Pubblicato il 03/08/2016

**N. 03510/2016REG.PROV.COLL.**
**N. 07694/2014 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 7694 del 2014, proposto dalla signora Caterina Rojch, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Damonte con domicilio eletto presso l'avvocato Silvia Villani in Roma, via Asiago 8;

*contro*

Maria Luisa Bolla Pittaluga, e Francesco Pugliese, rappresentati e difesi dagli avvocati Giovanni Gerbi e Giovan Candido Di Gioia, con domicilio eletto presso Giovan Candido Di Gioia in Roma, piazza Mazzini, 27;

*nei confronti di*

Comune di Genova, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Luca De Paoli e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare 14/4a;

Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. per la LIGURIA - Sezione I - n. 1031 del 1 luglio 2014, resa tra le parti, concernente autorizzazione paesaggistica, parere vincolante e permesso di costruire.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dei signori Maria Luisa Bolla Pittaluga e Francesco Pugliese, nonché del Comune di Genova e del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 aprile 2016 il Cons. Oberdan Forlenza e uditi per le parti gli avvocati Damonte, Gerbi, Di Gioia, Pafundi e l'avv. dello Stato Tidore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con l'appello in esame, la signora Caterina Rojch impugna la sentenza 1 luglio 2014 n. 1031, con la quale il TAR per la Liguria, sez. I, ha accolto il ricorso proposto dai signori Maria Luisa Bolla Pittaluga e Francesco Pugliese, ed ha annullato il permesso di costruire 18 gennaio 2012 n. 19, al contempo dichiarando improcedibile il ricorso avverso l'autorizzazione paesaggistica 16 febbraio 2011.

1.1. La sentenza impugnata – premesso che la sopraelevazione costituisce nuova costruzione ai fini del rispetto del limite di 10 metri di distanza tra le pareti finestrate e le pareti degli edifici antistanti, ex D.M. n. 1444/1968, e che tale limite si intende applicabile anche nel caso di muro di contenimento – afferma che:

"nel caso di specie risulta dalle planimetrie quotate che l'edificio della contro interessata verrà sopraelevato di 2 metri, onde nessun dubbio che tale sopraelevazione dovesse rispettare il limite dei 10 metri, posto che tale edificio presenta una parete finestrata proprio nella parte sopraelevata frontistante la proprietà dei ricorrenti".

Quanto all'applicabilità del limite anche ai realizzandi muri di contenimento, la sentenza afferma che "se la finalità della norma è quella di prevenire la formazione di intercapedini dannose per la salute non ha senso distinguere in ragione della funzione, atteso che, per definizione, il muro è idoneo a determinare il sorgere di un'intercapedine dannosa per la salute".

1.2. Avverso tale decisione vengono proposti i seguenti motivi di appello:

a) erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione dell'art. 100 c.p.c. e dell'art. 35, co. 1, lett. b) Cpa; inammissibilità del ricorso di grado per difetto di interesse ad agire; difetto dei presupposti; ciò in quanto, se l'interesse allegato dai ricorrenti in I grado consiste nell'asserita perdita della visuale sulla città, sul porto e sul mare che si gode dai loro appartamenti, "in ragione del dislivello e della distanza tra le due abitazioni l'intervento di ristrutturazione in parola non è capace di ostruire od occludere la vista che si gode dagli appartamenti di proprietà Bolla Pittaluga e Pugliese"; nel caso di specie, sussisterebbe "una mera *vicinitas* tra le due abitazioni insufficiente ad originare un concreto interesse all'impugnativa";

b) erroneità della sentenza impugnata per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 9 d.m. n. 1444/1968; difetto di istruttoria; travisamento di fatti decisivi; poiché "la parete finestrata in questione è direttamente antistante un muro di contenimento del giardino Pittaluga e non già una parete dello stabile Pittaluga/Pugliese (da cui dista peraltro 18 metri)" e tale tipo di frontistanza non comporta l'osservanza dell'art. 9 D.M. cit, poiché: b1) è richiesta la frontistanza tra "pareti"; b2) la distanza non rileva se i fondi sono a dislivello; b3) la distanza deve essere rispettata tra parete finestrata e pareti di edifici, e non già in genere nelle costruzioni (ed il muro di contenimento non è assimilabile ad un edificio; b4) nel caso di specie, il muro di contenimento può annoverarsi tra i muri di sostegno di declivi naturali, come tale non equiparabile ad una costruzione;

c) erroneità della sentenza impugnata per violazione e/o falsa applicazione art. 9 d.m. n. 1444/1968, in relazione agli artt. 2-bis, 3 e 10 DPR n. 380/2001, nonché 10 e 18 l. reg. Liguria n. 16/2008; difetto di istruttoria; poiché il "il modesto intervento oggetto del contendere" non può essere definito nuova costruzione, ma più correttamente come ristrutturazione edilizia ex art. 10 DPR n. 380/2001, per la quale non trovano applicazione i vincoli sulle distanze minime di cui all'art. 9 D.M. cit.;

d) erroneità della sentenza impugnata per violazione e/o falsa applicazione art. 9 D.M. n. 1444/1968; difetto di istruttoria; poiché la disciplina delle distanze per le nuove costruzioni in zone diverse dalla "A" non può trovare applicazione anche in detta zona, dove si osservano le distanze intercorrenti tra volumi edificati preesistenti;

e) erroneità della sentenza impugnata per violazione e/o falsa applicazione art. 9 D.M. n.

1444/1968; difetto di istruttoria anche in relazione all'art. 879 c.c., poiché tra le due proprietà si snoda una via pubblica, che impedisce l'applicazione della disciplina sulle distanze minime di cui al D.M. cit..

1.3. Si è costituito in giudizio il Comune di Genova, che, in adesione all'appello proposto, ha concluso perché il medesimo venga accolto, con riforma della sentenza impugnata.

1.4. Si è costituito in giudizio il Ministero per i beni e le attività culturali.

1.5. Si sono altresì costituiti Maria Luisa Bolla Pittaluga e Francesco Pugliese, che hanno richiesto il rigetto dell'appello ed hanno, comunque, riproposto i motivi da loro articolati con il ricorso instaurativo del giudizio di I grado ed "assorbiti" dalla sentenza. In particolare, tali motivi sono:

a1) violazione e falsa applicazione art. 146 D. LGS. n. 42/2004 e art. 3 l. n. 241/1990; difetto di istruttoria e di motivazione, con riferimento all'autorizzazione paesaggistica 16 febbraio 2011;

b1) illegittimità derivata; violazione art. 61 N.C.C. del PUC vigente del Comune di Genova, in relazione al permesso di costruire 18 gennaio 2012.

1.6. Con ordinanza 15 ottobre 2014 n. 4648, questa Sezione ha respinto l'istanza volta ad ottenere la sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata avuto esclusivo riguardo alla carenza del*periculum in mora*..

1.7. Dopo il deposito di ulteriori memorie e repliche, all'udienza pubblica di trattazione del 28 aprile 2016 la causa è stata riservata in decisione.

DIRITTO

2. L'appello è fondato e deve essere, pertanto, accolto, con conseguente integrale riforma della sentenza impugnata.

2.1. In ordine logico, ancorchè infondato, deve essere preliminarmente esaminato il primo motivo di impugnazione (sub lett. a) dell'esposizione in fatto), con il quale si censura il difetto di interesse ad agire dei ricorrenti (attuali appellati), stante la sua priorità logico-giuridica.

Il motivo, come si è detto, è infondato e deve essere, pertanto, respinto, per le ragioni di seguito esposte.

La presente controversia verte, in sostanza e sotto una pluralità di aspetti, sulla

applicabilità (o meno) dell'art. 9 D.M. n. 1444/1968 al "manufatto" realizzato dalla Rojch, avuto riguardo alla violazione della distanza dalla predetta norma imposta, relativamente alla proprietà Pittaluga/Pugliese.

Come è noto, l'art. 9 del D.M. 2 aprile 1968 n. 1444, recante "limiti di distanza tra i fabbricati", prevede, per quel che interessa nella presente sede, che le distanze minime tra i fabbricati siano:

- in zona A, per le operazioni di risanamento conservativo e per eventuali ristrutturazioni, non "inferiori a quelle intercorrenti tra i volumi edificati preesistenti, computati senza tener conto di costruzioni aggiuntive di epoca recente e prive di valore storico, artistico e ambientale";
- nelle altre zone, con riferimento a "nuovi edifici", siano "in tutti i casi . . . di m. 10 tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti".

Giova ricordare che le disposizioni del D.M. n. 1444/1968, dettate con riferimento agli strumenti urbanistici ad esso successivi (e, dunque, alle costruzioni da realizzarsi sulla base dei medesimi), ai quali si impongono inderogabilmente, al punto da sostituire per inserzione automatica eventuali disposizioni contrastanti: Cass. civ., sez. II, 12 febbraio 2016 n. 2848; Cons. Stato, sez. IV, 16 aprile 2015 n. 1951), sono volte alla tutela dell'interesse pubblico all'ordinato sviluppo del territorio e rispondono alle finalità proprie della pianificazione urbanistica, in attuazione dei beni e valori costituzionalmente garantiti per suo tramite (Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2012 n. 2710).

Più in particolare, l'art. 9 del citato D.M., nel prescrivere, a seconda delle zone del territorio comunale, precise distanze tra fabbricati intende garantire sia l'interesse pubblico ad un ordinato sviluppo dell'edilizia, sia l'interesse pubblico alla salute dei cittadini, evitando il prodursi di intercapedini malsane e lesive della salute degli abitanti degli immobili (Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016 n. 856).

Le distanze previste dall'art. 9 cit., dunque, 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 all'uopo predisposta, anche in tema di distanze, dal codice civile.

Ne consegue che il soggetto che invoca, innanzi al giudice ordinario, il rispetto delle

disposizioni del codice civile a tutela di un suo diritto reale, fonda la propria legittimazione ad agire in giudizio sulla propria posizione giuridica di diritto soggettivo (reale) e l'attività edilizia assunta come illecita costituisce lesione di quel suo diritto, tale da rendere attuale l'interesse ad agire in giudizio.

In tal caso, sia la verifica delle condizioni dell'azione sia la verifica della violazione delle norme del codice civile (in particolare in tema di distanze) ha come fulcro il diritto reale di chi agisce in giudizio per la sua tutela, proprio perché a quest'ultima esse sono funzionali.

Diversamente, il soggetto che – non già innanzi al giudice ordinario, bensì innanzi al giudice amministrativo – invoca l'illegittimità del titolo edilizio rilasciato dall'amministrazione pubblica, poichè rilasciato in violazione delle prescrizioni del D.M. n. 1444/1968 in tema di distanze, richiede che il giudice verifichi la legittimità dell'atto in quanto (potenzialmente) adottato in violazione di una norma di diritto pubblico, posta a tutela dell'interesse pubblico, e della quale egli si giova ad indiretta tutela della sua posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo.

Ne consegue che, in questo secondo caso, le condizioni dell'azione si presentano in modo affatto differente rispetto a quanto si pone innanzi al giudice ordinario.

Ed infatti, in questo caso, la legittimazione si collega alla titolarità di una posizione di interesse legittimo che può certamente trovare il suo "collegamento" con una preesistente posizione di diritto reale, ma che può fondarsi anche su altro titolo (quali, ad esempio, la titolarità di un contratto di locazione, il diritto alla salute, etc.). E, dunque, l'interesse ad agire, volto ad ottenere l'annullamento del provvedimento impugnato, si collega non già ad una posizione di diritto soggettivo (reale) leso, bensì all'interesse pubblico tutelato dalla norma, dal rispetto della quale discende (anche) la tutela di proprie situazioni giuridiche soggettive, non necessariamente limitate al *genus* dei diritti reali.

Pertanto, il giudice amministrativo, nell'esaminare i motivi di ricorso con i quali si prospetta la violazione della norma sulle distanze di cui all'art. 9 cit., deve:

- quanto alle condizioni dell'azione, verificare la sussistenza di un "collegamento" stabile e giuridicamente apprezzabile tra il ricorrente e l'immobile sul quale si realizzerebbe la costruzione, in virtù del provvedimento impugnato, collegamento che può risultare anche (ma non solo) dalla titolarità di un diritto reale, ma che non è limitato dalla presenza e dalla

lesione di questo (e ciò rileva, in particolare, per la verifica della sussistenza dell'interesse ad agire);

- quanto al merito, verificare se il provvedimento impugnato risulti adottato in violazione della norma di diritto pubblico in tema di distanze, nel senso che il nuovo manufatto si ponga in contrasto con le finalità di tutela dell'interesse pubblico al quale la norma è teleologicamente orientata.

Le differenze esposte determinano anche, come appare evidente, una differente prospettiva interpretativa delle norme, posto che questa dipende dalla natura e specificazione del bene giuridico tutelato; di modo che, se nel caso delle disposizioni del codice civile, occorre, sul piano interpretativo, riguardare la norma nel suo collegamento teleologico con il diritto reale tutelato, nel caso della norma d diritto pubblico l'interpretazione ha riguardo alla finalità di tutela dell'interesse pubblico per il quale la norma è stata predisposta.

Le considerazioni innanzi esposte, sorreggono la reiezione del primo motivo di appello.

Gli appellati, infatti, in quanto proprietari di un bene posto in immediata vicinanza con ciò che si intende realizzare, hanno senza dubbio interesse ad impugnare gli atti, ed in particolare il permesso di costruire, in base ai quali si realizzerebbe l'edificazione, prospettando la violazione dell'art. 9 D.M. n. 1444/1968. E ciò a prescindere dal fatto che il manufatto di nuova realizzazione possa (o meno) pregiudicare la loro veduta del panorama, essendo sufficiente a radicare l'interesse ad agire la (supposta) realizzazione di un manufatto a distanza inferiore rispetto al proprio immobile da quella imperativamente prescritta.

3. L'appello deve essere, invece, accolto, con riferimento al secondo motivo proposto (sub b) dell'esposizione in fatto).

3.1. L'intervento da realizzarsi, assentito con permesso di costruire 18 gennaio 2012 n. 19 ed ivi classificato come di "ristrutturazione edilizia", consiste nella "realizzazione di una copertura a due falde, in sostituzione dell'attuale copertura piana, con sottotetto abitabile collegato all'abitazione sottostante mediante la creazione di un nuovo corpo scala, nonché alla realizzazione di piccole modifiche ai prospetti con l'inserimento di due poggioli sul prospetto ovest".

La sentenza impugnata ha classificato l'opera come "nuova costruzione" ai fini del rispetto delle distanze, trattandosi di sopraelevazione, ed in tal modo ha reso applicabile anche in zona A il limite di distanza di 10 metri, imposto invece dal D.M. n. 1444/1968 per zone diverse.

Orbene, il Collegio ritiene di poter prescindere dall'esame della natura del nuovo intervento edilizio, se cioè esso costituisca ristrutturazione (come sostiene l'appellante con il terzo motivo di appello) ovvero nuova costruzione (come affermato in sentenza); così come ritiene di poter prescindere dalla verifica dell'applicabilità in zona A della distanza di 10 metri (primo comma, n. 2, D.M. n. 1444/1968, come in sentenza, anziché del limite di cui al n. 1 del medesimo comma, come sostenuto dall'appellante con il quarto motivo di ricorso).

Ciò in quanto il limite di 10 m. di distanza, di cui al già citato art. 9, primo comma n. 2. D.M. n. 1444/1968 - da computarsi con riferimento ad ogni punto dei fabbricati e non anche alle sole parti che si fronteggiano (Cons. Stato, sez. IV, 11 giugno 2015 n. 2661) - presuppone la presenza di due "pareti" che si fronteggiano, delle quali almeno una finestrata (Cons. stato, sez. IV, 26 novembre 2015 n. 5365; id., 19 giugno 2006 n. 3614). Più precisamente, la giurisprudenza ha affermato che il limite predetto presuppone "pareti munite di finestre qualificabili come vedute e non ricomprende quelle su cui si aprono finestre cd. lucifere" (Cons. Stato, sez. IV, 4 settembre 2013 n. 4451 e 22 gennaio 2013 n. 844; in senso conforme, Cass. civ., sez. II, 30 aprile 2012 n. 6604; nel senso che le aperture di tipo *velux,* come quella indicata nel progetto impugnato, non sono qualificabili come vedute ma come luci, Cons. Stato, sez. IV, 5 ottobre 2015, n. 4628).

Orbene, nel caso di specie non ricorre l'ipotesi di due pareti di edifici, delle quali almeno una finestrata, poiché – come è pacifico tra le parti (v. memoria Pittaluga-Pugliese, del 7 ottobre 2014, pag. 8) e come emerge dagli atti di causa - nel caso di specie il "confronto" verte tra una parete finestrata dell'edificio Rojch ed un muro di contenimento di proprietà degli appellati.

Come si è detto, argomentando anche dalla giurisprudenza innanzi citata, l'applicazione della distanza di 10 metri, di cui all'art. 9, primo comma, n. 2, D.M. n. 1444 cit. presuppone pareti di edifici, delle quali almeno una finestrata con "vedute", di modo che

non può essere ampliata la portata della norma fino al punto di comprendere manufatti (quali un muraglione) che non possono essere ragionevolmente ricondotti alla definizione di "parete di edificio"; e ciò a maggior ragione in presenza di una riconosciuta imperatività della norma, tale da imporsi anche a disposizioni di diverso e contrastante contenuto, eventualmente adottate in sede di pianificazione urbanistica.

