

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO: Partecipazione al procedimento – Comunicazioni – Obbligatorietà della comunicazione di avvio del procedimento – Insussistenza.

Cons. Stato, Sez. VI, 24 settembre 2021, n. 6458

- in *Il Foro amm.*, 9, 2021, pag. 1296.

“[...] non vi è obbligo da parte del Comune ad inviare la comunicazione di avvio del procedimento a soggetti che avevano manifestato precedentemente la loro contrarietà al provvedimento in via di approvazione, potendo gli stessi comunque intervenire nel procedimento e in ogni caso impugnare l'eventuale provvedimento conclusivo [...]”.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza impugnata indicata in epigrafe il Tar Calabria ha respinto il ricorso principale e dichiarato inammissibile il ricorso per motivi aggiunti proposti dalla signora Francesca Capicotto per l'annullamento del permesso di costruire in sanatoria n. 104 del 2010 rilasciato dal comune di Sellia Marina al signor Antonio De Santis nonché dell'articolo 9.1 del regolamento edilizio e urbanistico del comune di Sellia Marina e della DIA presentata dallo stesso Antonio De Santis in data 14 maggio 2012.

L'appellante è proprietaria di un appartamento situato al terzo piano di un fabbricato confinante con il lato Nord dell'immobile del signor De Santis sul quale sono state effettuate le opere contestate.

Si tratta, in particolare, nella prospettazione dell'appellante, del cambio della destinazione del sottotetto con realizzazione di finestre e di una apertura all'altezza del sottotetto sul lato nord dell'edificio che si configurerebbe come una veduta illegittima posta ad una distanza inferiore a quella di legge stabilita dal decreto ministeriale n. 1444 del 1968 rispetto alle pareti finestrate e alle finestre dell'appartamento di proprietà della signora Capicotto.

In seguito all'esposto della stessa appellante la polizia municipale del comune di Sellia Marina ha svolto due sopralluoghi nei quali venivano riscontrate talune difformità rispetto ai titoli edilizi rilasciati (finestre aggiuntive e altezza dell'edificio superiore a quella autorizzata).

Con il permesso di costruire impugnato sarebbe stato sanato il cambio di destinazione d'uso del sottotetto con conseguenti effetti di carattere volumetrico, urbanistico e statico, nonché la realizzazione di nuove aperture sul lato prospiciente la proprietà dei signori Cannistrà e Di Francesco (con i quali veniva sottoscritto un accordo per la deroga alle distanze ai sensi dell'art 9.1 del regolamento comunale) e la modifica di altre aperture sullo stesso lato; negli elaborati

progettuali allegati all'istanza di sanatoria veniva rappresentata la suddivisione del sottotetto in più camere con la previsione delle nuove finestre e degli impianti funzionali all'abitabilità.

Nel corso del giudizio di primo grado il signor De Santis ha depositato una DIA presentata ai sensi dell'articolo 36 del d.p.r. 380 del 2001 (impugnata con ricorso per motivi aggiunti) nella quale venivano rappresentate ulteriori modifiche concernenti tra l'altro le finestre, la posizione e le dimensioni dei lucernai sul tetto.

Il Tar con ordinanza n. 1692 del 2014 ha disposto una CTU al fine di verificare la sussistenza delle violazioni della normativa urbanistico-edilizia contestate con riferimento al cambio di destinazione d'uso del sottotetto, agli effetti derivanti sul volume dell'edificio e sul carico statico, al rispetto delle altezze consentite, alla realizzazione delle finestre aggiuntive e alle distanze.

All'esito della CTU il primo giudice è pervenuto alla sentenza di rigetto del ricorso principale e di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti.

2. L'appello rileva l'erroneità della sentenza di primo grado deducendo tre articolati motivi di gravame concernenti la violazione delle norme sul procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241 del 1990, la violazione della normativa in materia edilizia ed urbanistica e l'eccesso di potere sotto plurimi profili, nonché la violazione delle norme processuali e la omessa pronuncia con riferimento alla dichiarazione di inammissibilità dei motivi aggiunti.

3. In data 28 luglio 2017 si è costituita in giudizio la signora Maria Giovanna De Santis, erede del signor Antonio De Santis.

