del 2016, difformità qualificate non essenziali ai sensi dell'art. 32 del d.P.R. n. 380 del 2001.

A tal fine, il provvedimento di convalida ha fatto riferimento alle relazioni del 23 marzo 2018 e del 3 aprile 2018, riguardanti i sopralluoghi effettuati dal responsabile del procedimento.

2. Il Tar per la Campania, Sede di Napoli, Sezione Seconda - dopo aver respinto l'eccezione di inammissibilità dell'impugnativa sollevata sotto il profilo che, nella sostanza, si chiederebbe la tutela di un interesse illegittimo - ha dichiarato inammissibili i motivi aggiunti del 17 ottobre 2018 ed ha accolto il ricorso ed i motivi aggiunti dell'11 settembre 2018, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

2.1. Il giudice di primo grado ha ritenuto illegittimi i provvedimenti impugnati quanto alla realizzazione del vano di prolungamento della precedente scala esterna scoperta, in quanto tutti fondati sull'erroneo presupposto che il rispetto della distanza di 10 metri imposta dal D.M. 1444 del 1968 è applicabile unicamente alle pareti che si fronteggiano, che il balcone non è riconducibile al concetto di parete finestrata e che la misurazione delle distanze in tal caso deve avvenire in modo lineare e non radiale.

2.2. Il Tar ha invece respinto il primo motivo, posto a sostegno sia del ricorso principale che del primo atto di motivi aggiunti, incentrato sulla asserita impossibilità di attribuire i benefici volumetrici del c.d. piano casa, in quanto il fabbricato della signora Palma era difforme rispetto a quanto assentito da precedenti titoli edilizi.

3. Di talché, la signora Nadia Palma ha interposto il presente appello, articolando i seguenti motivi di impugnativa:

3.1. *Illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui ha rilevato la sussistenza della situazione di interesse legittimo in capo ai ricorrenti. Omessa considerazione dell'abusività del balcone (su cui è stata realizzata una veranda) da cui risulta calcolata la distanza di 10 m. di cui al dm n. 1444 del 1968.*

La realizzazione abusiva non potrebbe *ex se* obliterare la posizione giuridica di chi abbia diritto di edificare sul terreno antistante.

L'immobile dei signori De Falco sarebbe abusivo, sicché troverebbe ingresso il principio secondo cui l'abuso edilizio, quando occorre esaminare e valutare la domanda del vicino di edificare sul proprio suolo, non può essere di per sé rilevante ed incidente sulla posizione giuridica di chi ha diritto ad edificare.

Lo stesso immobile, peraltro, sarebbe oggetto di ulteriori abusi edilizi, solo ora rilevati dall'amministrazione comunale, tanto che sarebbe stato interessato da due ordinanze di demolizione nel 2018. In particolare, l'ordinanza di demolizione n. 26 del 2018 avrebbe ad oggetto proprio il

balcone dal quale, secondo la errata prospettazione della controparte, occorrerebbe calcolare la distanza.

3.2. *Sulla illegittimità della sentenza impugnata – legittimità del provvedimento di convalida anche nella parte in cui ha autorizzato la realizzazione del vano scala insussistenza della violazione dell'art. 9 del D.M. 1444/1968.*

I balconi dei signori De Falco costituirebbero oggetti addossati unicamente alla parete non frontistante il fondo dell'appellante; il fabbricato, infatti, sarebbe perfettamente allineato a quello della resistente, senza alcuna propaggine frontistante a quest'ultima, risultando unicamente connotato, lungo il confine opposto, da un muro, con funzione di mero schermo, non finestrato. Le distanze tra fabbricati, inoltre, non si misurerebbero in modo radiale, come avviene per le distanze rispetto alle vedute, ma in modo lineare, perpendicolare ed ortogonale.

Pertanto, assumerebbe carattere preminente, nel calcolo delle distanze, la parete munita di finestre, nel suo sviluppo ideale verticale o orizzontale rispetto alla frontistante facciata e non già la reciproca posizione delle finestre in entrambe le superfici aperte.

In definitiva, nella fattispecie, non vi sarebbero edifici che si fronteggiano ed i balconi in discorso costituirebbero oggetti addossati unicamente alla parete non frontistante il fondo della resistente.

3.3. *Sulla illegittimità della sentenza impugnata – legittimità dei titoli abilitativi conseguiti dalla signora Nadia Palma. Violazione e falsa applicazione degli artt. 873 e 907 c.c.*

Il provvedimento di convalida non violerebbe gli artt. 873 e 907 c.c.

La titolarità del diritto reale di veduta costituirebbe una condizione dell'azione al fine di esigere l'osservanza da parte del vicino delle distanze di cui all'art. 907 c.c., salvo che dalla controparte non vi sia ammissione della relativa sussistenza.

Nel caso di specie, non vi sarebbe alcuna convenzione che ha riconosciuto ai signori De Falco il diritto di mantenere tale veduta né tale diritto sarebbe stato acquisito per usucapione. Ad ogni buon conto, vertendosi in materia di diritti reali, la convenzione avrebbe dovuto avere la forma scritta *ad substantiam*.

I balconi incassati nell'edificio di proprietà dei signori De Falco non consentirebbero alcuna veduta diretta sul fondo di proprietà della signora Palma, ma solo una veduta obliqua.

4. Anche il Comune di Volla ha appellato la sentenza di primo grado, formulando il seguente unico complesso motivo.

Error in procedendo ed error in iudicando, violazione e falsa applicazione dell'art. 9 del DM n. 1444/1968 anche in riferimento all'art. 4 della L.R. Campania n. 19 del 2009, violazione e falsa applicazione degli artt. 873 e 907 c.c.; eccesso di potere sotto il profilo del difetto di motivazione per erroneità dei presupposti; travisamento ed errata valutazione dei fatti.

La motivazione espressa dal giudice di prime cure, che ha accolto il ricorso per la violazione degli artt. 9 D.M. n. 1444 del 1968, 2 e 4 della L.R. Campania n. 19 del 2009 e 873 e 907 c.c., sarebbe erronea e violerebbe la *ratio* sottesa alla disciplina sulle distanze.

La *ratio* dell'art. 9 del D.M. n. 1444 del 1968 è quella di evitare la formazione di intercapedini nocive sotto il profilo igienico-sanitario, mentre la *ratio* delle norme civilistiche che impongono una distanza per le vedute è quella di tutelare la *privacy* dei proprietari degli immobili.

L'art. 9 del D.M. n. 1444 del 1968 fa riferimento alle pareti di edifici "antistanti", ossia fronteggianti, sicché, ove le pareti non siano fronteggianti, non si applicherebbe la norma richiamata, mancando il suo presupposto.

Nel caso in cui le pareti non siano parallele, andrebbe considerata la distanza lineare e non radiale, come accade nel caso di distanze tra vedute ai sensi dell'art. 907 c.c., è ciò per la differente *ratio* tra le due normative.

5. I signori De Falco, a loro volta, hanno proposto appello incidentale ex art. 96 c.p.a., nella parte in cui la sentenza impugnata non ha ritenuto gli atti gravati in primo grado illegittimi poiché emessi in violazione dell'art. 3, comma 1, lett. a), della L.R. n. 19 del 2009.

A tal fine, hanno dedotto il seguente complesso motivo.

Error in iudicando. Omessa pronuncia. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 4 e 12 bis della legge regionale n. 19 del 2009 e s.m.i. Violazione degli artt. 3 e 21 nonies della legge n. 241 del 1990. Violazione dell'art. 97 Cost. Difetto di motivazione e di istruttoria. Irragionevolezza. Travisamento. Illogicità manifesta. Ingiustizia manifesta.

I giudici di prime cure avrebbero dovuto rilevare come in origine era previsto un piano seminterrato destinato a cantinola, in luogo dell'appartamento attualmente esistente.

Oltre al denunciato cambio di destinazione d'uso, l'immobile dell'appellante principale sarebbe affetto da ulteriori ed essenziali difformità edilizie, non sanate (e neppure sanabili) con la CILA in sanatoria del 9 aprile 2018, afferenti solo il cambio di distribuzione interna e apertura finestre.

Gli interventi posti in essere dall'interessata, ove pure fosse sussistente la doppia conformità, sarebbero da classificare alla stregua di difformità essenziali ex art. 32 d.P.R. n. 380 del 2001, autorizzabili e, quindi, sanabili solo attraverso il rilascio di specifico permesso di costruire, del tutto mancante in specie.

I titoli edilizi in esame, quindi, sarebbero dovuti essere annullati poiché emessi in violazione dell'art. 3 della L.R. n. 19 del 2009, siccome rilasciati rispetto ad un immobile che, al momento della presentazione della richiesta edilizia, presentava difformità al titolo abilitativo per le quali non è stata rilasciata concessione in sanatoria.

Di qui, l'illegittimità anche della convalida del 31 luglio 2018.

6. Le parti hanno prodotto altre memorie, insistendo diffusamente per le rispettive conclusioni.

7. Con ordinanza di questa Sezione n. 6009 del 30 agosto 2019 è stata disposta attività istruttoria a carico del Comune.

8. All'udienza pubblica del 21 gennaio 2021, svoltasi in collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, la causa è stata trattenuta per la decisione.

9. I signori De Falco, in rito, hanno eccepito l'inammissibilità della memoria ex art. 73 c.p.a. depositata dal Comune di Volla il 21 dicembre 2020, alle ore 12.07, in quanto depositata oltre il termine di cui al combinato disposto degli artt. 73 c.p.a. e 4 delle disposizioni di attuazione al codice del processo amministrativo.

9.1. Il Collegio ritiene fondata l'eccezione proposta.

9.2. Il tema dell'orario "limite" per il deposito delle memorie rispetto alle udienze di merito e delle conseguenze in caso di inosservanza è stato più volte affrontato dalla giurisprudenza che è giunta a conclusioni non univoche (per la tardività delle memorie depositate oltre le ore 12 dell'ultimo giorno utile, si sono espresse, tra le altre, Cons. Stato, IV, n. 1137 del 2020; n. 3138 del 2019; n. 5471 del 2018; CGARS n. 344 del 2018; in senso contrario, vale a dire per la tempestività delle memorie depositate entro le ore 24 dell'ultimo giorno utile, si sono espresse, tra le altre, Cons. Stato, III, n. 7142 del 2020; IV, n. 4955 del 2019; n. 3418 del 2019; n. 3309 del 2018).

Il Collegio, tra i due orientamenti, ritiene di aderire a quello secondo cui il deposito oltre le ore 12 dell'ultimo giorno utile rispetto sia alle camere di consiglio che alle udienze pubbliche, è da considerarsi tardivo, per cui le memorie risultano inutilizzabili.

L'art. 4, comma 4, all. 2 al cpa stabilisce che *"E' assicurata la possibilità di depositare con modalità telematica gli atti in scadenza fino alle ore 24:00 dell'ultimo giorno consentito. Il deposito è tempestivo se entro le ore 24:00 del giorno di scadenza è generata la ricevuta di avvenuta accettazione, ove il deposito risulti, anche successivamente, andato a buon fine. Agli effetti dei termini a difesa e della fissazione delle udienze camerale e pubbliche il deposito degli atti e dei documenti in scadenza effettuato oltre le ore 12:00 dell'ultimo giorno consentito si considera effettuato il giorno successivo"*.

L'apparente antinomia tra le due previsioni contenute nel testo – la prima tesa a sfruttare a pieno le possibilità e il funzionamento ininterrotto del processo telematico; la seconda riprodotiva di un canone incentrato invece sulla considerazione del fattore umano e sull'organizzazione degli uffici, in particolare delle segreterie – si può spiegare ove si riferisca la prima scadenza a tutti quegli atti di parte che non sono depositati in vista di una camera di consiglio o di un'udienza di cui sia (in quel momento) già fissata o già nota la data; laddove, invece, la seconda scadenza va riferita agli atti

depositati in funzione di un'udienza, camerale o pubblica, già stabilita, per i quali la garanzia dei termini a difesa ha suggerito al legislatore di anticipare il deposito.

In altri termini, la norma va interpretata nel senso che il deposito con il processo amministrativo telematico (PAT) è possibile fino alle ore 24.00, ma se effettuato l'ultimo giorno utile rispetto ai termini previsti dal comma 1 dell'art. 73 c.p.a., ove avvenga oltre le ore 12 (*id est*, l'orario previsto per i depositi prima dell'entrata in vigore del PAT), si considera – limitatamente ai fini della garanzia dei termini a difesa e della fissazione delle udienze camerale e pubbliche – effettuato il giorno successivo, ed è quindi tardivo.

Il termine ultimo di deposito alle ore 12, quindi, permane, anche all'indomani dell'entrata in vigore del PAT, come termine di garanzia del contraddittorio tra le parti e della corretta organizzazione del lavoro del Collegio giudicante.

D'altra parte, tale misura si rivela del tutto coerente con l'esigenza di garantire il compiuto esercizio del diritto di difesa (anche riconoscendo un tempo minimo al giudice per lo studio degli atti), e ciò viene in luce con chiara evidenza soprattutto in presenza dei riti accelerati di cui all'art. 119 c.p.a., dove, come noto, i termini processuali sono dimezzati, e per i riti camerale, a cominciare dagli affari cautelari.

Ne consegue che l'eccezione di tardività formulata dai signori De Falco è fondata in quanto la memoria in discorso è stata depositata alle ore 12.07 dell'ultimo giorno utile.

10. Gli appelli - sia quello proposto dalla signora Nadia Palma, sia quelli proposti dal Comune di Volla e dai signori De Falco - sono infondati e vanno di conseguenza respinti.

11. Le questioni oggetto del presente, articolato, giudizio sono sostanzialmente tre:

a) la legittimazione dei signori De Falco ad agire in giudizio per contestare il titolo edilizio rilasciato alla signora Nadia Palma;

b) la realizzazione della costruzione della signora Palma in assenza o in difformità ai titoli abilitativi in precedenza rilasciati, il che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a) della L.R. Campania n. 19 del 2009, escluderebbe la possibilità della realizzazione, con i benefici del c.d. piano casa, dell'intervento edilizio oggetto del presente giudizio;

c) il rispetto delle distanze minime legali tra i fabbricati.

11.1. L'appellante principale ha dedotto l'insussistenza della legittimazione all'impugnazione da parte dei signori De Falco, in ragione dell'abusività dei loro titoli edilizi.

L'insussistenza delle condizioni soggettive dell'azione, peraltro, potrebbe e dovrebbe anche essere rilevata d'ufficio dal giudice.

11.1.1. La questione assume evidente rilievo, in quanto l'abuso edilizio di per sé non può incidere negativamente sulla posizione giuridica di chi intende esercitare il diritto di edificare.

La giurisprudenza, infatti, ha avuto modo di chiarire che il diritto di edificare attribuito dalla legge al proprietario dell'area (ovvero a chi ne abbia titolo), qualora non sia legittimamente escluso od impedito dalla norma urbanistica, deve trovare attuazione immediata e piena, tenuto conto che la stessa legge fa salvi soltanto "i diritti" dei terzi, ma non certo le "illiceità edilizie" dei terzi (cfr. Cons. Stato, IV, n. 1874 del 2009, richiamata da Cons. Stato, IV, n. 3968 del 2015).

Questa conclusione, del resto, è coerente con il diritto vivente secondo cui nel processo amministrativo non è data possibilità di tutela del c.d. interesse illegittimo o emulativo (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. n. 5 del 2015; n. 9 del 2014).

La verifica della "distanza minima legale tra costruzioni" va operata nel momento in cui il cittadino legittimamente chiede di poter esercitare il proprio *jus aedificandi*, mentre l'eventuale successiva sanatoria dell'illecito edilizio non assume rilievo impeditivo, tenuto conto che non appare razionalmente giustificabile come una valutazione posteriore (quella relativa alla sanabilità dell'abuso), inesistente all'atto dello svolgimento del procedimento amministrativo di rilascio del permesso di costruire ed al momento dell'adozione del relativo provvedimento, possa pregiudicare, con un sostanziale effetto retroattivo, il diritto anteriormente sorto e realizzatosi.

In conclusione, l'abuso edilizio in sé considerato, e cioè quello per cui l'interessato non abbia attestato l'intervenuta sanatoria o l'intervenuto condono al momento in cui occorre valutare la

domanda del confinante di edificare sul proprio suolo, non può essere *ex se* rilevante e idoneo a paralizzare la posizione giuridica di chi abbia diritto di edificare, pena il capovolgimento, e quindi la vulnerazione, di ogni ordinario criterio discretivo delle posizioni giuridiche tra quelle lecite e quelle illecite.

Tale itinerario argomentativo porta ad escludere in tutti i casi, anche con riferimento alla sopraelevazione di un immobile, che il proprietario di un immobile abusivo limitrofo possa dolersene in giudizio.

In altri termini, non potendo la costruzione illecita interferire sul diritto del confinante ad edificare, il proprietario di un'opera abusiva non può ritenersi legittimato ad agire in giudizio avverso il titolo edilizio rilasciato al proprietario del fondo finitimo.

11.1.2. Trasponendo tali concetti dal generale al particolare, nella fattispecie in esame, occorre accertare quale sia la situazione edilizia in cui versano gli immobili di proprietà dei signori De Falco fronteggianti l'immobile della signora Palma al momento del rilascio a quest'ultimo dal titolo edilizio in contestazione.

L'immobile si divide in tre unità abitative: l'appartamento posto al secondo piano (terzo piano fuori terra), di proprietà Salvatore De Falco; l'appartamento posto al primo piano (secondo fuori terra), di proprietà Ciro De Falco; l'appartamento posto al piano terra (primo piano fuori terra), di proprietà Carmine De Falco.

Gli immobili posti al piano terra ed al primo piano di proprietà, rispettivamente, dei signori Carmine De Falco e Ciro De Falco sono stati assentiti con concessioni edilizie in sanatoria rilasciate in data 6 maggio 2004, ormai inoppugnabili.

L'immobile posto al secondo piano, di proprietà del signor Salvatore De Falco, invece, è stato assentito da permesso di costruire in sanatoria rilasciato in data 18 luglio 2019, sicché, al momento del rilascio dei titoli contestati ed al momento della proposizione del ricorso in primo grado, lo stesso risultava abusivo.

Di contro, gli abusi afferenti la realizzazione sui balconi dei tre piani di piccole verande, in quanto non "coprenti" l'intera metratura dei balconi stessi, non assumono rilievo ai fini in discorso.

Infatti, nonostante tali abusi insistano sui balconi da cui occorrerebbe calcolare le distanze, i piccoli manufatti abusivi, per come si evince dalla documentazione fotografica versata in atti ed a prescindere dal fatto che siano stati o meno abusivamente riproposti dopo la loro demolizione, coprono in piccola parte la superficie dei balconi, i quali, quindi, non hanno perso le loro caratteristiche essenziali e la loro destinazione d'uso.

Ne consegue che sussiste la legittimazione a contestare l'intervento edilizio assentito alla signora Palma, atteso che, al momento del rilascio dei titoli edilizi e della proposizione del ricorso in primo grado, risultavano comunque assentiti i primi due piani della proprietà De Falco, sicché potrebbe eventualmente escludersi la legittimazione all'impugnazione da parte del solo signor Salvatore De Falco, proprietario dell'unità immobiliare a quel momento ancora abusiva, ma tale circostanza non è idonea ad escludere la complessiva legittimazione alla proposizione del ricorso.

11.2. I signori De Falco, con l'appello proposto in via incidentale, hanno sostenuto che la signora Palma non avrebbe potuto beneficiare del permesso a costruire richiesto, in considerazione della causa di esclusione contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. a), della più volte menzionata L.R. Campania n. 19 del 2009.

11.2.1. Il motivo di doglianza non è persuasivo.

11.2.2. L'art. 3, comma 1, lett. a), della L.R. Campania n. 9 del 2009 prevede che gli interventi edilizi di cui agli articoli 4, 5, 6-*bis* e 7 non possono essere realizzati su edifici che, al momento della presentazione della denuncia di inizio di attività edilizia o della richiesta di permesso di costruire, risultano realizzati in assenza o in difformità al titolo abilitativo per i quali non sia stata rilasciata concessione in sanatoria.

In proposito, occorre preliminarmente rilevare che l'art. 32 del d.P.R. n. 380 del 2001, al primo comma, determina le variazioni essenziali, disponendo che l'essentialità ricorre esclusivamente quando si verifica una o più delle seguenti condizioni:

- a) mutamento della destinazione d'uso che implichi variazione degli standards previsti dal decreto ministeriale 2 aprile 1968, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 97 del 16 aprile 1968;
- 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.

Il secondo comma dello stesso articolo, inoltre, indica che non possono ritenersi comunque variazioni essenziali quelle che incidono sulla entità delle cubature accessorie, sui volumi tecnici e sulla distribuzione interna delle singole unità abitative.

Il provvedimento di convalida, come prima indicato, è stato adottato in quanto l'Amministrazione ha qualificato non essenziali, ai sensi dell'art. 32 del d.P.R. n. 380 del 2001, le difformità tra lo stato di progetto dell'originario PdC n. 55 del 2008 e successiva variante e lo stato di fatto di cui al PdC n. 76 del 2016 e, a tal fine, la convalida ha fatto riferimento alle relazioni del 23 marzo 2018 e del 3 aprile 2018, riguardanti i sopralluoghi effettuati dal responsabile del procedimento.

In particolare, dal sopralluogo del 30 marzo 2018, di cui alla relazione del 3 aprile 2018, è emerso che:

“Per quanto riguarda la verifica del piano seminterrato, riportato nei grafici progettuali come ‘area non rilevata’, è stato verificato lo stato dei luoghi rispetto a quanto assentito con il permesso di Costruire n. 55 del 23.10.2008.

In data 30.3.2018 lo stato di fatto presenta una diminuzione della superficie calpestabile e delle difformità di distribuzione interna e aperture esterne rispetto al permesso di costruire n. 55/2008, in particolare è stata ampliata la zona garage ed è stata realizzata a 9,57 m circa dall'ingresso del garage la parete divisoria con il locale deposito con annesso wc.

Il primo piano ed il piano secondo sono realizzati in conformità ai grafici stato di fatto allegati al permesso di costruire n. 76 del 27.12.2016.

Dalla verifica della documentazione agli atti d'ufficio si fa rilevare che lo stato di fatto del piano primo e del piano secondo riportato nei grafici allegato al permesso di costruire n. 76/2016 presentano delle difformità in termini di distribuzione interna e apertura dei vani esterni rispetto a quanto assentito con il permesso di costruire n. 55/2008”.

Pertanto, il Comune di Volla, ritenuto che il piano seminterrato non ha cambiato destinazione d'uso e che sono state rilevate difformità in termini di distribuzione interna e apertura dei vani esterni, ha qualificato come non essenziali le variazioni.

Tale qualificazione, sulla base della indicata relazione, non appare irragionevole.

Né, i signori De Falco hanno specificamente contestato l'esito dei sopralluoghi svolti dall'Amministrazione comunale, deducendone il travisamento dei fatti, nemmeno attraverso l'eventuale proposizione di una querela di falso o con gli altri strumenti di tutela previsti, per cui deve ritenersi che non abbiano fornito un adeguato supporto probatorio alla loro prospettazione relativa all'avvenuto cambio di destinazione d'uso del piano seminterrato in abitazione ed alla presenza di altre modifiche in ipotesi essenziali, in misura tale da sovvertire l'istruttoria e la valutazione operata dall'Amministrazione.

11.3. La signora Palma, così come il Comune di Volla nel suo appello incidentale, hanno contestato la statuizione della sentenza impugnata, con cui è stato ritenuto fondato il motivo di impugnativa relativo alla violazione delle norme sulle distanze.

11.3.1. Il giudice di primo grado ha così motivato sul punto:

“Orbene, nella fattispecie che occupa il Tribunale evidenzia come dai grafici versati in atti e dalle stesse foto corredanti la relazione di chiarimenti depositata dall'Amministrazione resistente, emerge che il progetto assentito con gli impugnati titoli edilizi preveda la realizzazione di un vano scale di nuova costruzione posto in aderenza al muro di confine con la proprietà dei ricorrenti,

nella parte non edificata, il quale risulta posto ad una distanza inferiore ai dieci metri prescritti dalla parete frontistante dell'edificio di proprietà di quest'ultimi, costituita da un prolungamento ad "L" del fabbricato in cui sono inclusi i balconi.

Per quanto sin qui osservato appare evidente che il provvedimento prot. n. 23138 del 31.7.2018, con cui il Comune di Volla, all'esito del procedimento di autotutela avviato con comunicazione prot. n. 10933 del 6.4.2018, ha convalidato il permesso a costruire n. 76 del 27.12.2016 e la successiva SCIA prot. n. 5014 del 13.12.2018 presentata dalla controinteressata, e gli stessi provvedimenti sottostanti tutti ritualmente impugnati dai ricorrenti, sono illegittimi quanto alla realizzazione del vano di prolungamento della precedente scala esterna scoperta, in quanto tutti fondati sull'erroneo presupposto che il rispetto della distanza di 10 metri imposta dal D.M. 1444 del 1968 è applicabile unicamente alle pareti che si fronteggiano, che il balcone non è riconducibile al concetto di parete finestrata e che la misurazione delle distanze in tale caso deve avvenire in modo lineare e non radiale.

Le suesposte considerazioni risultano decisive - quanto alla realizzazione del vano di prolungamento della precedente scala esterna scoperta - ai fini dell'accoglimento del ricorso per come integrato dai primi motivi aggiunti ...".

11.3.2. L'art. 9, comma 1, n. 2, del D.M. 2 aprile 1968, n. 1444 prescrive, per i nuovi edifici, in tutti i casi, la distanza minima assoluta di dieci metri tra le pareti finestrate e pareti di edifici antistanti. L'art. 873 c.c. dispone che le costruzioni su fondi finitimi, se non sono unite o aderenti, devono essere tenute a distanza non minore di tre metri e che nei regolamenti locali può essere stabilita una distanza maggiore. L'art. 907 c.c. stabilisce che, quando si è acquistato il diritto di avere vedute dirette verso il fondo vicino, il proprietario di questo non può fabbricare a distanza minore di tre metri, mentre, se la veduta è obliqua, la distanza di tre metri deve pure osservarsi dai lati della finestra da cui la veduta obliqua si esercita.

11.3.3. Le distanze legali previste dal regolamento edilizio, a fini pubblicistici, e dal codice civile, a fini privatistici, rispondono a differenti esigenze di tutela.

11.3.3.1. La *ratio* sottesa alla vigente normativa codicistica sull'apertura e la tutela delle vedute è mutuata dal codice civile del 1865, che aveva predeterminato un temperamento legale tra gli interessi confliggenti dei proprietari di fondi contigui, nel quadro di un armonico assetto dei rapporti di vicinato.

Il legislatore ha tenuto presente che il conflitto si pone essenzialmente tra l'interesse del proprietario del muro di ricevere luce, aria e amenità all'interno della sua costruzione, anche mediante la possibilità di spaziare con lo sguardo al di fuori di questa, e l'interesse del vicino di impedire che l'esercizio delle facoltà altrui incida sull'esclusività del suo dominio cagionando la lesione o la messa in pericolo della sua sfera di sicurezza e riservatezza.

La normativa compone appunto il contrasto immanente alle reciproche interferenze che derivano dall'uso normale di beni immobili contigui appartenenti a soggetti diversi, conformando il diritto di proprietà in modo da tutelare gli interessi contrapposti.

Infatti, da un lato, si impone a ciascun proprietario di rispettare una determinata distanza per aprire vedute dirette, laterali o oblique verso il fondo confinante (artt. 905 e 906), così garantendo il vicino da sguardi indiscreti; dall'altro lato, si stabilisce che, una volta acquisito il diritto alla veduta, la fruizione di esso non può essere neutralizzata unilateralmente dal confinante, al quale viene inibito di costruire a una distanza tale da impedire l'esercizio della veduta stessa (art. 907).

La priorità dell'acquisto del diritto di veduta giustifica la corrispondente compressione dell'altrui diritto alla riservatezza (cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 394 del 1999).

11.3.3.2. La *ratio* della norma sulle distanze contenute nel regolamento edilizio, invece, non è la tutela della *privacy*, ma la tutela del decoro e della sicurezza di chi occupa gli edifici antistanti, in quanto la norma mira ad evitare la formazione di intercapedini tra le pareti, dannose per l'igiene e la salute di chi occupa gli edifici antistanti (cfr. Corte Cass. II, ordinanza 19 febbraio 2019, n. 4834). Di talché, le distanze fissate dall'art. 9 del D.M. 1444 del 1968 sono coerenti con il perseguimento dell'interesse pubblico e non già con la tutela del diritto dominicale dei proprietari degli immobili

finitimi alla nuova costruzione, tutela che è invece assicurata dalla disciplina predisposta, anche in tema di distanze, dal codice civile.

La giurisprudenza, infatti, ha chiarito da tempo che la funzione della norma è quella di assicurare che fra edifici frontistanti non si creino intercapedini dannose per la salubrità, in quanto tali da non permettere un adeguato afflusso di aria e di luce, vale a dire che la distanza minima fissata dall'art. 9 D.M. 2 aprile 1968, n. 1444 di dieci metri dalle pareti finestrate è volta alla salvaguardia delle imprescindibili esigenze igienico sanitarie, al fine di evitare malsane intercapedini tra edifici tali da compromettere i profili di salubrità degli stessi, quanto ad areazione luminosità ed altro, e trattasi di una norma che in ragione delle prevalenti esigenze di interesse pubblico ad essa sottese ha carattere cogente e tassativo, prevalendo sulle disposizioni regolamentari degli enti locali che dispongano in maniera riduttiva (Cons. Stato, IV, 31 marzo 2015, n. 1670).

11.3.4. La questione maggiormente problematica che si pone nella fattispecie in esame, quindi, è quella di verificare se debba trovare applicazione l'art. 9 del D.M. n. 1444 del 1968, come ritengono i signori De Falco, o se non sussistono i presupposti per l'applicazione di tale norma, come sostenuto dal Comune di Volla e dalla signora Nadia Palma.

Il Collegio ritiene che la violazione dell'art. 9 del D.M. n. 1444 del 1968 sussiste, in quanto la fattispecie concreta rientra nella fattispecie astratta prevista dalla norma.

In primo luogo, occorre considerare che, in ragione della *ratio* prima descritta, è irrilevante, ai fini dell'applicazione della norma, che una sola delle pareti fronteggianti sia finestrata e che tale parete sia quella del nuovo edificio o dell'edificio preesistente, o che si trovi alla stessa altezza o a diversa altezza rispetto all'altra (cfr. Cass. Civ., II, ordinanza 19 febbraio 2019, n. 4834 cit.).

Inoltre, ed è ciò che maggiormente rileva ai fini della presente decisione, rilevato che i balconi della proprietà De Falco insistono su una parete posta quasi per intero ad angolo retto rispetto alla parete della proprietà Palma, se è vero che nella verifica dell'osservanza delle distanze ai sensi dell'art. 9 del regolamento edilizio non si debbono considerare gli sporti di ridotte dimensioni, che abbiano scopo meramente ornamentale o decorativo, è altrettanto vero che devono essere considerati i balconi nonché tutte le sporgenze destinate per i loro caratteri strutturali e funzionali ad ampliare la superficie abitativa dei vani che vi accedono (Cfr. Cass. Civ., 19 settembre 2016, n. 12828).

In proposito, la giurisprudenza civile ha evidenziato che rientrano nella categoria degli sporti, non computabili ai fini delle distanze, soltanto quegli elementi con funzione meramente ornamentale, di rifinitura od accessoria (come le mensole, le lesene, i cornicioni, le canalizzazioni di gronda e simili); costituiscono, invece, corpi di fabbrica, computabili ai predetti fini, le sporgenze degli edifici aventi particolari proporzioni, come i balconi, costituiti da solette aggettanti anche se scoperte, di apprezzabile profondità ed ampiezza (cfr. Cass. Civ., II, 19 settembre 2016, n. 12828, che richiama Cass. 17242/2010; 12964/2006; 1556/2005).

In altri termini, i balconi devono essere considerati ai fini del rispetto delle distanze legali in considerazione della loro effettiva consistenza e profondità.

D'altra parte, secondo la nozione civilistica di costruzione, i balconi costituiti da solette aggettanti, anche se scoperti ed anche se non corrispondenti a volumi abitativi, rientrano nel concetto di costruzione, per il quale occorre il rispetto delle distanze tra gli edifici.

Insomma, costituisce orientamento consolidato che, nella verifica dell'osservanza delle distanze ai sensi dell'art. 9 del D.M. n. 1444 del 1968, vadano considerati i balconi, nonché tutte le sporgenze destinate per i loro caratteri strutturali e funzionali ad ampliare la superficie abitativa dei vani che vi accedono (cfr. Cons. Stato, VI, 10 settembre 2018, n. 5307, che richiama Cons. Stato, V, 13 marzo 2014, n. 1272 e Cons. Stato, IV, 21 ottobre 2013, n. 5108).

In proposito, anche di recente (cfr. Cass. Civ., ordinanza 19 febbraio 2019, n. 4834), la giurisprudenza ha sottolineato come l'interpretazione della norma non possa che condurre alla conclusione secondo cui a connotare come finestrata una parete sia anche la presenza di balconi, e ciò in quanto trattasi di manufatti che assicurano la possibilità di esercitare la veduta, conformemente alla *ratio* che è sottesa alla previsione regolamentare.

In definitiva, per “pareti finestrate” devono intendersi non solo le pareti munite di “vedute”, ma più in generale tutte le pareti munite di aperture di qualsiasi genere verso l’esterno, quali porte, balconi (sia aggettanti che incassati), finestre di ogni tipo, bastando che sia finestrata anche la sola parete che subisce l’illegittimo avvicinamento.

Pertanto, non può condividersi quanto sostenuto dal Comune di Volla nel provvedimento impugnato, secondo cui un’apertura su di un balcone non costituisce ambiente che possa definirsi finestrato, né quanto prospettato dalla ricorrente, secondo cui, nella fattispecie, non vi sarebbero edifici che si fronteggiano ed i balconi in discorso costituirebbero aggetti addossati unicamente alla parete non frontistante il fondo della resistente (perché le pareti si presentano ad angolo retto l’una rispetto all’altra).

Infatti, dai grafici e dalla documentazione fotografica, risulta che sulla parete dei signori De Falco posta ad angolo retto rispetto a parte della parete della signora Palma insiste un primo balcone “addossato” alla parete che, quindi, non rileva ai fini in discorso ed un secondo balcone che, in quanto “aggettante”, determina che la parete dell’immobile De Falco, quantunque ad angolo retto, sia per la profondità della sporgenza del balcone stesso frontistante rispetto all’immobile Palma, vale a dire che, ponendosi dal lato minore della sporgenza in direzione della proprietà confinante, che intercetta i balconi perché prosegue oltre gli stessi, si trova in posizione effettivamente ad essa parallela.

Tale balcone “aggettante” —secondo quanto dedotto dalla parte ed indicato nel grafico e non contestato dalle controparti - dista metri 6,15 dal corpo scala realizzato (o da realizzarsi) dalla signora Palma ed ha una sua consistenza e profondità, per cui la relativa sporgenza, destinata ad ampliare la superficie abitativa dei vani che vi accedono, nel senso che è servente rispetto a tali vani, integra il concetto di parete frontistante, con conseguente applicabilità della norma.

Nel caso di specie, quindi, le pareti devono essere considerate fronteggianti per la sporgenza dei balconi e con riferimento alla profondità degli stessi.

Vale a dire che se i balconi fossero semplicemente “incassati” in una parete non parallela, e cioè se gli stessi non sporgessero rispetto ai muri perimetrali, restando per l’appunto incassati nel corpo dell’edificio, le pareti degli immobili delle parti (in quanto collocate ad angolo retto l’una rispetto all’altra), non potrebbero essere definite frontistanti.

Diversamente, per i balconi cc.dd. aggettanti, che sporgono rispetto ai muri perimetrali, i quali, quando abbiano una apprezzabile profondità ed utilità, determinano, in relazione alla loro sporgenza, la necessità del rispetto della distanza minima legale tra pareti finestrate (anche ad angolo retto) di edifici fronteggianti o prospicienti, in quanto essi stessi determinano l’esistenza di una parete finestrata.

In definitiva, in presenza di balconi cc.dd. incassati non si avrebbe la presenza di pareti finestrate, ove le pareti fossero collocate ad angolo retto le une rispetto alle altre; evenienza questa che, nella fattispecie in esame, ricorre per i primi balconi, ma non anche per i secondi.

Rimane fermo, ovviamente, che rispetto a manufatti posti l’uno di fronte all’altro, anche per obliquo (Cass. civ., sez. II, 1 ottobre 2019, n. 24471):

a) il balcone incassato deve comunque rispettare la distanza minima rispetto ad un’altra parete finestrata posta di fronte ad esso;

b) nel caso di balconi cc.dd. aggettanti, la parete deve parimenti considerarsi finestrata con la necessità del rispetto della distanza della misura legale computata dalla estremità del balcone.

Le distanze tra fabbricati non si misurano in modo radiale, come avviene per le distanze rispetto alle vedute, ma in modo lineare, perpendicolare ed ortogonale, in quanto, come detto, lo scopo perseguito dal legislatore è quello di evitare le intercapedini dannose (Cass. Civ., sez. II, 25 giugno 1993, n. 7048).

La distanza con metodo lineare è rappresentata dal minimo distacco delle facciate di un fabbricato da quelle dei fabbricati che lo fronteggiano; la misurazione deve essere fatta in maniera lineare come se le facciate avanzassero parallelamente verso l’edificio che si trova di fronte.

Nel caso di specie, come detto, tra la parete dell'immobile dei signori De Falco in cui è inclusa la sporgenza del balcone e la parete del torrino scale vi è una distanza di metri 6,15, per cui la violazione dell'art. 9 del D.M. n. 1444 del 1968 sussiste.

Ciò è sufficiente ad escludere la fondatezza dei motivi di appello proposti dalla signora Palma e dal Comune di Volla.

11.3.5. Per altro verso, è da escludere però la contestuale violazione dell'art. 907 c.c., in quanto i signori De Falco non hanno dato prova, neppure presuntiva, di avere acquistato il diritto di avere vedute dirette o oblique sul fondo vicino.

12. L'esito complessivo della controversia, unitamente alla complessità delle questioni trattate, in relazione alle quali la giurisprudenza non sempre è giunta a conclusioni univoche, inducono a disporre l'integrale compensazione delle spese del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, respinge l'appello in epigrafe proposto dalla signora Palma (R.G. n. 6805 del 2019), nonché gli appelli incidentali proposti dal Comune di Volla e dai signori De Falco.

Compensa le spese del giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2021, svoltasi in collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Roberto Caponigro

IL PRESIDENTE

Vito Poli

IL SEGRETARIO