Alla luce di quanto esposto, non può essere condivisa la sentenza impugnata, laddove essa afferma che "anche il muro di contenimento costituisce edificio rilevante ai fini del rispetto delle distanze di cui al D.M. n. 1444/1968", poiché esso è "palesemente in grado di dar vita ad intercapedini contrarie alla finalità della norma".

Per un verso, tale affermazione non risulta validata dal tenore letterale della norma; per altro verso, occorre osservare che l'art. 9 non intende evitare la realizzazione di qualsivoglia tipo di intercapedine, altrimenti non avrebbe senso il testuale riferimento alle pareti finestrate, ma di quelle intercapedini che si pongono in contrasto con "imprescindibili esigenze igienico-sanitarie" (Cons. St., sez. IV, n. 4451/2013 cit.).

3.2. Per tutte le ragioni esposte, il secondo motivo proposto è fondato e, pertanto, l'appello deve essere accolto, con assorbimento degli ulteriori motivi proposti e conseguente riforma della sentenza impugnata.

4. L'accoglimento dell'appello principale comporta la necessità di esaminare i motivi del ricorso instaurativo del giudizio di I grado, non esaminati dal primo giudice, e riproposti con la memoria del 22 settembre 2014, e precisamente:

a1) violazione e falsa applicazione art. 146 d. lgs. n. 42/2004 e art. 3 l. n. 241/1990; difetto di istruttoria e di motivazione, con riferimento all'autorizzazione paesaggistica 16 febbraio 2011;

b1) illegittimità derivata; violazione art. 61 N.C.C. del PUC vigente del Comune di Genova, in relazione al permesso di costruire 18 gennaio 2012.

Ambedue i motivi sono infondati e devono essere, pertanto, respinti.

4.1. Quanto al primo motivo, con il quale, in sostanza, si deduce un difetto di motivazione della autorizzazione paesaggistica (v. pag. 2 memoria cit.), giova osservare che la Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici della Liguria, ha espresso il proprio avviso favorevole in data 14 febbraio 2011, avendo confrontato positivamente il progetto

con le prescrizioni del "vincolo entro cui l'opera prevista ricade", e che la autorizzazione paesaggistica 16 febbraio 2011 n. 55 risulta sufficientemente motivata in relazione al progetto sottoposto, per la realizzazione del quale ha imposto prescrizioni.

4.2. Quanto al secondo motivo, occorre osservare che:

- il permesso di costruire 18 gennaio 2012 non può essere affetto da illegittimità derivata da quella dell'autorizzazione paesaggistica, poiché quest'ultima risulta innanzi esclusa;
- l'intervento in esame è definito dal permesso di costruire come di "ristrutturazione edilizia", in modo conforme a quanto previsto dall'art. 10 T.U. n. 380/2001 ed all'art. 10, l. reg. Liguria n. 16/2008;
- il reperimento degli spazi per parcheggi è imposto dall'art. 18 l. n. 765/1967 per le nuove costruzioni, e non già in ipotesi di ristrutturazione edilizia.

5. Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate, in favore dell'appellante e del Comune di Genova, come in dispositivo, dovendosi tuttavia procedere alla compensazione delle stesse nei confronti del Ministero per i beni e le attività culturali e del turismo, che ha proceduto a mera costituzione formale in appello e non si è costituito nel giudizio di primo grado.

6. Il contributo unificato, relativo ad ambedue i gradi di giudizio, è a carico solidale dei signori Pittaluga e Pugliese che provvederanno al rimborso di quello anticipato dalla parte appellante in relazione al presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Caterina Rojch (n. 7694/2014 r.g.):

a) accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso di primo grado;

b) condanna gli appellati Maria Luisa Bolla Pittaluga e Francesco Pugliese, in solido, al pagamento, in favore dell'appellante e del Comune di Genova, delle spese e degli onorari del doppio grado di giudizio, che liquida, in favore di ciascuno di essi, nella complessiva somma di Euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori come per legge.;

c) compensa spese ed onorari del doppio grado di giudizio nei confronti del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere, Estensore

Giuseppe Castiglia, Consigliere

**L'ESTENSORE**
**Oberdan Forlenza**

**IL PRESIDENTE**
**Vito Poli**

IL SEGRETARIO