La signora De Santis ha depositato una memoria in data 3 marzo 2020 e successivamente una memoria di replica. Memorie e memorie di replica sono state altresì presentate dall'appellante.

4. Con ordinanza n. 766 del 2021 la sezione ha accolto l'istanza istruttoria presentata dall'appellante in data 26 novembre 2020 disponendo una verifica sull'effettivo stato dei luoghi e in particolare sui seguenti punti: 1) realizzazione del cambio di destinazione d'uso del sottotetto ed eventuali effetti sul volume complessivo dell'immobile e sul carico statico; 2) rispetto dei limiti di altezza del fabbricato e del sottotetto; 3) realizzazione di finestre ed aperture in difformità rispetto alla normativa vigente anche con riferimento alle distanze.

Il verificatore ha depositato la relazione predisposta in adempimento all'incarico ricevuto in data 29 maggio 2021.

L'appellante ha chiesto il rinvio dell'esame con istanza del 3 giugno 2021. Successivamente, sono state depositate memorie e memorie di replica dalla signora De Santis e dalla stessa appellante.

5. Nell'udienza dell'8 luglio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Deve in primo luogo essere respinta l'istanza di rinvio avanzata dall'appellante e motivata dalla esiguità dei tempi a disposizione delle parti per la valutazione della relazione di verifica. L'ampio approfondimento delle questioni oggetto della causa sia in primo grado che in appello non giustifica un ulteriore rinvio della discussione. D'altra parte, l'appellante, che non ha insistito peraltro sulla richiesta di rinvio nelle note di udienza depositate il 7 luglio 2021, ha avuto modo di presentare in data 17 giugno 2021 un'ampia memoria di replica sulle conclusioni della verifica.

7. L'appello è parzialmente fondato nei sensi di seguito precisati.

8. Con il primo motivo l'appellante contesta l'affermazione del Tar secondo cui la mancata comunicazione di avvio del procedimento alla signora Capicotto non darebbe luogo alla illegittimità del provvedimento in quanto non sussisterebbero i presupposti, nella specie, della necessaria comunicazione consistenti nella interferenza dell'atto e nella agevole identificabilità della stessa quale controinteressata. Ad avviso dell'appellante, viceversa, il Comune era sicuramente a conoscenza dell'interesse della signora Capicotto, che aveva presentato un esposto all'amministrazione prima del rilascio del permesso di costruire in sanatoria n. 104. Con la sua partecipazione al procedimento l'appellante avrebbe potuto rappresentare gli effetti negativi prodotti dalle opere sanate, quali ad esempio gli eccessi di carichi urbanistici e pericoli statici e la realizzazione di aperture a distanza ravvicinata dal proprio appartamento.

8.1. Il motivo non è meritevole di accoglimento. A prescindere dalla identificabilità da parte dell'amministrazione della signora Capicotto come controinteressata, non vi è obbligo da parte del Comune ad inviare la comunicazione di avvio del procedimento a soggetti che avevano manifestato precedentemente la loro contrarietà al provvedimento in via di approvazione, potendo gli stessi comunque intervenire nel procedimento e in ogni caso impugnare l'eventuale provvedimento conclusivo (cfr. Cons. St., sez II, n. 1766/2020; id., sez. VI, n. 1718/2014).

9. Con il secondo motivo viene rilevata l'inadeguatezza e contraddittorietà delle relazioni depositate dal CTU anche alla luce di quanto precisato nelle perizie di parte e nella relazione di polizia giudiziaria del 6 dicembre 2010 stilata nell'ambito del procedimento penale avviato dalla Procura della Repubblica di Catanzaro. Oltre ad alcune carenze di metodo, viene evidenziato che le relazioni del CTU non affrontano la questione della verifica di eventuali violazioni alla normativa edilizia ed urbanistica ed in particolare del contrasto del permesso di costruire n. 104 con l'articolo 36 del d.p.r. n. 380 del 2001 con riferimento alla sussistenza della doppia conformità che non avrebbe potuto comunque essere riscontrata dato che i lavori precedentemente abilitati con la concessione edilizia n. 98 del 2001 non erano ancora stati completati. Analogamente, la DIA in sanatoria del 14

maggio 2012 sarebbe in contrasto con la disciplina urbanistica perché non idonea a sanare opere incidenti anche sul prospetto dell'edificio. Il CTU non avrebbe poi considerato il mancato rispetto delle distanze inderogabili di cui all'articolo 9 del decreto ministeriale n. 1444 del 1968 e il carattere abitativo assunto dal sottotetto, munito di molte finestre e di una porta-finestra ampliata attraverso la quale si accede al terrazzino con affaccio diretto sulla proprietà dell'appellante.

9.1. Viene rilevato inoltre che in violazione di quanto previsto dal piano regolatore del 2005 l'immobile, che avrebbe potuto avere al massimo due piani, è invece costituito da tre piani (dovendosi computare anche il piano terra) più il sottotetto. Quanto all'altezza dell'edificio, la misurazione contenuta nella relazione del CTU è contraddetta sia dalla relazione della polizia giudiziaria sia da quella di parte che hanno entrambe rilevato un'altezza superiore a quella consentita.

9.2. Sulle distanze l'appellante sottolinea che la violazione non riguarderebbe il regolamento edilizio comunale (che non consente la deroga alla distanza intercorrente tra pareti finestrate), ma l'articolo 9 del decreto ministeriale n. 1444 che salvaguarda imprescindibili esigenze igienico-sanitarie; ne deriverebbe l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui afferma che l'appellante non avrebbe interesse in materia in quanto le finestre sono prospicienti ad altra proprietà. Viene quindi ribadito che la porta-finestra che consente di fruire del terrazzino prospiciente all'appartamento Capicotto è stata modificata rispetto alla mera apertura preesistente autorizzata con la concessione edilizia n. 98 del 2001 non essendo pertanto rilevante la mancata impugnazione di tale provvedimento in questo giudizio; peraltro, le modifiche sarebbero intervenute quando la precedente concessione era già scaduta.

9.3. Con riferimento alla necessità di verificare la staticità dell'intero edificio, l'appellante afferma che il primo giudice avrebbe errato nel considerare esente da vizi logici la relazione del CTU, nella quale non vengono prese in considerazione la diversa esecuzione della falda prospiciente la strada comunale, per la quale sarebbe stato necessario uno specifico collaudo con presentazione di variante, e la realizzazione di due balconcini aggettanti per i quali sarebbero stati necessari calcoli statici; il CTU non avrebbe neanche provveduto a confrontare i calcoli strutturali relativi alla concessione del 2001 con la situazione verificata nel corso dei sopralluoghi.

9.4. Per quanto riguarda il sottotetto, viene contestato che non si sia prodotto attraverso le nuove aperture, le tramezzature interne e le abilitazioni per gli impianti un cambio di destinazione d'uso rispetto alla concessione del 2001 per la quale il locale avrebbe dovuto svolgere la funzione di mero ripostiglio composto di un unico vano illuminato da lucernari e di un terrazzino accessibile con un infisso minimale. Esso deve essere quindi, ad avviso dell'appellante, computato nel volume

complessivo dell'immobile non caratterizzandosi come locale tecnico; ciò vale anche per il seminterrato che dovrebbe essere considerato come un vero e proprio piano essendo peraltro irrilevante a questo fine che sia stato oggetto di un pregresso condono. Ne conseguirebbe un notevole eccesso rispetto alla volumetria massima.

10. Il motivo è parzialmente fondato.

10.1. Va premesso che, sebbene la mera allegazione della *vicinitas* (intesa come stabile collegamento materiale tra l'immobile del ricorrente e quello interessato dai lavori) risulta di per sé insufficiente a comprovare la legittimazione a ricorrere e l'interesse al ricorso, "*necessitando per contro la positiva dimostrazione di un pregiudizio che attinga colui che insorge in sede giudiziale*"(Cons. St., sez. II, n. 3440/2020), il pregiudizio della situazione soggettiva di soggetti terzi "*è ritenuto sussistente in re ipsa per gli abusi edilizi, in quanto ogni edificazione abusiva incide se non sulla visuale, quantomeno sull'equilibrio urbanistico del contesto e l'armonico e ordinato sviluppo del territorio, a cui fanno necessario riferimento i titolari di diritti su immobili adiacenti, o situati comunque in prossimità a quelli interessati dagli abusi*" (Cons. St., sez. II, n. 6519 del 2019).

