

**Civile Ord. Sez. 2 Num. 18499 Anno 2020**

**Presidente: ORICCHIO ANTONIO**

**Relatore: DE MARZO GIUSEPPE**

**Data pubblicazione: 04/09/2020**

**ORDINANZA**

sul ricorso 18193-2016 proposto da:

FAI GIUSEPPE, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA  
PORTUENSE,104, presso la sig.ra ANTONIA DE ANGELIS,  
rappresentato e difeso dall'avvocato CARLO CASTELLI;

**- ricorrente -**

**contro**

MATZEU ANGELO,RASSET FERNANDA rappresentati e difesi  
dall'avvocato LICINIO MASTINO;

**- controricorrenti -**

avverso la sentenza n. 710/2015 della CORTE D'APPELLO di  
CAGLIARI, depositata il 11/11/2015;

udita la relazione della causa svolta nella camera di

2020

620

DR

consiglio del 20/02/2020 dal Consigliere GIUSEPPE DE  
MARZO.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized initial 'G' followed by a checkmark-like flourish.

## FATTI DI CAUSA

**1.** Con sentenza depositata in data 11 novembre 2015 la Corte d'appello di Cagliari, pronunciando sull'impugnazione proposta da Angelo Matzeu e Fernanda Rasset: a) ha "disposto lo stralcio della posizione" della seconda, parte non presente nel giudizio di primo grado; b) ha rigettato la domanda proposta nei confronti del Matzeu da Giuseppe Fai, il quale aveva chiesto la condanna del primo alla demolizione del fabbricato, posto a distanza inferiore da quella legale, e al risarcimento del danno.

**2.** Per quanto ancora rileva, la Corte territoriale ha osservato: a) che, dopo l'annullamento giurisdizionale della concessione edilizia n. 54 del 1990, rilasciata per l'edificazione di una casa di civile abitazione in favore del Matzeu, e della successiva concessione n. 86 del 1992, per le modifiche in corso d'opera, il Comune di San Antioco aveva emesso due nuove concessioni edilizie, la n. 8 e n. 9 del 25 gennaio 1995, relative alle medesime opere; b) che anche queste ultime concessioni erano state annullate dal Tar Sardegna, in ragione dell'incompetenza del sindaco a provvedere al rilascio di titoli concernenti immobili realizzati in violazione delle distanze minime tra fabbricati di cui al regolamento edilizio; c) che, attesa l'inerzia dell'Amministrazione, a seguito di giudizio di ottemperanza, il nominato commissario *ad acta*, con un primo provvedimento del 12 febbraio 2009, aveva rilevato che la distanza del fabbricato del Matzeu non rispettava il limite dei dieci metri prescritti dalle norme di attuazione vigenti dalla parete finestrata del fabbricato ubicata posteriormente e non rispettava, altresì, la distanza da un confine laterale prevista dalla medesime norme di attuazione, con la conseguenza che si rendeva necessario provvedere al rilascio di una concessione in deroga e disporre «la riduzione delle distanze tra edifici nonché quella dal confine...»; d) che, pertanto,

9

successivamente al deposito della sentenza di primo grado, era stata rilasciata concessione edilizia in deroga n. 28 del 2009, destinata ad esplicare i suoi effetti anche nei rapporti tra privati e contestabile soltanto dinanzi al giudice amministrativo.

**3.** Avverso tale sentenza il Fai ha proposto ricorso per cassazione affidato a due motivi, cui hanno resistito con controricorso il Matzeu e la Rasset. Il ricorrente ha depositato memoria, ai sensi dell'art. 380-*bis*.1, cod. proc. civ.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

**1.** Con il primo motivo si lamenta, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., violazione dell'art. 13 della l. 28 febbraio 1985, n. 47 (oggi, art. 36 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380), dell'art. 16 della l. r. Sardegna 11 ottobre 1985, n. 23 e dell'art. 41-*quater* della l. 17 agosto 1942, n. 1150 (oggi, art. 14 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380). Il ricorrente, in particolare, contesta che possa essere legittimamente rilasciata, in data posteriore alla edificazione di un fabbricato, una concessione in deroga alle norme in materia di distanze, con efficacia anche nei rapporti tra privati.

**2.** Con il secondo motivo si lamenta, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., violazione degli artt. 4 e 5 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, con riguardo alla ritenuta impossibilità, da parte del giudice ordinario, di sindacare la legittimità delle concessioni edilizie in deroga e sanatoria.

**3.** La stretta connessione tra i due motivi ne rende opportuna la trattazione congiunta.

Logicamente preliminare è l'esame del secondo motivo che attiene alla portata dei poteri del giudice ordinario dinanzi al quale il proprietario contesti la legittimità della concessione in deroga suscettibile di pregiudicare i suoi diritti.

9

La doglianza è fondata.

Secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, le controversie tra proprietari, relative alla violazione delle distanze legali tra le costruzioni o rispetto ai confini, appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di cause tra privati, anche quando la violazione denunciata riguardi una costruzione realizzata in conformità ad una concessione edilizia (eventualmente) illegittima, potendo il giudice ordinario, cui spetta la giurisdizione vertendosi in tema di violazione di diritti soggettivi, accertare incidentalmente tale illegittimità e disapplicare l'atto (v., ad es., Cass., Sez. Un., 19 novembre 2011, n. 21578; proprio con riguardo alla concessione in deroga, si veda Cass., Sez. Un., 15 luglio 1987, n. 6186, secondo la quale nella controversia fra privati, proprietari di fondi finitimi, in tema di osservanza delle distanze fra costruzioni, la insorgenza di questione circa la legittimità di licenza edilizia, rilasciata dal sindaco "in deroga", non incide sulla giurisdizione del giudice ordinario, implicando un sindacato incidentale sull'atto amministrativo, al solo fine della sua eventuale disapplicazione, in quanto lesivo delle posizioni di diritto soggettivo dedotte in causa).

Escluso, pertanto, che, a fronte di una concessione in deroga, il privato disponga soltanto – secondo quanto ritenuto della Corte territoriale – del rimedio impugnatorio dinanzi al giudice amministrativo, si tratta ora di esaminare il primo motivo.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, la concessione in deroga disciplinata dall'art. 41-*quater* l. urb., introdotto dall'art. 3 della l. 21 dicembre 1955, n. 1357 e poi modificato dall'art. 16 legge 6 agosto 1967, n. 765 (*I poteri di deroga previsti da norme di piano regolatore e di regolamento edilizio possono essere esercitati limitatamente ai casi di edifici ed impianti pubblici o di interesse pubblico e sempre con*

*l'osservanza dell'art. 3 della l. 21 dicembre 1955, n. 1357. L'autorizzazione è accordata dal Sindaco previa deliberazione del Consiglio comunale), in quanto espressione di un potere previsto entro rigorosi limiti dalle stesse norme da derogare, esplica i suoi effetti anche nei rapporti fra privati, a differenza della concessione in sanatoria (cosiddetto condono edilizio) di cui agli artt. 31 e seg. della l. 28 febbraio 1985 n. 47, che non comporta alcuna deroga alla vigente normativa urbanistico-edilizia, limitandosi a disciplinare la regolarizzazione delle opere dal punto di vista amministrativo, penale e fiscale per fini di interesse generale con la conseguenza che, nelle controversie tra privati, la sanatoria, siccome inerente al solo rapporto pubblicistico fra P.A. e costruttore, non spiega alcuna influenza e colui che sia stato in qualsiasi modo pregiudicato dall'opera illegittima anche se poi sanata, conserva inalterato il proprio diritto al risarcimento del danno e, ove le norme violate siano integrative di quelle codicistiche sulle distanze, anche il diritto alla riduzione in pristino (Cass. 16 maggio 1991, n. 5472; Cass. 11 marzo 1993, n. 2948; v., anche Cass. 23 maggio 1994, n. 5023).*

Analoghe conclusioni valgono anche per il permesso in sanatoria di cui all'art. 14 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, che, peraltro, si caratterizza anche per la puntualizzazione, secondo la quale la deroga, nel rispetto delle norme igieniche, sanitarie e di sicurezza, può riguardare esclusivamente i limiti di densità edilizia, di altezza e di distanza tra i fabbricati di cui alle norme di attuazione degli strumenti urbanistici generali ed esecutivi, nonché, nei casi di cui al comma 1-*bis*, le destinazioni d'uso, fermo restando in ogni caso il rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 7, 8 e 9 del decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444 (terzo comma).

Ciò chiarito, in linea generale, ritiene il Collegio che il potere derogatorio riconosciuto dalle norme sopra indicate, in quanto destinato ad incidere, sia pure con riferimento ad un caso specifico, sull'applicabilità della disciplina programmatoria debba necessariamente precedere la realizzazione dell'intervento e non possa indirettamente conseguire un effetto di sanatoria dell'illecito urbanistico.

Negli stessi termini si è espressa anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha rilevato come la facoltà di derogare alle vigenti disposizioni urbanistiche può essere esercitata dal sindaco, esclusivamente nei casi previsti dalla legge e solo in via preventiva, al momento, cioè, del rilascio del titolo edilizio; tale facoltà non può essere esercitata *ex post* per una costruzione; in ipotesi di costruzioni, realizzate in difformità dalle vigenti prescrizioni urbanistico-edilizie, può unicamente farsi ricorso (a parte la normativa sul c.d. condono) all'art. 13 l. 28 febbraio 1985 n. 47 (ora art. 36 t.u. edilizia) essendo esclusa, nel vigente ordinamento, l'esistenza di poteri di sanatoria in deroga (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2004, n. 5622).

Tale conclusione è giustificata, innanzi tutto, dal rilievo per il quale il potere derogatorio del quale si discute ha carattere eccezionale e va inteso in termini restrittivi, come puntualizza da tempo la giurisprudenza amministrativa (v., ad es., Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2006, n. 46; Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 2004, n. 4759; Cons. Stato, sez. VI, 7 agosto 2003, n. 4568; Cons. Stato, sez. IV, 1 ottobre 1997, n. 1057).

Essa, inoltre, è coerente con la necessità di proteggere l'affidamento del privato (peraltro, nel caso di specie, la concessione in deroga è intervenuta dopo due annullamenti giurisdizionali dei titoli abilitativi e

nel corso del processo) e con il carattere necessariamente preventivo del procedimento che conduce al rilascio del titolo abilitativo.

Le ipotesi di intervento sanante *a posteriori* sono caratterizzate, invece, da distinti ed autonomi presupposti procedurali e sostanziali e richiedono, per es., il requisito della cd. doppia conformità, nel senso che il permesso può essere rilasciato solo se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda (si veda, nel regime oggi vigente, l'art. 36, primo comma, d.P.R. n. 380 del 2001; in precedenza, si veda l'art. 13, della l. 28 febbraio 1985, n. 47).

È dunque per ragioni oggettive, legate alla struttura dell'istituto in esame che si deve escludere in radice la possibilità di emettere provvedimenti in deroga con riguardo a costruzioni già realizzate, senza che, in contrario, rilevi la consapevolezza o non, da parte della p.a., dell'esistenza della difformità dell'intervento rispetto alle prescrizioni urbanistiche (v. in quest'ultimo senso, Cass. 18 gennaio 1983, n. 461).

**4.** In conclusione, la sentenza impugnata va annullata con rinvio alla Corte d'appello di Cagliari in diversa composizione, la quale si atterrà ai seguenti principi di diritto: a) «in tema di violazione delle distanze legali, ove sorga questione circa la legittimità di una concessione rilasciata in deroga alla relativa disciplina dettata dallo strumento urbanistico, il giudice ordinario deve esercitare un sindacato incidentale sull'atto amministrativo, al solo fine della sua eventuale disapplicazione»; b) «la concessione cd. in deroga non può essere rilasciata con funzione sanante rispetto a interventi già realizzati».

La medesima Corte provvederà anche alla regolamentazione delle spese del giudizio di legittimità.



**PQM**

Accoglie il ricorso; in relazione al disposto accoglimento, cassa la sentenza impugnata e rinvia ad altra sezione della Corte d'appello di Cagliari, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, il 20/02/2020

Il Presidente

