

Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 26.3.2013, n. 1702

N. 01702/2013REG.PROV.COLL.

N. 01652/2007 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 1652 del 2007, proposto da:
Alfa Costruzioni S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Corrado Carrubba, con
domicilio eletto presso Corrado Carrubba in Roma, via di Vigna Murata, 1;

contro

Comune di Scanno, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Di Massa, con domicilio
eletto presso Gaetano Scalise in Roma, Piazzale Belle Arti N. 2; Comune di
Scanno Sportello Unico Per L'Edilizia;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - L'AQUILA n. 00401/2006, resa tra le
parti, concernente permesso di costruire unità abitative

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2012 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Francesca Lalli (su delega di Corrado Carrubba) e Daniele Granara (su delega di Luigi Di Massa);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Si deve premettere che la Società appellante -- la quale aveva ottenuto dal Comune di Scanno la concessione edilizia n.42/2000 per la costruzione di 10 unità abitative della complessiva superficie di mq. 5.851 -- dopo una prima variazione delle opere del 2002, aveva poi richiesto un'ulteriore variante per "*il completamento dei lavori di cui alla C.E.C. n.42/2000 secondo progetto approvato come variante in corso d'opera del fabbricato B3 (aggiunta locali al piano seminterrato)*", che è stata parzialmente assentita con il permesso di costruire n.11/2004.

Con il presente gravame la Società Alfa impugna la sentenza con cui è stato respinto il ricorso di primo grado diretto all'annullamento:

-- del predetto permesso di costruire n.11 del 26.06.2004 nella parte in cui prescrive che "*le strutture portanti siano realizzate limitatamente al progetto architettonico allegato alla presente in conformità del parere della commissione comunale per l'edilizia del 22.05.04*";

-- della successiva ordinanza di sospensione dei lavori n.81 del 15.07.2004 con cui veniva contestata la realizzazione di lavori di modifica di un muro di contenimento, risultante alto m. 5 in luogo dei m.2,50 autorizzati e la creazione di un ulteriore piano interrato alto m. 2,20, non previsto nel progetto;

-- della determinazione con cui, sulla base del medesimo precedente parere della Commissione edilizia del 22.05.2004, il responsabile dello Sportello Unico per l'Edilizia Residenziale prot. 4377 dell' 11.08.2004 ha respinto la successiva denuncia di inizio di attività (D.I.A.) del 25.07.2004 concernente una "variante in

corso d'opera delle fondazioni" alla quale era allegata una relazione geologica per la quale l'esistenza, all'altezza delle fondazioni, di uno spessore di terra di riporto avrebbe imposto la necessità di procedere alla sua rimozione, al fine di assicurare la stabilità dell'edificio;

-- del rigetto della richiesta di riesame in data 11.08.2004 di cui al verbale della C.E.C. del 6.09.2004 e della nota del responsabile del S.U.E.R. prot. 4778 del 7.09.2004.

L'appello è affidato alla denuncia di quattro articolati motivi di gravame relativi alla violazione dell'articolo 10 della legge n. 1034/1971, dell'articolo 10 del d.p.r. n. 380/2001, del NTA del comune e degli articoli 16 lettere l) e m) R.D 274/1929.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione comunale che, con le specifiche memorie per la camera di consiglio e per la discussione, ha confutato le argomentazioni di controparte, anche allegando una relazione tecnica e relativi chiarimenti, ed ha concluso per il rigetto.

A sua volta la società appellante, a sostegno delle proprie argomentazioni, ha versato in giudizio una consulenza tecnica di parte ed una documentazione aereo-fotogrammetrica con i rilievi dei dislivelli.

La Sezione, dopo aver ordinato incumbenti istruttori, con ordinanza cautelare n. 3587 del 10 luglio 2007 ha respinto l'istanza di sospensione cautelare della decisione.

Chiamata all'udienza pubblica, uditi i patrocinatori delle parti, la causa è stata ritenuta in decisione.

DIRITTO

L'appello è infondato.

___1.§ Devono essere esaminati congiuntamente il primo ed il secondo motivo con cui si deduce una censura sostanzialmente unica.

___1.§ 1. Con il primo motivo si lamenta l'erroneità della sentenza che:

-- avrebbe ignorato le ragioni tecniche del ricorso facendo proprio le conclusioni della relazione del Tecnico Comunale depositata il 15 novembre del 2004 che non si sarebbe pronunciata affatto sulla necessità dei lavori di abbassamento delle fondazioni. La predetta relazione si sarebbe limitata ad approfondire il profilo della conformità dell'opera agli strumenti urbanistici vigenti ed avrebbe concluso che le opere realizzate nella richiesta di variante, per le proprie caratteristiche costruttive, risultavano in netto contrasto con l'articolo 8 del NTA, e con la relativa scheda di ambito, che pone un limite di altezza delle fondazioni a - 3,80 m dal piano di calpestio;

-- avrebbe ignorato la perizia geologica dell'Alfa Costruzioni per cui le fondazioni avrebbero dovuto attestarsi, in relazione alle particolari condizioni del terreno, secondo le indicazioni richieste dalla società di costruzioni;

-- avrebbe invece condiviso le conclusioni della relazione di chiarimenti del Tecnico Comunale per cui le caratteristiche costruttive avrebbero configurato un vero proprio piano di calpestio contrastante con le NTA che considerano "livello di pavimento" una superficie utile lorda (c.d. Sul) coperta praticabile con altezza minima utile di metri 1,60, ritenuto non sanabile neanche mediante il riempimento di terriccio;

-- al contrario, l'impegno assunto dalla società di riempire lo spazio ricavato dalle fondazioni ne avrebbe escluso una qualsivoglia utilizzazione, per cui tale spazio non avrebbe potuto essere considerato nella superficie utile lorda ai sensi dell'articolo 8 del NTA. Data l'impossibilità di dare una qualsivoglia destinazione d'uso allo spazio delle fondazioni, la conseguente qualificazione giuridica dell'intervento edilizio avrebbe dovuto tener conto dell'impraticabilità del livello.

___1.§ 2. Con il secondo motivo si assume che il Tar sarebbe stato indotto in errore dalla relazione del geometra comunale, il quale al momento del sopralluogo aveva rilevato come: la struttura di fondazione e quelle di elevazione (pilastri)

risultavano completamente finiti; i muri perimetrali erano stati allineati con le pilastrature stesse; sul lato era stata aperta una porta per accedere al vano stesso (parete nord) mentre sul fronte erano state realizzate delle finestre, di cui una già munita di infisso con vetro con apertura dall'interno; inoltre erano stati realizzati pozzetti di raccolta delle acque relative tubature a livello dell'estradosso delle travi di fondazione.

Invece, come specificato dall'ingegnere Raffaele Gigante perito di parte ALFA, le opere di fondazione sarebbero derivate le esigenze di natura esclusivamente geologico-geotecnica e quindi sarebbero solo state destinate a garantire la sicurezza e la stabilità del costruendo edificio . In tale prospettiva perciò: a) sarebbe stato normale che le strutture delle fondazioni e quelle di elevazione (pilastrati) fossero più estese in quanto ciò era indispensabile per ultimare le strutture che dovevano sorreggere, b) non vi sarebbe stata alcuna "porta" ma una semplice apertura al fine di consentire solo l'accesso ai mezzi di servizio finalizzato all'esecuzione dei lavori; c) le "finestre" sarebbero state delle semplici aperture per costituire una camera d'aria sotto il solaio già montato in modo da isolarlo dal riempimento che sarebbe poi stato eseguito; d) la realizzazione del pozzetto di raccolta delle acque relative tubature a livello dell'estradosso delle travi di fondazione sarebbe la prova che tali opere sarebbero poste al servizio di piani superiori dell'edificio e non a quello in questione, perché altrimenti avrebbe dovuto trovarsi ad una quota più bassa; e) il piano in contestazione, una volta riempito di terra, sarebbe diventato inaccessibile e tutte le aperture sarebbero state chiuse; f) il vano in contestazione, ubicato al di sotto il piano seminterrato, risulterebbe privo di solaio e riempito con pietrame calcareo; g) la superficie coperta risulterebbe impraticabile; h) non sarebbe condivisibile che le dimensioni del vano non possano essere ritenute decisive ai fini della loro configurabilità ai sensi dell'art. 8 delle NTA.

Inoltre non poteva condividersi la sollecitazione del Comune, fatta propria dal Tar Abruzzo, affinché l'Alfa costruzioni prendesse in esame delle modalità alternative, in quanto ciò comportava notevoli lavori.

___1.§.3. Con il quarto motivo si contesta la carenza di istruttoria della sentenza che avrebbe del tutto ignorato le risultanze della relazione geologica prodotta dalla ricorrente.

Nulla poi il comune avrebbe obiettato sul progetto presentato al Genio Civile in sede di concessione n. 42/2000 ai sensi degli articoli 83 seguenti del d.p.r. n. 380/2001, che prevedevano delle fondazioni superiori a 1,80 m. .

Nel 1994 il Comune nell'identica situazione aveva ritenuto legittimo una fondazione identica a quella in esame.

L'abbassamento delle fondazioni sarebbe determinato da ragioni di stabilità e sicurezza, per cui il parere della C.E.C. del 6 settembre 2004, che considera il piano realizzato come "primo livello" di progetto, dimostrerebbe che il Comune non avrebbe tenuto in nessuna considerazione le dichiarazioni del progettista contenuta nella DIA. Il Comune al limite avrebbe solo potuto utilizzare i poteri di sorveglianza per inibirne l'utilizzazione.

___1.§.4. L'assunto complessivo è per molti profili inconferente, e comunque infondato.

Deve al riguardo rilevarsi che le Norme tecniche di attuazione sono atti a contenuto generale, recanti prescrizioni a carattere normativo e programmatico, che hanno la precipua funzione di essere destinate a regolare la futura attività edilizia (cfr. Consiglio Stato sez. V 06 marzo 2007 n. 1052).

Proprio per la loro natura regolamentare (cfr. Consiglio Stato sez. VI 5 agosto 2005 n. 4159) esse non sono derogabili né dai privati e nemmeno dallo stesso Comune che sono tenuti a rispettarle ed a farle rispettare.

Le attività edilizie devono dunque necessariamente rispettare le indicazioni tecniche delle NTA, le quali non possono essere aggirate con artifici momentanei di natura assolutamente transitoria (come è il caso “classico” del temporaneo riempimento degli spazi al fine di escluderli dal computo nella superficie utile lorda).

Nel caso in esame, l'art. 8 delle NTA (cfr. all. n.17 dei documenti dall'appellante) prevedeva che nella superficie utile lorda devono essere ricomprese “...*tutte le superfici lorde comprese entro il perimetro esterno delle murature, di tutti i livelli fuori e dentro terra degli edifici, compreso i sotto tetti con altezza utile superiore a ml 1,60 , qualunque sia la destinazione d'uso compresa la proiezione orizzontale di muri, scale fisse o mobili, vani ascensori emani montacarichi, servizi tecnologici ed impianti (centrali termiche, cabine elettriche, locali dall'accorta rifiuti solidi, eccetera eccetera)*”.

Alla luce della predetta disposizione è dunque evidente, nel caso di specie, come la realizzazione di un muro di contenimento di m. 5 in luogo dei m.2,50 autorizzati, con la creazione di un ampio locale (30,30 x 10,59 m x h 2,20 h) con ampia apertura d'accesso e numerose finestre non previsto in progetto, comunque costituisce un manufatto che andava computato nella superficie utile lorda ai sensi della predetta norma come esattamente ritenuto dal Comune, ancorché asseritamente destinato ad essere interrato anche nel caso in cui, come affermato dal dr. Mancini della relazione del 3.8. 1995 (e quindi di gran lunga precedente la redazione del progetto) ricordata dall'ing. Gigante, il terreno non potesse essere palificato (il che appare comunque del tutto opinabile).

Di qui l'irrilevanza del tentativo della società appellante, di cui in particolare al primo e quarto motivo, di spostare la questione sul terreno della pretesa necessità tecnica della realizzazione per asserite ineliminabili ragioni di carattere geotecnico.

Tale profilo appare giuridicamente del tutto inconferente.

Ad una quota maggiore o minore l'immobile non poteva comunque superare la "superficie utile lorda" indicata nel permesso di costruire

Pertanto, anche qualora fosse stata vera la circostanza -- oggi non più verificabile in seguito all'avvenuto sbancamento -- per cui sarebbe stato assolutamente necessario eliminare il banco limo-argilloso, comunque non si sarebbe potuto realizzare quello che, anche in base alla comune esperienza, appare inequivocabilmente essere un intero piano, realizzato in violazione della ricordata disposizione delle NTA.

Il che dà logico fondamento al convincimento circa la natura totalmente abusiva del maggior piano così artificiosamente realizzato.

Inoltre, a seguito dell'ulteriore verifica disposta in questa sede, vanamente contrastata nelle perizie di parte appellante, è emerso che, in realtà le fondazioni non sono state realizzate ad una maggiore profondità rispetto al progetto approvato, ma addirittura in elevazione di circa un metro rispetto all'originario piano di campagna.

Ma anche se così non fosse, a tutto voler concedere, se l'intero fabbricato fosse stato fondato a quota più bassa si poteva procedere solo a variazione in diminuzione della quota di fondazione dell'edificio.

Appare veramente singolare, e comunque non plausibile sul piano degli oneri economici e costruttivi, che su un terreno asseritamente non in grado di supportare un certo carico statico, l'impresa sia andata a prevedere un ulteriore consistente incremento dell'edificio con la realizzazione di un ulteriore piano, quando semmai si sarebbe dovuto alleggerirlo.

La pretesa necessità geo-statica non giustificava la creazione di un nuovo piano anche perché il progetto originario del 2000 era comunque successivo alla prima relazione geologica del 1995 e quindi tale situazione era ben nota alla società fin dall'inizio.

Il primo ed il quarto motivo non meritano dunque alcuna adesione perché, al di là delle differenti conclusioni delle parti sulle differenze tra le quote di progetto e sull'esistenza, o meno, del preteso spessore di terreno friabile, appare risolvante ai fini del decidere la circostanza che, con la realizzazione in variante di un muro di contenimento di m. 5 a fronte dei m.2,50 autorizzati e di un piano interrato alto m. 2, 20 e di un ampio locale non previsto nel progetto, l'appellante abbia realizzato una maggiore superficie utile lorda in violazione delle disposizioni di cui all'art. 8 della NTA del Comune di Scanno.

In conseguenza, del tutto inconsistente è il secondo motivo in quanto, se non vi sono dubbi della difformità dello sbancamento rispetto alle quote originarie previste in progetto, si deve comunque rilevare che non appaiono affatto credibili gli ulteriori elementi allegati dell'appellante per giustificare il suo operato.

E' innanzitutto singolare anche la modalità di realizzazione dell'intervento. Ad esempio normalmente, per un migliore compattamento dei materiali utilizzati, il riempimento dei vespai interrati e delle fondazioni avviene sempre prima della gettata dei plinti e dei relativi solai e non dopo.

Inoltre il nuovo piano parzialmente interrato -- che "assomiglia" molto ad un'autorimessa -- nelle foto più recenti ha la sua entrata solo parzialmente coperta di terriccio (mentre il lato superiore sinistro lascia intravedere il vuoto). In questo quadro appare irragionevole anche:

-- la creazione di un ampio accesso: singolarmente realizzato sul lato più stretto e non sul fronte, come sarebbe forse stato forse più logico se fossero state veritiere le asserite esigenze di riempimento;

-- la realizzazione di 4 grandi finestre rettangolari: le relative dimensioni sono difficilmente compatibili con l'asserita natura di aperture temporanee o di prese d'aria per il ricambio del "vespaio" affermata dall'appellante (mentre appaiono sufficienti per arieggiare, ad esempio, una rimessa di auto);

-- l'apposizione dell'infisso ad una delle finestre: al riguardo nulla dice l'appellante per giustificarne la presenza.

Anche l'apposizione a livello dell'estradosso del pozzetto e delle tubature di raccolta delle acque provenienti dai piani superiori sarebbe del tutto compatibile con la destinazione ad autorimessa (bastando a tal proposito l'apposizione di una griglia di protezione).

Contrariamente a quanto afferma l'appellante con il quarto motivo, dall'esame delle diverse perizie, dalle relazioni tecniche e dai relativi chiarimenti, ma soprattutto dalle fotografie dello stato dei luoghi emerge la correttezza della decisione del TAR e la legittimità dei provvedimenti impugnati in quanto le strutture di fondazione, realizzate ed oggetto di variante prima e di DIA poi. *“per le loro caratteristiche costruttive configurano la realizzazione di un vero e proprio livello che risulta in netto contrasto con l'articolo 8 delle NTA e con la scheda d'ambito”*.

In ragione della difformità delle opere realizzate rispetto al progetto approvato ed alle norme di attuazione sono del tutto inconferenti:

-- la circostanza che il Comune non abbia fatto alcuna osservazione sul progetto depositato presso il Genio Civile in sede di concessione n. 42/2000: anche se fosse vero che questo prevedeva delle fondazioni superiori a 1,80 m., la relativa realizzazione restava comunque inibita dall'art. 8 delle NTA, che, come ricordato, non poteva essere derogata nemmeno dal Comune stesso;

- i pretesi favoritismi del Comune in casi simili: anche se tale circostanza fosse vera non avrebbe comunque potuto legittimare le opere abusivamente realizzate dell'Alfa nel caso in esame.

Tutti i motivi vanno dunque rigettati.

___3.§ Deve poi essere respinto il terzo motivo con cui si lamenta che il responsabile del procedimento, avvedendosi dei suoi limiti di competenza in materia di cemento armato ai sensi dell'articolo 64 del d.p.r. n. 380/2001, non

avrebbe risposto sul quesito posto dal Tar in primo grado relativo alla necessità, o meno, della realizzazione delle fondazioni ad una maggiore profondità. Comunque nell'istruttoria avrebbe travalicato le proprie competenze professionali.

L'assunto è inconferente oltre che infondato.

E' inconferente per l'assorbimento della rilevata violazione dell'art. 8 delle NTA di cui al punto che precede.

E' comunque infondato in quanto, proprio la mancata risposta del geometra responsabile del servizio sul quesito del TAR, esclude una violazione norme sulla competenza tecnico professionale.

Per ciò che concerne l'istruttoria sulle richieste dell'appellante, i provvedimenti sono stati tutti adottati su conforme parere della Commissione edilizia comunale nella quale siedono due ingegneri e due architetti.

Quanto all'attività di vigilanza e controllo del territorio del geometra quale capo servizio di un ufficio tecnico comunale e responsabile del procedimento: non si tratta affatto di esercizio di competenze tecniche esclusivamente per legge riservate ai competenti professionisti (come ad esempio le progettazioni di opere in cemento armato), ma attività amministrativa specificamente prevista dall'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001. Nella sostanza delle cose, inoltre, le valutazioni tecnico-amministrative sul caso sono state peraltro confermate anche dall'Ing. Di Iorio nella sua relazione del 14.3.2007.

___ 4.§. Infine del tutto infondata appare la deduzione per cui l'amministrazione avrebbe violato l'articolo 97 della Costituzione che impone alla P.A. un'organizzazione idonea ad assicurare l'imparzialità rispetto alle pretese del privato affidando l'istruttoria allo stesso responsabile del procedimento.

Certamente in linea generale (fatta salva la materia degli appalti per l'espressa previsione di cui al 7° comma del d.lgs. n.163/2006 e smi), l'istituto dell'astensione obbligatoria, in quanto comunque riconducibile al principio generale di cui all'art.

97 Cost., trova applicazione indipendentemente da un'espressa previsione normativa qualunque sia l'attività di uno specifico organo amministrativo e la sua natura individuale o collegiale, di amministrazione attiva, di controllo o consultiva, nelle ipotesi riconducibili all'art. 51 c.p.c. .

Ciò che rileva ai fini della violazione del principio di imparzialità è la sussistenza di una situazione -- anche solo potenziale-- di possibile conflitto di interessi, per cui deve presumersi che, in tal caso, chi agisce non possa assicurare la necessaria serenità e imparzialità.

In applicazione dei principi di buon andamento e di non contraddittorietà dell'azione amministrativa deve dunque concludersi che, al di fuori delle cause di incompatibilità riconducibili ad una delle situazioni previste dal ricordato art. 51 c.p.c. per cui ogni agente pubblico, direttamente od indirettamente, comunque interessato o contrario al provvedimento deve necessariamente astenersi dal partecipare alla formazione dello stesso, non può essere configurato nell'ambito del procedimento amministrativo un generalizzato dovere di astensione del responsabile di un settore solo perché egli si sia in precedenza già espresso sulla fattispecie.

Nel caso in esame dunque non essendo stato allegato alcun concreto elemento di incompatibilità nei sensi di cui sopra, si deve escludere che il responsabile dell'istruttoria e del provvedimento avesse il dovere di astenersi e che in concreto non abbia assicurato le necessarie garanzie di indipendenza e terzietà.

___ 5.§. In conclusione la sentenza qui impugnata deve essere integralmente confermata.

L'appello è dunque infondato e deve essere respinto

Le spese, secondo le regole generali, seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando:

___1. respinge l'appello, come in epigrafe proposto e per l'effetto conferma la sentenza impugnata;

___2. condanna la società ALFA Costruzioni s.r.l. al pagamento delle spese del presente giudizio che vengono liquidate in € 3.000,00 oltre a d IVA e CPA a favore del Comune di Scanno.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozzi, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/03/2013

IL SEGRETARIO

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