Nel caso di specie si deve escludere l'interesse dell'appellante ad opporsi alla realizzazione di aperture su pareti non prospicienti la sua proprietà (trattandosi eventualmente di abusi inidonei a incidere sull'equilibrio urbanistico), mentre vi è interesse per l'apertura sulla parete Nord e la indubbia sussistenza della *vicinitas* è legittimante a ricorrere contro provvedimenti che possono incidere sulla volumetria e sulla staticità dello stabile confinante. Vi è poi interesse a ricorrere contro l'asserito cambio di destinazione in quanto la trasformazione in abitazione del sottotetto è in grado di determinare un pregiudizio per l'appellante dal punto di vista della diversa utilizzazione che ne deriverebbe del terrazzino e della porta-finestra prospicienti la sua proprietà.

10.2. Si deve precisare inoltre che il provvedimento del Comune n.104/2010 impugnato in primo grado con il ricorso introduttivo ha accolto un'istanza presentata dal signor Antonio De Santis per ottenere la "sanatoria di finestre di un sottotetto praticabile"; ad avviso dell'appellante tuttavia gli elaborati progettuali allegati all'istanza (che rappresentano la realizzazione di tramezzature interne al sottotetto ed altri lavori) e la relazione tecnica (nelle parti relative ai serramenti, agli impianti e alle finiture) sarebbero indicativi di un cambio di destinazione d'uso del sottotetto da locale di sgombero praticabile a mansarda abitabile, cambio di destinazione che sarebbe stato quindi assentito dal Comune con il provvedimento impugnato. Da ciò conseguirebbero effetti sulla volumetria e sui carichi statici, oltre che sulla violazione delle distanze.

Sul punto, la relazione di verifica afferma che le caratteristiche del sottotetto, avuto riguardo alle altezze riscontrate, induce a definire lo stesso come “praticabile” ma non abitabile e che sulla base di quanto disposto dall’art. 8 del regolamento edilizio la sua superficie, in quanto non residenziale, non è computata nella superficie edificabile (SUL). Dovrebbero pertanto escludersi effetti sulla volumetria complessiva.

La relazione di verifica esclude quindi che il sottotetto possa configurarsi giuridicamente come un’abitazione e che il Comune possa assentire tale trasformazione. Al riguardo appaiono tuttavia convincenti le argomentazioni dell’appellante relative agli effetti prodotti dalle opere oggetto di contestazione: la suddivisione interna, la realizzazione di un numero elevato di finestre, di due balconi, di impianti e finiture di tipo residenziale inducono a ritenere che “di fatto” si sia prodotta una diversa utilizzabilità del sottotetto rispetto alla sua destinazione come mero “locale di sgombero”.

In definitiva, le opere realizzate non appaiono coerenti con la legittima destinazione del sottotetto e il Comune non avrebbe dovuto assentirle con il provvedimento impugnato che, pertanto, deve essere annullato.

10.3. Con riferimento agli aspetti statici il verificatore ha ritenuto che *“si tratta di solai in cemento armato e laterizi del tipo ordinariamente usato per le costruzioni civili, quindi si ritiene che l’ipotesi di carico equivalente uniformemente distribuito sia accettabile”*. È stato poi accertato che l’altezza constatata nel sopralluogo di verifica è inferiore a quella massima edificabile e che è stato rispettato il limite del previsto numero dei piani.

Il collegio ritiene che si debba prendere atto delle conclusioni cui è giunto il verificatore, che appaiono prive di vizi logici e che oltretutto confermano l’esito della CTU di primo grado. Sul punto non sono convincenti le argomentazioni svolte dall’appellante nella memoria del 17 giugno 2021.

10.4. Quanto alle distanze appare dirimente e condivisibile la statuizione del Tar relativa alla carenza di interesse dell’appellante per le aperture realizzate sulle pareti non prospicienti alla sua proprietà. Va però approfondito l’argomento che intende valorizzare la violazione del d.m. 1444/68, dato che tali disposizioni si applicano con rigore a tutte le pareti finestrate anche antistanti e l’interesse sussiste per la porta-finestra realizzata per l’accesso al terrazzo del sottotetto sulla parete confinante con la proprietà dell’appellante.

In questo caso la violazione delle distanze, non fatta oggetto di specifica contestazione dalla signora De Santis e confermata anche dalla relazione di verifica potrebbe astrattamente determinare un pregiudizio ai danni della signora Capicotto.

Tuttavia, l'apertura in questione e lo stesso terrazzo sono stati oggetto del condono del 2000 e della concessione del 2001 e non sono parte dell'istanza accolta con il provvedimento impugnato, né vi è prova della loro modificazione successiva peraltro non accertata dal verificatore per cui alla fine il motivo proposto sul punto nel ricorso di primo grado e riproposto in appello si appalesa inammissibile per carenza di interesse (anche con riferimento all'omessa impugnativa di atti presupposti).

11. Il motivo è quindi accoglibile nei limiti anzidetti.

12. Con il terzo motivo l'appellante contesta la dichiarazione di inammissibilità dei motivi aggiunti adottata dal Tar. Viene precisato al riguardo che i motivi aggiunti si riferiscono non ad una DIA ordinaria (come avrebbe ritenuto il primo giudice invocando l'azione ai sensi dell'articolo 31 cpa), ma ad una DIA in sanatoria espressamente proposta ai sensi dell'articolo 36 d.p.r. n. 380 per la quale, in mancanza del provvedimento dell'amministrazione, sarebbe quindi intervenuto il silenzio rifiuto che avrebbe dovuto essere impugnato dal signor De Santis. Il Tar avrebbe quindi errato a non considerare la DIA inefficace e idonea ad abilitare le opere previste. In ogni caso, la DIA dovrebbe essere annullata per illegittimità derivata dai vizi evidenziati nei motivi del ricorso principale rispetto al permesso di costruire n. 104 o, in via ulteriormente subordinata, i motivi aggiunti avrebbero dovuto essere considerati alla stregua di un'azione contro il silenzio. L'appellante ripropone a questo fine le censure contenute nei motivi aggiunti concernenti l'impropria utilizzazione della DIA per sanare opere non ricadenti tra quelle rientranti nelle fattispecie di cui all'articolo 37 del d.p.r. 380 (peraltro non citato nella stessa DIA, che fa invece riferimento all'articolo 36) e per le quali mancherebbe comunque il presupposto della doppia conformità.

12.1. Il motivo non è fondato, dovendosi confermare la pronuncia di inammissibilità del primo giudice. A prescindere dalla finalità di sanatoria della DIA, si deve escludere che la dichiarazione presentata dal signor De Santis in data 14 maggio 2012 si configuri come un'istanza di permesso di costruire nonostante l'erronea indicazione dell'art. 36 dpr 380/2001. Deve pertanto ritenersi applicabile l'art 19 comma 6 ter della legge n. 241/90 che prevede la non impugnabilità diretta delle dichiarazioni di inizio attività. Rispetto alle opere previste nella suddetta dichiarazione il Comune dovrà peraltro assumere le determinazioni conseguenti all'annullamento del provvedimento n. 104.

13. Alla luce delle esposte considerazioni l'appello deve essere parzialmente accolto nei sensi anzidetti e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto negli stessi sensi il ricorso principale di primo grado con conseguente annullamento del provvedimento comunale n.104/2010 e confermata la inammissibilità dei motivi aggiunti.

L'esito della causa giustifica la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge parzialmente nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie negli stessi sensi il ricorso principale di primo grado con conseguente annullamento del provvedimento comunale n.104/2010 confermando la inammissibilità dei motivi aggiunti.

Spese del doppio grado di giudizio compensate tra le parti costituite.

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

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

Giancarlo Montedoro, Presidente

Hadrian Simonetti, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Giovanni Orsini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giovanni Orsini

IL PRESIDENTE

Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO