

N. 00900/2015 REG.PROV.COLL.

N. 00641/2013 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 641 del 2013 proposto da:  
Antonio Femia, rappresentato e difeso dall'avv. Giorgio Vizzari, con domicilio  
eletto presso lo studio di quest'ultimo in Reggio Calabria, via Rausei n. 38;

***contro***

Comune di Marina di Gioiosa Ionica, in persona del legale rappresentante *pro  
tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Gaetano Callipo, con domicilio eletto  
presso lo studio dell'avv. Luigi Tuccio in Reggio Calabria, via Palamolla n. 31;  
Rete Ferroviaria Italiana (R.F.I.) s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro  
tempore*, non costituita;

***nei confronti di***

Fabio Marcellino, Nicola Marcellino e Flora Calabrò, rappresentati e difesi dall'avv.  
Egidio Panato, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giovanni Mazzitelli  
in Reggio Calabria, via Spagnolio n. 14/A;

***per l'annullamento***

- della nota del Comune di Marina di Gioiosa Ionica, prot. n. 10977 del 23 agosto 2013, recante chiusura, in senso positivo ai contro - interessati, del procedimento amministrativo di verifica dell'attività edilizia, aperto con nota comunale n. 11847 del 5 settembre 2012;
- della "S.C.I.A. in sanatoria" presentata dal sig. Marcellino ai sensi dell'art. 37 del D.P.R. n. 380/2001 e di ogni suo effetto;
- dell'autorizzazione in deroga del primo luglio 2013 rilasciata ai sensi del D.P.R. n. 753/80 da R.F.I. s.p.a. al sig. Marcellino Nicola, portata a conoscenza del ricorrente in data 11 novembre 2013 a seguito di istanza di accesso agli atti;
- del mancato esercizio e/o del diniego tacito all'esercizio dei poteri repressivi dell'abuso edilizio denunciato dal ricorrente;
- dell'eventuale silenzio-significativo avente portata di assenso rispetto alla "S.C.I.A. in sanatoria" presentata dai contro - interessati e/o comunque al mantenimento del suo manufatto;  
ovvero per l'accertamento, *ex art. 31 c.p.a.*, del silenzio - inadempimento serbato dal Comune in ordine alle istanze ed alle diffide presentate dal ricorrente, con conseguente ordine alla p.a. di attivare i poteri repressivi degli abusi edilizi posti in essere dai contro interessati;
- di ogni altro atto comunque presupposto, connesso e/o consequenziale;
- nonché per l'accertamento:
  - dell'insussistenza dei presupposti di legge per poter presentare la "S.C.I.A. in sanatoria" al Comune e/o per ottenere l'autorizzazione da R.F.I. s.p.a. al mantenimento del manufatto realizzato dal contro - interessato; ed in ogni caso per l'accertamento dell'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto di S.C.I.A.;
- delle violazioni al Piano ed alla Convenzione urbanistica di lottizzazione denominati "La Torre Vecchia" e per l'obbligo di ripristinare lo *status quo ante*;

ed in ogni caso per la condanna del Comune resistente all'esercizio dei poteri inibitori e repressivi del manufatto illegittimamente realizzato dai contro - interessati, oggetto delle illegittime S.C.I.A. in sanatoria e della "autorizzazione" rilasciata da R.F.I. s.p.a., e per la condanna alla demolizione del medesimo manufatto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Marina di Gioiosa Ionica e di Fabio Marcellino, Nicola Marcellino e Flora Calabrò;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 giugno 2015 la dott.ssa Donatella Testini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Espone il ricorrente di essere proprietario di un fabbricato sito nel Comune di Marina di Gioiosa Jonica, in via Palermo n. 16, posto in aderenza sul lato est con il fabbricato dei contro – interessati. Entrambi i fabbricati sono stati realizzati nell'ambito del Piano di lottizzazione denominato "La Torre Vecchia" e della relativa Convenzione di Lottizzazione del 4 maggio 1972, regolarmente registrata e trascritta.

I lotti sui quali ricadono i due fabbricati, come tutti quelli rientranti nella suddetta lottizzazione, confinano a sud con la linea ferroviaria R.F.I., Reggio Calabria – Taranto.

Nell'estate 2011, il ricorrente ha notato che i controinteressati hanno realizzato sul lotto di loro proprietà *"una grossa fornace (asseritamente adibita a forno e barbecue oltre*

*accessori annessi), con struttura portante in mattoni e cemento, chiusa da due lati, dal cui tetto spiovente in tegole (di circa 20 mq.) si ergevano due vistosi comignoli” .*

Tale manufatto è posizionato a distanza non regolamentare dalla linea ferroviaria, dai balconi dell'edificio di sua proprietà e su fascia di inedificabilità assoluta ai sensi della Convenzione di lottizzazione di cui sopra.

Il ricorrente, pertanto, ha inviato al Comune svariati esposti, lamentando le suddette illegittimità ed invitandolo all'esercizio dei poteri inibitori e repressivi.

All'esito delle verifiche espletate, il Comune resistente, con nota n. 10997 del 23 agosto 2013, ha comunicato al ricorrente la positiva conclusione del procedimento di verifica edilizia *ex art. 37 T.U.Ed.*, dando atto del versamento della sanzione pecuniaria pari ad euro 516,00 e del rilascio, in data primo luglio 2013, di autorizzazione in deroga *ex art. 60 del D.P.R. n. 753/1980* al mantenimento del manufatto da parte di R.F.I. s.p.a.

Con ricorso notificato in data 13 novembre 2013, il ricorrente ha dedotto svariate ragioni di censura avverso tali provvedimenti, domandandone l'annullamento nonché chiedendo, in subordine,

l'accertamento del silenzio - inadempimento serbato dal Comune in ordine alle istanze e alle diffide presentate e, in ogni caso, la condanna del Comune all'esercizio dei poteri inibitori e repressivi.

Si sono costituiti in giudizio i contro – interessati, eccependo l'infondatezza delle avverse domande ed invocandone il rigetto.

Si è altresì costituito in giudizio il Comune intimato, eccependo genericamente l'infondatezze delle avverse pretese.

R.F.I. s.p.a., pur ritualmente evocata in giudizio, non si è costituita.

In vista della discussione di merito, il ricorrente ha depositato documentazione e memoria difensiva.

Alla pubblica udienza del 24 giugno 2015, la causa viene ritenuta per la decisione.

1) Giunge all'attenzione del Collegio il contenzioso relativo alla realizzazione di un manufatto adibito a forno e barbecue, con struttura portante in mattoni e cemento chiusa da due lati, due canne fumarie e tetto spiovente in tegole, realizzato nella corte dell'immobile di titolarità dei contro - interessati.

Tale manufatto, secondo il ricorrente, sarebbe stato realizzato illegittimamente in quanto:

a) posto in una fascia vincolata alla inedificabilità assoluta dalla Convenzione di lottizzazione del 4 maggio 1972;

b) non preceduto da permesso di costruire, bensì realizzato in forza di semplice comunicazione *ex art. 6, II comma, T.U.Ed.*, seguita da una successiva “S.C.I.A. in sanatoria” *ex art. 37 del T.U.Ed.*;

c) posizionato a meno di dieci metri dalla pareti finestrate dell'abitazione di sua proprietà, in violazione degli artt. 844 e 890 c.c. nonché del D.M. 2 aprile 1968 n. 1444;

d) ricadente in zona di rispetto ferroviaria in forza di autorizzazione in deroga *ex art. art. 60 del D.P.R. n. 753/1980*, asseritamente illegittima sia in quanto rilasciata da R.F.I. *ex post* sia in quanto adottata a seguito di istruttoria carente e con motivazione insufficiente e contraddittoria.

2) I motivi di ricorso *sub a)*, *b)* e *c)* sono posti a fondamento della domanda di annullamento del provvedimento comunale prot. n. 10977 del 23 agosto 2013 della cui delibazione, per ragioni logico – giuridiche, occorre occuparsi in via prioritaria.

Il Collegio, in ossequio al principio della ragione c.d. più liquida e dell'economia processuale, ritiene di scrutinare i motivi di censura *sub a)* e *b)*, procedendo all'eventuale assorbimento del motivo di censura *sub c)*.

Va da sé che l'eventuale ritenuta fondatezza del motivo di censura relativo alla inedificabilità assoluta dell'area per cui è causa sarebbe idonea sia a tutelare in modo soddisfattivo l'interesse del ricorrente che ad evitare lungaggini processuali

derivanti dalla necessità di accertare l'effettiva distanza intercorrente tra il manufatto realizzato dai contro - interessati e l'immobile del ricorrente.

Tanto premesso, si osserva quanto segue.

3) Parte ricorrente reputa che l'intervento in questione costituisca attività di trasformazione urbanistica ed edilizia, subordinata non ad una S.c.i.a. (in sanatoria), quale quella presentata dai contro - interessati, bensì a permesso di costruire.

I contro - interessati sostengono, invece, che si tratti di un intervento pertinenziale ai sensi dell'art. 3, I comma, lett. e. 6) del T.U.Ed. e, come tale, soggetto a S.c.i.a.

Il motivo è fondato.

Precedente, numerosa e consolidata giurisprudenza ha messo in rilievo che la nozione di pertinenza urbanistica è meno ampia di quella civilistica e non può consentire la costruzione di opere consistenti, in quanto l'impatto volumetrico incide in modo permanente e non precario sull'assetto edilizio e, conseguentemente, si rende necessario il rilascio di permesso di costruire

La nozione di pertinenza urbanistica, in altre parole, richiede che si tratti di opera collegata all'edificio principale in un rapporto di stretta e necessaria consequenzialità funzionale (*ex multis*, da ultimo, T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 7 maggio 2015, n. 789).

Il rapporto di strumentalità, pertanto, non può essere frutto *sic et simpliciter* della destinazione “*effettuata dal proprietario della cosa principale o da chi ha un diritto reale sulla medesima*”, come previsto dall'art. 817, II comma, c.c., bensì deve, altresì, ontologicamente emergere dalla struttura stessa dell'opera destinata a servizio di quella principale, sì da rivelare un carattere oggettivo e non meramente soggettivo.

In un caso del tutto analogo a quello che qui ci occupa (corpo separato adibito a forno con dimensioni raggiungenti un'altezza di mt. 2,20 con copertura sporgente in mattoni), è stata già negata la “*individuabilità di un obiettivo rapporto pertinenziale, connaturale alla struttura del fabbricato principale ... il quale appare invece come una*

*realizzazione autonoma ed a sé stante*” (T.A.R. Lazio, Roma, Sezione II *ter*, n. 7292/02) in ragione della completezza dei servizi situati nella costruzione principale, adibita ad uso residenziale e della mancanza di ogni collegamento, anche funzionale, con l’edificio abitativo.

In applicazione di tali principi, anche il Giudice penale ha affermato che “*non costituisce pertinenza, ed abbisogna di concessione, un forno costruito come corpo separato dal fabbricato, sul confine del fondo*” (Cass. pen., 9 febbraio 1990, in Riv. pen., 1991, 201).

Ne consegue la necessità del rilascio del permesso di costruire e la non realizzabilità dell’intervento in questione tramite S.C.I.A.

L’art. 37, IV comma, T.U.Ed., pertanto, non è applicabile al caso di specie dal che deriva l’illegittimità della nota prot. n. 10977 del 23 agosto 2013 con cui il Comune resistente ha ritenuto di definire positivamente il procedimento di sanatoria ivi previsto.

4) Ulteriore motivo di illegittimità della predetta positiva definizione della sanatoria *ex art. 37 T.U.Ed.* è la violazione della Convenzione di lottizzazione del 4 maggio 1972.

Come si evince chiaramente dagli atti di causa, e segnatamente dal Piano planivolumetrico generale allegato alla convenzione (all. n. 14 del fascicolo documentale di parte ricorrente depositato il 25 novembre 2013), il manufatto abusivo ricade su una fascia vincolata alla inedificabilità assoluta.

Trattandosi di lottizzazione attuata, non può predicarsi la scadenza del termine decennale di esecuzione del piano di lottizzazione di cui all’art. 17 della L.U.

D’altro canto, come correttamente evidenziato dal ricorrente (pagg. 7 e 8 del ricorso introduttivo e pagg. 1 e 2 della memoria del 22 maggio 2015), la validità delle prescrizioni in esso contenute è confermata dall’art. 43 del P.R.G. approvato con D.P.G.R. n. 506/98 che conferma le destinazioni, gli indici, le prescrizioni ed i periodi di validità contenuti negli strumenti urbanistici già approvati, nel contempo

richiedendo la riapprovazione d'urgenza dei piani di lottizzazioni eventualmente richiedenti lievi modifiche di adeguamento al P.R.G.

Dalla fondatezza di tale motivo di censura e, dunque, dall'accertamento della inedificabilità assoluta dell'area su cui ricade il manufatto adibito a forno/barbecue, deriva, come già segnalato, l'assorbimento del motivo di censura *sub c*).

5) Quanto alla domanda di annullamento dell'autorizzazione in deroga *ex art.* 60 del D.P.R. n. 753/1980 prot. n. 1736, rilasciata da R.F.I. in data primo luglio 2013 si osserva quanto segue.

L'art. 60 del D.P.R. n. 753/1980 prevede che quando la sicurezza pubblica, la conservazione delle ferrovie, la natura dei terreni e le particolari circostanze lo consentano, possono essere autorizzate riduzioni alle distanze prescritte dagli articoli dal 49 al 56.

L'art. 49 prevede il divieto lungo i tracciati delle linee ferroviarie di costruire, ricostruire o ampliare edifici o manufatti di qualsiasi specie ad una distanza minore di trenta metri dal limite della zona di occupazione della più vicina rotaia.

In base all'art. 64, II comma, c.p.a., il manufatto adibito a forno deve ritenersi posizionato a 5 metri dalla prima rotaia della linea ferroviaria. Tale circostanza, a prescindere dalle varie planimetrie di parte allegate, è affermata dal ricorrente e non è stata contestata, neanche genericamente, dalle parti costituite.

Per quanto riguarda R.F.I., non costituita, non v'è dubbio che comunque la distanza sia inferiore a metri 30.

Parte ricorrente, in considerazione delle dimensioni e della particolare vicinanza del manufatto alla linea ferroviaria, contesta nel merito (e, dunque inammissibilmente) la scelta effettuata dall'Autorità ferroviaria, denunciando la pericolosità per la sicurezza pubblica dell'opera assentita in deroga, ed eccepisce il difetto di istruttoria e di motivazione.

La censura relativa al difetto di motivazione è meritevole di accoglimento.

Deve rilevarsi che la normativa di settore, definendo soltanto le eventuali ragioni di sicurezza ferroviaria, conservazione delle ferrovie, natura dei terreni e altro, poste a base dell'autorizzazione alla deroga alle distanze e non anche i presupposti, le condizioni o i parametri per esprimere un eventuale diniego, attribuisce all'Amministrazione una ferroviaria un'ampia discrezionalità.

E' evidente, inoltre, come il Legislatore abbia configurato la deroga alle distanze come ipotesi del tutto eccezionale: come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, *“il disposto dell' art. 60, D.P.R. 11 luglio 1980, n. 753 va interpretato nel senso che, in mancanza delle cause ostative ivi previste (sicurezza pubblica, conservazione delle ferrovie, natura dei terreni e particolari circostanze locali), l'amministrazione sia non già obbligata a rilasciare l'autorizzazione in deroga, bensì semplicemente facultata a valutare discrezionalmente l'opportunità di rilasciare o meno l'autorizzazione stessa; nel senso, cioè, che la mancanza di dette cause costituisca un presupposto necessario ma non sufficiente per il rilascio dell'autorizzazione”* (in tal senso, da ultimo, T.A.R. Piemonte, Sez. II, 23 gennaio 2015, n. 151).

