

Consiglio di stato, sezione sesta, sentenza n. 5567 del 27 luglio 2021

Trasformazione edilizia – Autorizzazione della P.A. – No inerzia ma implicito assenso

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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1573 del 2021, proposto da,
rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da Pec da
Registri di Giustizia;

contro

.....in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati
....., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

....., rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio digitale come da
PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio in Bergamo,
via

per la riforma

della sentenza 7 febbraio 2021, n. 29 del Tribunale amministrativo regionale per la
Lombardia, sezione staccata di Brescia, Sezione Seconda.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di e di

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2021 il Cons. Vincenzo Lopilato.

L'udienza pubblica si è svolta ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e dell'art. 25 del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto dalla circolare del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa 13 marzo 2020, n. 6305.

FATTO e DIRITTO

1.- La sig. ra è proprietaria di un edificio residenziale con giardino pertinenziale, situato nelin via

L'area confinante è di proprietà del controinteressato che nel 2001 ha realizzato a sua volta un edificio residenziale e si era impegnato a demolire alcuni fabbricati accessori presenti nell'area al fine di reperire la volumetria necessaria, in quanto la costruzione dell'edificio residenziale aveva esaurito interamente la capacità edificatoria del fondo.

Il controinteressato non aveva provveduto a demolire tutti i fabbricati accessori, avendo mantenuto integri una tettoia e un ripostiglio, che sono così divenuti abusivi per superamento della volumetria disponibile.

Il controinteressato ha ottenuto, in relazione a tali manufatti, dapprima il condono edilizio (8 febbraio 2007) e poi un titolo edilizio per la demolizione e ricostruzione (21 marzo 2011).

Il Consiglio di Stato, con sentenza 9 marzo 2018, n. 1518, in riforma della sentenza del 5 settembre 2014, n. 985 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, ha accolto l'appello ed ha annullato i suddetti provvedimenti.

Il Comune, con ordinanza 13 dicembre 2018, n. 77, 4, ha ingiunto la demolizione, nel termine di novanti giorni, della tettoia e del ripostiglio ricostruiti.

Il controinteressato ha chiesto, in data 27 febbraio 2019, il rilascio di un permesso di costruire, al fine di: *i)* trasformare la tettoia, ai sensi dell'art. 48 del regolamento edilizio, in un pergolato destinato a ospitare pannelli fotovoltaici; *ii)* ricondurre il ripostiglio nei limiti di superficie dei depositi di attrezzi agricoli, ai sensi dell'art. 40 delle norme tecniche di attuazione della variante al piano generale territoriale in corso di approvazione.

Il Comune, con provvedimento del responsabile del servizio edilizia privata del 18 aprile 2019, ha respinto la domanda, rilevando che la nuova disciplina urbanistica non fosse ancora entrata in vigore.

In data 10 aprile 2019, il controinteressato ha iniziato la demolizione dei manufatti, lasciando però intatte alcune strutture.

Con comunicazione inizio lavori (Cila) depositata il 17 luglio 2019, più volte integrata fino al 7 novembre 2019, il controinteressato ha chiesto l'assenso per i medesimi interventi edilizi oggetto della domanda di permesso di costruire del 27 febbraio 2019.

Il Comune, con atto del responsabile del servizio edilizia privata del 18 novembre 2019, n. 17465 ha acquisito la Cila e ha prescritto il rispetto della distanza minima di cinque centimetri tra i pannelli fotovoltaici.

2.- La sig. ra: *i)* con diffida del 26 marzo 2019, ha invitato il Comune ad accertare l'inottemperanza del controinteressato all'ordine di demolizione del 13 dicembre 2018, con acquisizione del sedime al patrimonio comunale; *ii)* con diffida del 9 dicembre 2019, ha chiesto l'inibizione della Cila.

Il Comune, con note del responsabile del servizio edilizia privata del 6 dicembre 2019 e dell'8 gennaio 2020, ha escluso che si fosse verificato l'effetto acquisitivo della proprietà.

3.- La sig. Carrara ha proposto azione avverso il silenzio inadempimento innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, che, con sentenza 7 febbraio 2021, n. 29, ha ritenuto che non si fosse consumato alcun silenzio inadempimento, avendo l'amministrazione risposto alle diffide. Ritenendo, pertanto, che il giudizio fosse impugnatorio ha esaminato il merito e rigettato il ricorso.

4.- La ricorrente in primo grado ha proposto appello.

5.- Si è costituito in giudizio il Comune, rilevando, in via preliminare: *i)* la tardività dell'impugnazione, venendo in rilievo censure relative ad un provvedimento amministrativo; *ii)* l'inammissibilità dell'appello per carenza di interesse.

6.- In via preliminare, deve essere esaminata la seconda eccezione di rito del Comune, con la quale deduce la mancanza di legittimazione dell'appellante, la quale potrebbe soltanto proporre un'azione risarcitoria in ragione dell'asserita compromissione della visuale e della veduta panoramica ma non anche azione volta ad ottenere la demolizione degli asseriti abusi. Né, si aggiunge, potrebbe costituire titolo legittimante la cd. vicinitas e cioè il fatto che il fondo dell'appellante è confinante con quello della parte resistente, in quanto occorrerebbe sempre dimostrare che *«l'intervento contestato abbia capacità di propagarsi sino ad incidere negativamente sul fondo del ricorrente»*.

L'eccezione non è fondata.

La legittimazione ad agire presuppone che il ricorrente dimostri l'effettiva esistenza di una situazione giuridica qualificata e differenziata, non bastando, come è nel processo civile, l'astratta affermazione della titolarità della posizione soggettiva.

