

## **TI\_GERICHTE 52.2011.147 vom 31. Mai 2012**

TI Tribunale d'appello, 2012-05-31, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_52.2011.147](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2011.147)

FR: TI\_GERICHTE 52.2011.147 du 31 mai 2012

IT: TI\_GERICHTE 52.2011.147 del 31 maggio 2012

### **Regeste**

Ordine di demolizione

### **Erwägungen**

#### **E. 45**

della legge edilizia cantonale del 13 marzo 1991 (LE; RL 7.1.2.1). Certa è la legittimazione attiva del ricorrente, direttamente e personalmente toccato dal provvedimento impugnato (art. 43 della legge di procedura per le cause amministrative del 19 aprile 1966; LPamm; RL 3.3.1.1). Il ricorso, tempestivo (art. 46 cpv. 1 LPamm), è dunque ricevibile in ordine e può essere evaso sulla base degli atti (art. 18 cpv. 1 LPamm). 2. Da respingere è innanzi tutto la censura riferita alla violazione del diritto di essere sentito sollevata dal ricorrente. Anche se non ha avuto modo di esprimersi prima che il municipio rendesse il provvedimento di ripristino, la violazione del diritto di essere sentito è stata comunque sanata dinnanzi al Governo - autorità che dispone dello stesso potere di esame di quella decidente (cfr. DTF 129 I 129 consid. 2.2.3 con rinvii; STF 8C.321/2009 del 9 settembre 2009 pubbl. in RtiD I-2010 n. 31 consid. 2.3) - dove il ricorrente ha potuto proporre tutte le proprie censure con un'articolata impugnativa. All'insorgente non ne è derivato un particolare pregiudizio. A seguito della decisione 22 marzo 2006 del municipio, sfociata nei giudizi 23 gennaio 2008 del Consiglio di Stato e 16 maggio 2008 del Tribunale cantonale amministrativo, il ricorrente doveva peraltro attendersi che l'ente comunale avrebbe emanato nei suoi confronti un provvedimento di ripristino per gli interventi realizzati senza permesso. 3. 3.1. Giusta l'art. 43 LE, il municipio ordina la demolizione o la rettifica delle opere eseguite in contrasto insanabile con il diritto edilizio materiale concretamente applicabile, tranne nel caso in cui le differenze siano minime e senza importanza per l'interesse pubblico; se la misura del ripristino risulta sproporzionata o impossibile, il municipio irroga una sanzione pecuniaria, il cui ammontare sia superiore di almeno un quarto al vantaggio di natura economica che può derivare al proprietario dell'opera dall'abuso commesso (art. 44 LE). Il principio della legalità e quello di uguaglianza esigono che le costruzioni realizzate senza autorizzazione, in contrasto con il diritto materiale, siano per principio fatte rettificare o demolire; ammettere il contrario significherebbe premiare l'inosservanza della legge, favorire la sua violazione e far sorgere l'impressione che l'autorità non sia in grado o non voglia esigerne il rispetto (Adelio Scolari, Commentario, II. ed., Cadenazzo 1996, ad art. 43 LE, n. 1277). L'ordine di demolire un'opera edificata senza permesso e per la quale un'autorizzazione non può essere rilasciata non è di regola contrario al principio di proporzionalità; si può prescindere dal provvedimento di ripristino quando l'opera eseguita diverge solo in modo irrilevante da quanto autorizzato, quando la demolizione non persegue scopi d'interesse pubblico, oppure se il proprietario poteva ritenere in buona fede che la costruzione fosse lecita e al mantenimento dello stato di fatto

non ostino importanti interessi pubblici (STF 1C.514/2008 del 2 febbraio 2009 consid. 3.1; DTF 111 Ib 213 consid. 6). La proporzionalità dell'ordine di demolizione impartito va infine verificata comparando, da un lato, gli oneri che il ripristino della situazione conforme al diritto comporta per l'astretto e, d'altro lato, i vantaggi che ne deriverebbero per l'interesse pubblico e per quello dei vicini (cfr. fra le tante, STA 52.2008.219 del 7 gennaio 2009, consid. 5).

3.2. Di regola, l'autorità che ha accertato la violazione materiale di un'opera edilizia nell'ambito di un procedimento sfociato in un diniego del permesso cresciuto in giudicato non è tenuta a riesaminare la legalità dell'opera nell'ambito della procedura di demolizione. La decisione è di principio vincolante (cfr. anche BVR 1994 pag. 431 consid. 2; Magdalena Ruoss Fierz, *Massnahmen gegen illegales Bauen unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts*, Zurigo 1999, pag. 111 e segg.). Questo principio trova tuttavia un'eccezione quando siano fatte valere modifiche di fatto o di diritto rilevanti, suscettibili - con buona probabilità - di legalizzare l'opera mediante l'inoltro di un'istanza di riesame rispettivamente l'avvio di una nuova procedura volta al rilascio del permesso (cfr. STF 1A.178/1992 del 15 ottobre 1993 in ZBl 95/1994 pag. 81 segg., consid. 2f; cfr. Ruoss Fierz, op. cit., pag. 114; BVR 1994 pag. 431 segg., consid. 3; cfr. anche sul diritto al riesame delle decisioni: STA 52.2010.91 del 13 agosto 2010, consid. 2.3-2.6). Dal profilo del principio della proporzionalità, in questi casi si giustifica la sospensione della procedura di demolizione. Un'analoga riflessione s'impone anche nel caso in cui sia probabile che una modifica del diritto in corso possa condurre alla legalizzazione dell'opera abusiva. Una temporanea rinuncia alla demolizione è tuttavia giustificata unicamente quando la modifica del diritto appare piuttosto certa e imminente; la valutazione dipende dalle circostanze del caso concreto (cfr. STA del 21 agosto 1983 in re H. consid. 5; VB.2008.444 del 18 dicembre 2008 consid. 4.3 in BEZ 2009, n. 3; cfr. anche Scolari, op. cit., ad art. 43 n. 1283; Ruoss Fierz, op. cit., pag. 165; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, *Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, Kommentar*, vol. I, Berna 2007, ad art. 46, 9c n. c).

4. Nel caso concreto, il controverso provvedimento, confermato dal Governo, ha in sostanza per oggetto due misure di ripristino: - la riduzione delle aperture (porte-finestre) al piano seminterrato dell'edificio, in corrispondenza dell'archivio/deposito e del servizio, alle dimensioni [m 1.00 (L) x 0.80 (h)] emendate dal Consiglio di Stato; - l'innalzamento di m 1.00 del terreno antistante, conformemente ai piani allegati dal municipio (che si riallacciano alle quote approvate originariamente).

4.1. Nella misura in cui impone la riduzione delle aperture, il provvedimento, così come rettificato dal Governo, merita conferma. La violazione materiale, riconducibile a considerazioni che attengono al sorpasso dell'indice di sfruttamento massimo, è infatti già stata accertata nell'ambito della procedura di rilascio del permesso 22 marzo 2006, sfociata nei giudizi 23 gennaio 2008 del Consiglio di Stato e 16 maggio 2008 (n. 52.2008.74) di questo Tribunale di cui si è detto in narrativa. Il 24 gennaio 2005 il ricorrente aveva infatti ottenuto il permesso di realizzare un locale ad uso hobby, dotato di quattro finestre di m 1.00 x 0.80. Locale, che in sede di rilascio della licenza edilizia, il municipio non aveva - per errore - conteggiato nella superficie utile lorda. Nell'ambito della successiva procedura, scaturita dalla domanda con cui il ricorrente chiedeva di trasformare il citato locale in archivio/deposito, il Consiglio di Stato ha annullato la condizione (n. 3.5) della licenza edilizia 22 marzo 2006 che imponeva di privare l'archivio di riscaldamento e di eliminare il locale wc/doccia. Giudizio, che questo Tribunale ha confermato rilevando in particolare come il municipio non potesse tentare di porre rimedio al suddetto errore esigendo che il locale, trasformato in deposito/archivio, non venga allacciato all'impianto di riscaldamento. La licenza originaria non impediva affatto di

riscaldare il locale hobby (...). Stando così le cose, ha aggiunto questa Corte, il municipio non può pretendere che il locale, ora escluso dalla SUL in considerazione della sua nuova destinazione ad archivio/deposito, ovvero a cantina, non venga allacciato al riscaldamento. Per impedire che il locale archivio/deposito diventi un comodo soggiorno con accesso diretto al giardino antistante, ha concluso, l'autorità comunale deve limitarsi ad esigere che il terreno sistemato venga ripristinato come al progetto inizialmente approvato e che le dimensioni delle quattro aperture del locale vengano ridotte a m 1.00 x 0.80, come previsto sia dai piani approvati con la prima licenza, sia da quelli allegati alla variante qui in discussione (STA citata, consid. 3). Ferme queste premesse, immune da critiche è dunque il provve-dimento, tutelato dal Governo, con cui il municipio ha imposto in particolare il ripristino delle finestre nelle dimensioni originariamente autorizzate. Un ampliamento delle aperture [m 1.00 (L) x 2.00 (h)] non solo non è mai stato autorizzato, ma non potrebbe neppure esserlo. A prescindere dalla sistemazione del terreno antistante - che richiama considerazioni che attengono al rispetto dell'altezza massima dell'edificio (cfr. infra consid. 4.2) - inammissibile è infatti l'ulteriore trasformazione dell' archivio/deposito in un locale che - dal profilo della destinazione oggettivamente possibile - si presta ad essere utilizzato come un comodo soggiorno o studio con accesso diretto al giardino antistante, ponendosi in contrasto con l'indice di sfruttamento massimo, già superato. Un simile locale con porte-finestre è inoltre comunque diverso dal locale hobby seminterrato, dotato di aperture più contenute, che il municipio ha erroneamente autorizzato con il primo progetto. Aperture più estese (porte-finestre) non possono essere ammesse poiché porterebbero a consolidare il contrasto con l'indice di sfruttamento, alla base del permesso erroneamente rilasciato in spregio alle norme di piano regolatore. Analoga riflessione vale per il vano WC/doccia. Sorretto chiaramente da un interesse pubblico, il provvedimento risulta inoltre conforme al principio della proporzionalità. Non presta particolari inconvenienti dal profilo tecnico. Neppure il ricorrente lo pretende. Trascurabile è inoltre l'onere finanziario, considerato oltretutto che l'insorgente ha posto l'autorità di fronte al fatto compiuto. 4.2. Una diversa riflessione s'impone invece per il controverso ordine di sistemare il terreno antistante i locali di cui si è appena detto, innalzandolo di m 1.00 conformemente alle quote approvate con il primo progetto. 4.2.1. Quest'ultimo provvedimento richiama la disattenzione dell'altezza massima (m 7.50) della costruzione in corrispondenza delle facciate sud-est (cfr. piani allegati alla decisione municipale, vista da sud-est , vista da sud-ovest ) prescritta nella zona di situazione (cfr. art. 39 NAPR). Su questo fronte, l'edificio è alto sino a m 8.50 dal terreno sistemato, supera dunque di ca. 1.00 m la quota precedentemente autorizzata. Violazione materiale che è stata accertata nell'ambito della procedura edilizia sfociata nelle condizioni (3.3 e 3.4) del permesso 22 marzo 2006, confermate rispettivamente precisate dal Governo con decisione 23 gennaio 2008, e che, di principio, non può essere rimessa in discussione. 4.2.2. Certo l'interesse pubblico sotteso al rispetto delle altezze massime, dal profilo della proporzionalità è invece da condividere la censura del ricorrente riferita alla norma sugli abbuoni delle altezze, che il Consiglio di Stato ha imposto al comune di adottare. Nella zona di situazione (R2), come detto, le altezze sono attualmente disciplinate dall'art. 39 NAPR. Nell'ambito della revisione del piano regolatore, il Consiglio di Stato aveva ordinato al comune di Morcote di elaborare una variante che includesse questa norma (relativa alla zona R2), unitamente agli art. 40 e 41 NAPR (zona R2s e R3), nel senso di concedere una maggiorazione dell'altezza massima degli edifici in presenza di terreni che superano una determinata pendenza (ris. gov. n. 570 del 5 febbraio 2002, pag. 47) . Per il Governo l'ingiunzione scaturiva da riflessioni di inserimento paesaggistico delle

edificazioni in un comparto che interessa il territorio collinare, con terreni in pendenza. Riflessione che, già in sede di esame preliminare, aveva indotto il Dipartimento del territorio a suggerire al comune un aumento delle altezze massime degli edifici fino a m 9.00. Preso atto che il comune non aveva dato seguito all'ordine, nell'ambito dell'approvazione di alcune varianti di adeguamento del piano regolatore (ris. gov. n. 6698 del 23 dicembre 2008), il Consiglio di Stato ha ribadito e precisato la sua ingiunzione, respingendo le giustificazioni dell'ente locale (cfr. pag. 7, pag. 12 seg.). Ha dunque imposto al comune di convenientemente risolvere il tema dell'abbuono all'altezza massima degli edifici al fine di garantire un miglior inserimento paesaggistico delle costruzioni nei terreni collinari, allestendo, adottando e pubblicando una variante entro il termine di 18 mesi dalla crescita in giudicato della decisione (cfr. ris. gov. citata, ad n. 5.3 e n. 6, dispositivo ad punto 6). Su questo punto, la decisione è cresciuta in giudicato. Non è stata impugnata dal comune. L'impugnativa al Tribunale cantonale amministrativo di RI 1 con cui chiedeva di ridurre a 6 mesi il citato termine è invece stata dichiarata irricevibile, siccome tardiva (cfr. STA 90.2009.14 del 1° marzo 2010, pag. 5 seg., ad consid. L ed 1.2). Ferme queste premesse, certo è innanzi tutto che la norma sugli abbuoni sulle altezze che il comune si rifiuta di adottare in spregio alla risoluzione governativa 23 dicembre 2008, posteriore alla citata decisione 22 marzo 2006 del municipio, e a quelle susseguenti del Consiglio di Stato e del Tribunale cantonale amministrativo (23 gennaio e 16 maggio 2008), è suscettibile di influire sul provvedimento qui controverso. A torto il Governo, pur avendo imposto al comune di adeguare l'ordinamento delle altezze, non si è confrontato con questa circostanza invocata dall'insorgente. Per quanto emerge dagli atti, un abbuono sull'altezza dell'edificio in oggetto, situato su un terreno in pendio, è infatti senz'altro in grado di sanare o quanto meno attenuare la violazione dell'altezza massima (m 7.50). Nelle particolari circostanze del caso concreto, la modifica del diritto riferita alle disposizioni sulle altezze - chiara nel principio e persino nei suoi contenuti - deve essere ritenuta sufficientemente certa e imminente, ai fini di un temporaneo differimento dell'ordine di ripristino in discussione. Lo impone il chiaro tenore dell'ordine impartito dal Governo che, precisando la precedente impostazione, ha fissato un termine di 18 mesi per l'elaborazione, l'adozione e la pubblicazione di una specifica variante. Termine che è già decorso infruttuosamente, posto che il comune non vi ha ancora dato seguito. A prescindere dall'esito dell'istanza con cui RI 1 ha chiesto al Governo di intervenire d'ufficio sostituendosi al comune renitente (cfr. supra, consid. G), nelle singolari circostanze del caso concreto, appare contrario al principio della buona fede prevalersi del ritardo frapposto nell'adeguamento del diritto edilizio per ordinare un ripristino che il nuovo diritto, con buona probabilità, non permetterebbe di conseguire. Da questo profilo, il giudizio impugnato che conferma il provvedimento municipale non può dunque essere tutelato. 4.2.3. Da respingere è invece l'obiezione sollevata dal municipio, secondo cui, nell'ambito del principio di proporzionalità, si dovrebbe tener conto che l'edificio sarebbe in realtà molto più alto di m 8.50 poiché sulla sua altezza andrebbe conteggiato anche il muro situato più a valle, a confine con i viottoli sottostanti (\_\_\_\_\_). Muro che il municipio avrebbe per errore omissis di conteggiare in precedenza, in particolare quando ha autorizzato il suo innalzamento nel dicembre 2006. Questa circostanza è ininfluenza ai fini della presente vertenza; non si vede peraltro per quale motivo questo muro dovrebbe essere conteggiato sull'edificio. A questa categoria di manufatti non so-no in particolare applicabili i particolari criteri di misurazione dell'altezza sanciti dall'art. 40 cpv. 2 LE (cfr. RDAT II-1996 n. 35). 5. 5.1. Sulla base di tutte le considerazioni che precedono, il ricorso deve dunque essere parzialmente accolto. La

decisione impugnata è confermata nella misura in cui tutela l'ordine municipale, corredato dalle relative comminatorie (dispositivo ad 2, 3 e 4), di ridurre le aperture (porte-finestre) al piano cantina riformando il suo dispositivo n. 1.1 nel senso che le aperture dovranno avere la dimensione di cm 80 (altezza) x cm 100 (larghezza). Per il resto, la risoluzione del Governo, come pure quella municipale che ha per oggetto il ripristino del terreno, sono annullate e gli atti sono rinviati al municipio affinché si pronunci nuovamente dopo che sarà stato dato seguito all'ordine del Consiglio di Stato di adeguare l'ordinamento sulle altezze.

5.2. L'emanazione del presente giudizio rende superflua l'evasione della domanda di sospensione del 27 marzo 2012 del ricorrente. 5.3. Dato l'esisto, la tassa di giustizia (art. 28 LPamm) è posta a carico del ricorrente, proporzionalmente al suo grado di soccombenza. Il comune ne va esente essendo comparso in lite per esigenze di funzione e non per tutelare suoi interessi particolari. Le ripetibili (art. 31 LPamm), a valere per entrambe le istanze, sono compensate. Per questi motivi, dichiara e pronuncia: 1. Il ricorso è parzialmente accolto. §. Di conseguenza sono annullate: 1.1. la decisione 1° marzo 2011 del Consiglio di Stato (n. 1423), tranne nella misura in cui ha per oggetto l'ordine di ridurre le aperture (porte-finestre) al piano cantina, così come indicato al consid. 5.1; 1.2. la risoluzione 18 agosto 2009 del municipio di Morcote che ha per oggetto il ripristino del terreno (dispositivo ad 1.2). Gli atti sono rinviati al municipio affinché si pronunci nuovamente dopo che sarà stato dato seguito all'ordine del Consiglio di Stato di adeguare l'ordinamento sulle altezze. 2. La tassa di giustizia, di fr. 800.-, è posta a carico del ricorrente RI 1. Le ripetibili, a valere per entrambe le istanze, sono compensate. 3. Contro la presente decisione è dato ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale a Losanna entro il termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 82 segg. legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005; LTF; RS 173.110). 4. Intimazione a: Per il Tribunale cantonale amministrativo Il presidente

La segretaria

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.