Dall'ampiezza della discrezionalità e dalla eccezionalità della deroga non può che derivare in capo all'Amministrazione un onere motivazionale rafforzato.

La motivazione dell'autorizzazione in deroga prot. n. 1736 del primo luglio reca i seguenti passaggi:

- a) (all'ottava riga) *“Visto il parere sulla sicurezza pubblica e sull'esercizio ferroviario del 19 giugno 2013”*;
- b) (alla decima riga) *“Vista l'avvenuta eliminazione della canaletta di raccolta acque piovane e la definitiva chiusura del cancello con blocchi di cemento per comunicato dalla Ditta richiedente in data 24 maggio 2013”*;
- c) (all'undicesima riga) *“considerato che viene garantita la sicurezza pubblica e dell'esercizio delle ferrovie, nonché delle opere, della sede e degli impianti ferroviari”*;

d) (alla dodicesima riga) “considerato che la zona dove ricade l’opera da mantenere, allo stato attuale, non è interessata da potenziamenti o ampliamenti, né da varianti alla linea F.S.:

e) (alla tredicesima riga) “considerato che il patrimonio è garantito per il rispetto delle norme vigenti”.

Appare evidente che, in disparte il non chiaro contenuto motivazionale del solo indicato parere del 19 giugno 2013, l’autorizzazione è stata rilasciata senza dare conto della comparazione tra l’interesse del richiedente al mantenimento del manufatto e l’interesse pubblico alla sicurezza dell’esercizio delle ferrovie, comparazione da effettuare alla luce delle caratteristiche dimensionali (per stessa ammissione dei contro interessati, il manufatto ha una dimensione di 17,66 mq ed è alto almeno tre metri, sempre in considerazione della mancata contestazione di quanto affermato dal ricorrente) e funzionali dell’opera abusiva, adibita a forno e barbecue, nonché della ravvicinata distanza alla linea ferroviaria.

6) Il ricorrente ha proposto anche domanda di accertamento dell’obbligo di provvedere sulle varie diffide presentate al Comune.

In disparte il non chiaro nesso di subordinazione rispetto a quelle di annullamento già deliberate di tale domanda, quest’ultima va comunque dichiarata inammissibile per originario difetto d’interesse essendo, con tutta evidenza, già stata adottata dal Comune la nota prot. n. 10977 del 23 agosto 2013 al momento della proposizione del ricorso.

7) Dall’accertamento dell’assenza del permesso di costruire e della non assentibilità dell’opera, insite nei motivi di accoglimento della domanda di annullamento del provvedimento di positiva definizione del procedimento *ex art. 37 T.U.Ed.*, deriva la fondatezza della domanda di condanna del Comune all’esercizio dei poteri repressivi e, segnatamente, all’avvio del procedimento *ex art. 31 del T.U.Ed.*

8) Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria - Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, così provvede:

- annulla l'autorizzazione prot. n. 1736 rilasciata da R.F.I. in data primo luglio 2013;
- annulla la nota del Comune di Marina di Gioiosa Ionica prot. n. 10977 del 23 agosto 2013;
- condanna il Comune di Marina di Gioiosa Ionica all'adozione dei provvedimenti previsti dall'art. 31 del D.P.R. n. 380/01;
- dichiara inammissibile la domanda *ex art.* 31 c.p.a. per originaria carenza d'interesse.

Condanna il Comune di Marina di Gioiosa Ionica, R.F.I. s.p.a. ed i sigg. ri Fabio Marcellino, Nicola Marcellino e Flora Calabrò, in solido fra loro, alla corresponsione delle spese di giudizio in favore del sig. Antonio Femia nella misura di euro 1.500,00 (mille e cinquecento/00).

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Francesca Romano, Referendario

Donatella Testini, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/09/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)