Qualificazione e differenziazione sono criteri normativi nel senso che deve essere la norma che regola il rapporto di diritto pubblico a qualificare, mediante differenziazione, l'interesse legittimo del privato.

Tale operazione in alcuni casi è espressamente compiuta dal legislatore, in altri casi, venendo in rilievo i diretti destinatari di provvedimenti amministrativi,

L'individuazione della situazione legittimante è agevole, in altri ancora, soprattutto quando ad agire sono terzi, è necessario ricostruire in via interpretativa i criteri legittimanti.

In particolare, con riferimento al settore degli abusi edilizi, la giurisprudenza amministrativa è costante nel fare riferimento al criterio della cd. *vicinitas*, ritenendo che il confinante sia, normalmente, titolare di un interesse legittimo all'adozione di determinati provvedimenti da parte dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 4 giugno 2013, n. 3055; Cons. Stato, sez. IV, 26 marzo 2013, n. 1693).

La giurisprudenza ha interpretato, pertanto, la norma che regola i rapporti di diritto pubblico in esame nel senso che, sia pure in modo non esplicito, essa riconosce una posizione legittimante ai terzi che si trovano in prossimità con l'area in cui sono stati realizzati gli abusi edilizi. Il che sarebbe sufficiente a dimostrare l'esistenza di una situazione giuridica di interesse legittimo qualificata e differenziata.

La questione relativa all'effettivo pregiudizio, posta dal Comune, attiene all'interesse ad agire, che, nella specie, l'appellante ha dimostrato facendo riferimento alla natura degli abusi e - come, del resto, afferma la stessa amministrazione - all'incidenza negativa sulla visuale.

5.- Con i primi due motivi l'appellante assume l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui non ha rilevato che il Comune avrebbe tenuto, rispetto alle due diffide sopra riportate, un comportamento inerte. Infatti: *i)* con nota del 18 novembre 2019, il Comune si sarebbe limitato a prendere atto della presentazione della Cila, che non richiederebbe, invero, alcuna presa atto producendo effetti diretti; *ii)* con note del 6 dicembre 2019 e dell'8 gennaio 2020, il Comune si sarebbe limitato ad escludere che si fosse verificato un effetto acquisitivo, senza prendere posizione in ordine alla qualificazione giuridica degli interventi.

I motivi non sono fondati.

Il silenzio dell'amministrazione per mancata repressione di abusi edilizi, anche a seguito di segnalazione di terzi, presuppone che l'amministrazione sia rimasta completamente inerte ovvero che abbia adottato atti soprassessori o interlocutori finalizzati ad eludere il dovere di procedere.

Nel caso in esame non si è realizzata alcuna delle situazioni sopra descritte.

Con atto n. 17465 del 2019, il Comune fa riferimento alla relazione di calcolo strutturale del tecnico di parte, si comunica che *«l'istanza di intende acquisita»* e si aggiungono *«prescrizioni particolari»* consistenti nel rispetto di *«una distanza minima di cinque centimetri tra i pannelli fotovoltaici»*.

Con nota del 6 dicembre 2019, il Comune risponde espressamente alla prima diffida, rilevando, da un lato, che la tettoia e il ripostiglio risultano demoliti e che risulta eseguito quanto disposto con l'ordinanza di demolizione n. 77 del 2018, dall'altro, che l'area in questione non è di proprietà comunale.

Con nota dell'8 gennaio 2020, il Comune risponde espressamente alla seconda diffida, ribadendo quanto già affermato con la nota del 6 dicembre 2019.

Alla luce di quanto esposto risulta chiaramente come il Comune abbia fornito una risposta alle denunce di mancato esercizio dei poteri pubblici di vigilanza e repressione degli abusi edilizi.

Le questioni, poste con l'atto di appello, relative al mancato riferimento alla qualificazione giuridica degli interventi, nonché all'esame di tutte le richieste prospettate negli atti di diffida, costituisce questione afferente, eventualmente, ad un asserito difetto di motivazione. Questo è, però, un aspetto che non può essere esaminato in questa sede ma deve essere oggetto di accertamento nel giudizio di annullamento che deve svolgersi in udienza pubblica.

In quella sede dovranno essere esaminate anche le eccezioni preliminari di rito svolte dal Comune nella memoria di costituzione.

6.- L'art. 32 cod. proc. amm. prevede che il giudice qualifica l'azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali e *«sussistendone i presupposti il giudice può sempre disporre la conversione delle azioni»*.

Nella fattispecie in esame, una volta rigettati i due motivi sopra riportati, deve essere disposta la conversione del rito da camera di consiglio ad udienza pubblica per la trattazione delle altre censure, che, per le ragioni esposte, sono relative ad un giudizio di annullamento. La suddetta conversione si impone, in particolare, per assicurare il rispetto delle regole del contraddittorio che devono essere osservate nei giudizi di impugnazione dei provvedimenti amministrativi.

In quella sede verrà anche esaminata l'eccezione di tardività del ricorso introduttivo del giudizio sollevata dal Comune.

7.- Le spese del giudizio di appello verranno determinata all'esito della pubblicazione della sentenza definitiva.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, non definitivamente pronunciando:

- a) rigetta i primi due motivi dell'atto di appello relativi all'azione avverso il silenzio;
- b) converte il rito da camera di consiglio in udienza pubblica, che si terrà il 20 gennaio 2022.
- c) le spese del giudizio verranno liquidate con la sentenza definitiva.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2021 con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO