

Pubblicato il 02/10/2024

Sent. n. 7937/2024

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9959 del 2022, proposto dalla signora -OMISSIS-, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessio Petretti, Giuliano Tropea e Alberto Nevola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuliano Tropea in Bergamo, via Cucchi n. 6;

contro

Comune di Martinengo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Sabatino Rainone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) n.-OMISSIS-, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Martinengo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del giorno 24 settembre 2024 il Cons. Carmelina Addesso;

Viste le istanze di passaggio in decisione senza discussione depositate dalle parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'appellante chiede la riforma della sentenza in epigrafe indicata che ha respinto il ricorso proposto avverso l'ordinanza di demolizione n. -OMISSIS-, relativa ad una piscina interrata realizzata nel giardino di proprietà esclusiva sito nel Comune di Martinengo, -OMISSIS-.

1.1 Il TAR respingeva il ricorso, rilevando che: i) il manufatto contestato non è qualificabile come pertinenza in quanto dotato di autonoma rilevanza urbanistica, con conseguente necessità del permesso di costruire ai sensi dell'art. 3, comma 1-e) del D.P.R. n. 380/01; ii) nessuna violazione dell'art. 36 d.p.r. 380/01 è configurabile, non essendo mai stata attivato il relativo procedimento. La ricorrente, infatti, non ha mai richiesto alcun accertamento di conformità ex art. 36 del citato d.p.r., ma ha semplicemente formulato un'istanza esplorativa al Comune sulla possibilità di deroga rispetto ad alcuni parametri edilizi ostativi alla sanatoria dell'intervento in questione (deroga, peraltro, esclusa dal Comune con nota n. -OMISSIS-); iii) è infondata anche la tesi secondo cui l'intervento edilizio contestato sarebbe ammesso in quanto effettuato in un "lotto intercluso delle zone residenziali" per il quale l'art. 44 del REC non imporrebbe un limite vincolante per la superficie drenante, poiché il fondo della ricorrente non è intercluso né sul piano fisico né sul piano urbanistico; iv) parimenti infondata è la tesi della derogabilità della distanza minima di tre metri dalla proprietà pubblica stabilita dal

regolamento comunale poiché i volumi interrati, come il manufatto per cui è causa, possono derogare alle norme generali in tema di distanze legali, ma non alle norme speciali stabilite dal Pianificatore locale che, in quanto integrative della normativa del codice civile, non sono eludibili.

2. Con l'appello in trattazione la ricorrente chiede la riforma della sentenza di primo grado per le seguenti ragioni:

I. OMESSO PRONUNCIAMENTO SU UN MOTIVO DI RICORSO. TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO. CONTRADDITTORIETA' MANIFESTA. VIOLAZIONE DELL'ART. 31 DEL D.P.R. 380/01. VIOLAZIONE DELL'ART. 3, COMMA 1, LETT.E) DEL D.P.R. 380/01. Il TAR non ha valutato la peculiarità del caso di specie, trattandosi di una piscina di modestissime dimensioni, da qualificare come mera pertinenza urbanistica e, quindi, non soggetta a permesso di costruire;

II. MANCATA CORRISPONDENZA TRA CHIESTO E PRONUNCIATO. TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO. CONTRADDITTORIETA' MANIFESTA. VIOLAZIONE DELL'ART. 36 DEL D.P.R. 380/01. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 42 E 44 DEL REGOLAMENTO EDILIZIO COMUNALE. Contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, risulta *per tabulas* che l'istanza di sanatoria è stata presentata contestualmente alla richiesta di deroga ai parametri urbanistici, che ne costituiva il logico presupposto. Il giudice è incorso, inoltre, nel vizio di mancata corrispondenza tra chiesto e pronunciato, non avendo la ricorrente mai richiesto una compensazione o uno scambio della superficie drenante reperita all'interno del Piano Attuativo n. 11, la cui convenzione è ampiamente scaduta. Esso, inoltre, è incorso in errore nell'escludere la natura interclusa del lotto interessato dall'intervento, con conseguente applicazione della deroga prevista dall'art. 44 del regolamento edilizio, e nell'affermare l'inderogabilità della distanza prevista dall'art. 42 del regolamento edilizio che, in quanto norma integrativa dell'art. 873 c.c., non trova applicazione nel caso di manufatti interrati.

3. Si è costituito il Comune di Martinengo, che ha insistito per la reiezione del gravame.

4. In vista dell'udienza di trattazione le parti hanno depositato note di udienza, insistendo nelle rispettive difese.

5. All'udienza del 24 settembre 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. L'appello è infondato.

7. Con il primo motivo di appello la ricorrente lamenta l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto il primo motivo di ricorso relativo all'illegittimità dell'ordinanza di demolizione per difetto di istruttoria e di motivazione in quanto la piscina realizzata costituisce una mera pertinenza dell'edificio, non soggetta a permesso di costruire ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. e) d.p.r. 380/01.

7.1 Il giudice di primo grado avrebbe respinto la censura riportandosi a precedenti giurisprudenziali non pertinenti e senza valutare la peculiarità della fattispecie per cui è causa, relativa ad una piscina di modestissime dimensioni (6 metri di lunghezza per 3 metri di larghezza).

8. Il motivo è infondato.

9. Per pacifica giurisprudenza, la qualifica di pertinenza urbanistica non è applicabile ad opere che funzionalmente si connotano per una propria autonomia rispetto all'opera principale e non siano coesenziali alla stessa. Essa è configurabile solo allorquando sussista un obiettivo asservimento funzionale del manufatto rispetto all'opera principale, unitamente alla dimensione ridotta del medesimo (*ex multis*, Cons. Stato, n. 3341, 12 aprile 2024; 19 agosto 2021, n. 5948; Id., Sez. VI, 13 gennaio 2020, n. 309; Id., Sez. II, 22 luglio 2019 n. 5130).

9.1 Ai fini della qualificazione di un manufatto come pertinenza urbanistica rileva, pertanto, non solo l'aspetto "quantitativo" messo in luce dall'appellante, ossia la modesta dimensione dello stesso, ma anche quello qualitativo e funzionale inerente allo stretto rapporto di accessorietà rispetto all'opera principale.

9.2 Sotto il profilo edilizio, infatti, un'opera può essere qualificata come pertinenza solo se preordinata ad un'oggettiva esigenza dell'edificio principale e funzionalmente inserita al suo servizio, oltre che sfornita di un autonomo valore di mercato, proprio in quanto esaurisce la sua finalità nel

rapporto funzionale con l'edificio principale. Tale nozione “è invocabile per opere di modesta entità ed accessorie rispetto ad un'opera principale, quali ad esempio i piccoli manufatti per il contenimento di impianti tecnologici et similia. Viceversa, tali non sono i manufatti che per dimensioni e funzione possiedono una propria autonomia rispetto all'opera cosiddetta principale sì da avere una potenziale attitudine ad una diversa e specifica utilizzazione” (cfr. ex multis Cons. St., sez. VI 19 maggio 2023 n. 5004; id. 4 gennaio 2016, n. 19; id., 24 luglio 2014, n. 3952; sez. V, 12 febbraio 2013, n. 817; sez. IV, 2 febbraio 2012, n. 615; sez. VII n. 3422 del 3 aprile 2023).

9.3 Non è riconducibile alla nozione di pertinenza, come delineata dalla giurisprudenza sopra richiamata, un manufatto adibito a piscina, interrata o meno, poiché esso, a prescindere dalle dimensioni, difetta del requisito funzionale, nella sua duplice dimensione del rapporto di stretta accessorietà con l'edificio principale e della mancanza di un autonomo valore di mercato, come accade, invece, per i volumi tecnici.

9.4 La giurisprudenza ha, al riguardo, costantemente sancito che “La piscina è una struttura di tipo edilizio che incide con opere invasive sul sito in cui viene realizzata, perciò configura una nuova costruzione ex art. 3, comma 1, lett. e), del D.P.R. n. 380 del 2001 e non, come sostenuto dall'appellante, una pertinenza urbanistica del fabbricato residenziale” (Cons. Stato, Sez. VII, 02/01/2024, n. 44) e che “le piscine non sono pertinenze in senso urbanistico in quanto comportanti trasformazione durevole del territorio” (Cons. Stato sez. VI n. 3341 del 12 aprile 2024).

10. Il giudice di primo grado, nell'escludere la natura pertinenziale della piscina in questione e nell'affermare la conseguente necessità del titolo edilizio, ha proceduto ad una corretta applicazione delle sopra richiamate coordinate giurisprudenziali, assegnando rilevanza non solo al dato quantitativo- trattandosi comunque di manufatto di dimensioni non esigue (20 mq e 23,40 mc) che occupa per la quasi totalità l'area destinata a giardino, come emerge dalla documentazione in atti (cfr. nota del responsabile del settore tecnico prot. 26387 del 12/10/2021 depositata dal Comune in data 28 gennaio 2022 ed elaborato fotografico di cui all'allegato n. 9 del ricorso di primo grado) - ma anche al dato qualitativo in ragione della funzione autonoma assolta dall'opera rispetto all'edificio principale.

11. A diverse conclusioni non conducono i precedenti giurisprudenziali richiamati dall'appellante, atteso che, per un verso, nessuno di essi ha escluso la necessità del titolo edilizio e, per altro verso, riguardano comunque manufatti di dimensioni ridotte in rapporto all'edificio principale (Cons. Stato, sez. VI, 3/10/2019, n. 6644 attiene ad un diniego di permesso di costruire in sanatoria della piscina di una struttura alberghiera ricadente in “Zona 6 – Zona di urbanizzazione satura”; Cons. Stato sez. II 7/01/2022 n. 109 attiene alla legittimità di una DIA rilasciata ai sensi della legge regionale Emilia Romagna n. 31 del 2002 per una piscina privata posta al servizio esclusivo di un'abitazione signorile di cui “copre un'area talmente limitata da non determinare un impatto significativo sull'assetto del territorio”).

11.1 Per contro, nel caso di specie le evidenze istruttorie confermano che la piscina in questione, occupando, come già precisato, l'intero giardino di un'abitazione civile, non può essere qualificata di dimensioni trascurabili e riveste una propria autonomia funzionale, oltre che un autonomo valore di mercato.

12. Il primo motivo di appello deve, quindi, essere respinto.

13. Con il secondo motivo di appello l'appellante lamenta l'erroneità del capo della sentenza che ha respinto il secondo motivo di ricorso relativo alla violazione dell'art. 36 d.p.r. 380/01, dell'art. 44 del Regolamento Edilizio Comunale in materia di “superficie drenante” del lotto per realizzazione di nuove edificazioni e dell'art. 42 del medesimo Regolamento in punto di distanze dai confini.

13.1 Il giudice di primo grado sarebbe incorso in errore in quanto: a) la ricorrente ha presentato al comune un'istanza di sanatoria e non una richiesta esplorativa sulla possibilità di deroga rispetto ad alcuni parametri edilizi ostativi alla sanatoria, come emerge dalla nota prot. n. 22118 dell'1/09/2021 con cui l'istanza è stata respinta; b) diversamente da quanto ritenuto dal TAR, l'appellante non ha mai richiesto una compensazione o uno scambio della superficie drenante reperita all'interno del Piano Attuativo n. 11, la cui convenzione è ampiamente scaduta. Per contro, l'intervento di cui si discute,

relativo alla realizzazione di una piscina a servizio di un'abitazione già esistente in un contesto residenziale, non può che configurarsi come *“un intervento da realizzarsi in aree ricadenti in lotti interclusi delle zone residenziali”*, per il quale l'art. 44 del Regolamento Edilizio Comunale non prevede un limite vincolante per la superficie drenante, limitandosi a precisare che la percentuale del 30%, prevista per gli interventi di nuova realizzazione, costituisce un obiettivo a cui tendere; b.1) il giudice di primo grado è incorso in errore nel ritenere, per un verso, che il richiamo operato dall'art. 44 del regolamento ai *“lotti interclusi delle zone residenziali”* sia da intendere come riferito solo a lotti fisicamente interclusi e, per altro verso, che non vi sarebbe la prova della completa urbanizzazione della zona in cui è inserito il lotto dell'odierna appellante. Il lotto 5 del Piano Attuativo n. 11, in cui è inserita l'area di cui si discute, è stato integralmente completato, così come del resto confermato dal vigente P.G.T. che classifica l'area come residenziale di completamento; b3) l'appellante ha comunque dimostrato che la piscina realizzata occupa una superficie di 20 mq, pari a circa il 25% del giardino di proprietà esclusiva della stessa, e ha un'estensione di circa 79,65 mq, garantendo il mantenimento di una superficie drenante a verde superiore al 30%; c) il TAR è incorso in errore nel ritenere che le disposizioni integrative in tema di distanze dai confini, contenute dai regolamenti edilizi comunali, non siano derogabili nel caso di manufatti completamente interrati.

14. Le censure sono infondate.

15. Quanto alla censura sub a), dalla documentazione agli atti del fascicolo di primo grado non risulta alcuna istanza di sanatoria presentata dall'appellante in relazione al manufatto in contestazione.

15.1 Con comunicazione acquisita al prot. n. 20053 del 7 agosto 2021, la ricorrente, in considerazione della non conformità dell'intervento sul piano urbanistico ed edilizio, in ragione della mancanza della prescritta superficie drenante e per l'inosservanza della distanza minima dai confini, ha chiesto *“di poter sanare la piscina ... mediante l'utilizzo della ‘cessione di diritti edificatori’ o con l'istituzione di una servitù ‘non aedificandi’ da richiedere a mia cura e spese al proprietario del lotto limitrofo alla mia proprietà e posto nello stesso piano attuativo”*, chiedendo, altresì, che venisse disposta una deroga riguardo alla distanza dai confini (doc. 1 deposito comune del 28 gennaio 2022).

15.2 L'istanza in questione, lungi dall'essere rivolta alla sanatoria della piscina sul presupposto della doppia conformità della stessa ai sensi dell'art. 36 d.p.r. 380/2001, si fonda, invece, su un presupposto esattamente antitetico, ossia il difetto della necessaria conformità del manufatto al regolamento comunale, del quale viene richiesta una deroga, indispensabile per la successiva presentazione della sanatoria.

15.3 La richiesta di deroga è stata respinta con nota prot. 22118 del 1/09/2021 con cui il Comune *“preso atto che con nota prot. 20053 del 7/08/2021 è pervenuta richiesta di deroga dei parametri non conformi alle normative in vigore, al fine di poter procedere con la sanatoria della piscina oggetto di avvio del procedimento prot. 14682 del 09/06/2021”* ha comunicato l'impossibilità di deroga, precludendo la successiva presentazione della domanda di sanatoria (doc. 2 allegato al ricorso di primo grado).

15.4 L'assunto dell'appellante, che qualifica l'istanza di deroga sopra richiamata come istanza di sanatoria ex art. 36 d.p.r. 380/2001, non solo è smentita dal dato testuale, atteso che sia la richiesta dell'interessata che la risposta del Comune hanno per oggetto esclusivamente la deroga e non la sanatoria, ma omette di considerare l'incompatibilità logica tra richiesta di deroga dell'opera alla normativa edilizia e richiesta di accertamento della conformità della medesima opera all'identica normativa edilizia alla quale contestualmente si è chiesto di derogare.

16. Quanto alla censura sub b), correttamente il giudice di primo grado ha escluso l'applicazione della deroga al limite vincolante per la superficie drenante, consentita dall'art. 44 del regolamento edilizio comunale per gli interventi da realizzarsi in lotti interclusi delle zone residenziali (per i quali la percentuale del 30%, prevista per gli interventi di nuova realizzazione, costituisce un obiettivo a cui tendere), atteso che:

-sul piano urbanistico il lotto intercluso identifica una situazione di fatto, contrassegnata da una pressoché completa edificazione della zona che la rende addirittura incompatibile con un piano attuativo (Cons Stato sez. II n. 5308 del 13 giugno 2024). In altri termini, con la nozione di “lotto

intercluso” ci si riferisce a quei casi eccezionali e di stretta interpretazione in cui il piano regolatore generale consente il rilascio del permesso di costruire diretto, senza previa approvazione dello strumento attuativo Cons. Stato, Sez. V, 16 aprile 2024, n. 3474; sez. IV, 11/11/2022, n. 9916; *id.* 16/11/2021 n. 7620). Nel caso di specie, la qualificazione come lotto intercluso dell’area in cui ricade l’intervento si scontra con il dato oggettivo della necessità del piano attuativo ai fini dell’edificazione, la cui effettiva approvazione è evidenziata dalla stessa appellante (pag. 15 del ricorso in appello);

- non può essere condivisa la tesi della ricorrente volta a sostenere, ai fini della deroga al limite percentuale di superficie drenante prevista dall’art. 44 del regolamento, una nozione di lotto intercluso diversa, se non addirittura antitetica, rispetto a quella elaborata ai fini dell’edificazione diretta, in quanto estesa alle fattispecie in cui lo strumento attuativo non solo è necessario, ma è stato anche effettivamente adottato. L’assunto è privo di fondamento normativo, non ravvisandosi nell’art. 44 del regolamento alcun elemento che possa giustificare siffatta diversa nozione, oltre che incompatibile con la natura eccezionale e di stretta interpretazione della previsione in questione;
- in assenza di un lotto intercluso trova applicazione non il penultimo comma dell’art. 44 del regolamento, bensì il primo comma del medesimo articolo ove si precisa che “*La superficie fondiaria del lotto su cui insiste un fabbricato di nuova realizzazione dovrà avere una superficie scoperta e drenante adeguatamente sistemata a verde, non inferiore al: - 30% nelle zone residenziali (...)*” ;
- la superficie drenante non può essere reperita “*in una vasta area verde che cinge il compendio sul lato ovest e sul lato sud*”, così come previsto dalla convenzione urbanistica relativa al Piano Attuativo n° 11, poiché la convenzione è ormai scaduta e, pertanto, le norme speciali di piano non risultano più applicabili. Nemmeno può essere invocata, a “scomputo” della superficie drenante, l’area che circonda il compendio poiché essa è stata ceduta all’amministrazione comunale, ed è dunque sottratta alla disponibilità della parte, come osservato dal giudice di primo grado;
- del pari non può essere condivisa la tesi difensiva in ordine all’avvenuto rispetto del 30 per cento di superficie drenante, in ragione del fatto che la piscina occuperebbe circa il 25 per cento del giardino di proprietà della ricorrente (pag. 16 dell’appello), poiché tale tesi si risolve, in realtà, in una semplice affermazione (esposta nel ricorso di primo grado “*per mero tuziorismo difensivo*”: pag. 11), del tutto sfornita di prove a corredo (non potendo integrare una prova sufficiente la mera foto prodotta in primo grado dalla ricorrente, priva di elaborati tecnici, da cui risulta, invece, che la piscina occupa la quasi totalità del giardino di proprietà: doc. 9). Ciò in disparte l’ulteriore considerazione che l’avvenuto rispetto del limite, affermato nel ricorso di primo grado e ribadito in appello, si pone in insanabile contraddizione con il mancato rispetto dello stesso, ammesso dalla stessa ricorrente nell’istanza di deroga del 7 agosto 2021.

17. Quanto alla censura sub c), l’evidente infondatezza della stessa discende dalla semplice constatazione che, nel caso di specie, non trova applicazione l’art. 873 c.c., relativo alle distanze tra costruzioni, come ritenuto dalla ricorrente, bensì l’art. 889 c.c., richiamato dal giudice di primo grado e relativo alle distanze per pozzi cisterne, fosse e tubi, il quale trova applicazione “*per ogni altra opera non espressamente menzionata, ma assimilabile a quelle indicate nella norma richiamata*” (Cassazione civile sez. VI, 09/06/2020, n.10948).

17.1 La disposizione da ultimo citata- la cui *ratio*, stante la natura completamente interrata delle opere, non è quella di evitare, al pari dell’art. 873 c.c., la formazione di strette e dannose intercapedini, bensì quella di impedire infiltrazioni a danno del fondo vicino (Cassazione civile sez. II, 25/05/2016, n.10868)-nel sancire la distanza di almeno due metri tra il confine e il punto più vicino del perimetro interno delle opere predette, fa salve “*in ogni caso*” le disposizioni dei regolamenti locali.

17.2 Il giudice di primo grado, nel richiamare il precedente di questa Sezione n. 109/2022, ha correttamente statuito che, in mancanza di una norma specifica contenuta nel regolamento edilizio comunale, trova applicazione il citato art. 889 c.c., il quale contempla una distanza minima di due metri e che “*quando esistono – come nel caso di specie – disposizioni edilizie locali, esse esplicano un’efficacia integrativa della disciplina del codice civile e, in tale prospettiva, non sono derogabili*”.

17.3 Per tale ragione, non è pertinente la doglianza della ricorrente che si limita ad affermare, richiamando la relativa giurisprudenza, la non applicabilità dell’art. 873 c.c., ancorché integrato dai

regolamenti comunali, alle costruzioni completamente interrato, poiché il giudice di primo grado non ha ritenuto applicabile l'art. 873 c.c. ma l'art. 889 c.c. il quale-giova ribadire-fa salve in ogni caso le distanze previste dai regolamenti edilizi.

18. Per tali ragioni anche il secondo motivo di appello deve essere disatteso.

19. In conclusione, l'appello deve essere respinto in ragione della radicale abusività dell'opera sul piano formale e sostanziale.

20. Sussistono giustificati motivi, in ragione della peculiarità della fattispecie concreta, per compensare tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, 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 24 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Oberdan Forlenza, Presidente

Francesco Frigida, Consigliere

Carmelina Addesso, Consigliere, Estensore

Maria Stella Boscarino, Consigliere

Stefano Filippini, Consigliere

L'ESTENSORE

Carmelina Addesso

IL PRESIDENTE

Oberdan Forlenza

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.