

EDILIZIA ED URBANISTICA: 1. Permesso di costruire - Silenzio - Assenso - Presupposti - Mancato riscontro a richiesta di integrazione documentale da parte del Comune - Sufficienza - Esclusione. 2. Permesso di costruire - Diniego - Procedimento - Preavviso di rigetto - Omissione - Art. 21 octies, co. 2, L. n. 241/1990 - Applicabilità.

Cons. Stato, Sez. IV, 20 ottobre 2022, n. 8943

in *Riv. giur. dell'edilizia*, 6, 2022, pag. 1510 e ss.

1. “[...] Con riferimento alla contestata violazione dei termini di conclusione del procedimento che ha portato all’adozione del provvedimento di diniego, si osserva che, secondo consolidata giurisprudenza, il silenzio assenso, di cui all’art. 20 del d.P.R. n. 380/2001, costituisce uno strumento di semplificazione amministrativa e non di liberalizzazione, con la conseguenza che la formazione del titolo abilitativo per silentium non si perfeziona con il mero decorrere del tempo, ma richiede la contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge per l’attribuzione del bene della vita richiesto, di modo che esso non si configura, ad esempio, in difetto di completezza della documentazione occorrente [...]”.

2. “[...] l’eventuale vizio procedimentale derivante dal mancato preavviso di diniego è superabile in ragione dell’applicabilità al caso di specie dell’art. 21-octies, comma 2, l. n. 241/90, alla luce della natura vincolata del potere amministrativo esercitato dall’Amministrazione nel rilascio del permesso di costruire, sostanziandosi esso in un esame di conformità del progetto alla disciplina urbanistica ed edilizia della zona [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio del Comune di Rocca Canavese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza del giorno 12 ottobre 2022 il consigliere Alessandro Verrico;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso dinanzi al T.a.r. per il Piemonte (r.g. n. 370/2010), la signora Bettas Arson Marisa agiva per ottenere l’annullamento dell’ordinanza del responsabile dell’ufficio tecnico del Comune di Rocca Canavese prot. n. 3479 del 30.12.2009, con cui veniva negato il permesso di costruire richiesto dalla stessa, e la conseguente condanna al risarcimento del danno patito.

1.1. In particolare, sulla base di quanto esposto dalle parti in primo grado risulta in fatto che:

i) la ricorrente Bettas Arson Marisa in data 15 febbraio 2008 chiedeva al Comune di Rocca Canavese il permesso di costruire avente ad oggetto la “*ristrutturazione fabbricato uso civile abitazione con modesto ampliamento, recupero volume esistente e realizzazione porticati. Ristrutturazione e ampliamento basso fabbricato uso autorimessa*” nell’immobile di sua proprietà nel predetto Comune;

ii) la Commissione edilizia nella seduta del 21 marzo 2008 esprimeva parere sospensivo chiedendo alla ricorrente di integrare la documentazione, fornendo titolo di proprietà dell’immobile, dal quale si evincessero le destinazioni d’uso del fabbricato;

- iii) in data 21 giugno 2008 la ricorrente depositava documentazione attestante la proprietà dell'immobile, chiedendo contestualmente il riesame della pratica;
- iv) successivamente la Commissione edilizia esprimeva parere favorevole chiedendo una ulteriore integrazione della documentazione prodotta che veniva fornita dalla ricorrente;
- v) in data 4 novembre 2009 il Comune di Rocca Canavese inviava una nota nella quale invitava la ricorrente a rivedere l'intervento e a depositare ulteriori documenti e relazioni tecniche;
- vi) la ricorrente in data 4 dicembre 2009 notificava al Comune una diffida ad adempiere nel rilascio del permesso di costruire essendo scaduti i termini a provvedere;
- vii) il 30 dicembre 2009 il responsabile dell'ufficio tecnico (nonché Sindaco) del Comune di Rocca Canavese comunicava il diniego del permesso per i seguenti motivi:
- la mancata dimostrazione della proprietà dell'area limitrofa, di cui si utilizza la capacità edificatoria;
 - l'assenza della relazione geologica;
 - l'assenza dell'atto di impegno unilaterale di cessione dell'area da destinarsi a parcheggio pubblico e a strada, nonché l'assenza della domanda di monetizzazione;
 - il mancato rispetto delle distanze per l'accesso carraio;
 - la mancata previsione dei requisiti passivi degli edifici di cui al d.P.C.M. 5.12.1997 e del clima acustico.

2. Il T.a.r., dopo aver accolto l'istanza cautelare della ricorrente con l'ordinanza n. 287 del 23 aprile 2010 e aver disposto verifica al fine di accertare la natura delle opere oggetto di permesso di costruire, con la sentenza n. 324 del 22 gennaio 2015, ha rigettato il ricorso e ha condannato la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio.

2.1. Secondo il Tribunale, in particolare:

- a) sarebbe tardiva l'istanza di ricsuzione del verificatore, poiché presentata dalla ricorrente successivamente all'adozione del primo atto del verificatore (comunque non prima dell'inizio delle operazioni di verifica, secondo un criterio desumibile anche dalla previsione di cui all'art. 52, comma 2, c.p.c.), stante l'applicazione analogica dell'art. 67 c.p.a. concernente analoghe istanze relative al consulente tecnico d'ufficio;
- b) il ricorso sarebbe infondato nel merito:
- b.1) non essendo ravvisabile una violazione del termine di conclusione del procedimento previsto dall'art 20 d.P.R. n. 380/2001 né dell'art 10-bis l. n. 241/90, ferma l'applicabilità al caso di specie della previsione di cui all'art 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/90;

b.2) trattandosi, sulla scorta di quanto chiarito dal verificatore, non di un intervento di ristrutturazione, ma di sostituzione edilizia con traslazione di volumetria dal lotto limitrofo, di cui non è stata dimostrata la disponibilità in capo alla ricorrente;

c) sarebbe quindi infondata la domanda risarcitoria.

3. La signora Bettas Arson Marisa, originaria ricorrente, ha proposto appello per ottenere la riforma della sentenza impugnata e il conseguente accoglimento integrale del ricorso originario. In particolare, l'appellante ha sostenuto le censure riassumibili nei seguenti termini:

I) la gravata pronuncia sarebbe erronea sia laddove non ha rilevato il difetto di estraneità alle parti in causa e terzietà del verificatore, in quanto collega di ufficio della geometra che ha rivestito cariche amministrative nel Comune di Rocca Canavese, e sia laddove ha ritenuto tardiva la denuncia d'incompatibilità in base agli artt. 67 c.p.a. e 52, comma 2, c.p.c.;

II) il primo giudice avrebbe errato: *i*) nel ritenere che la carenza documentale da parte della ricorrente avesse causato il mancato rispetto dei termini di conclusione del procedimento da parte del Comune; *ii*) nel ritenere irrilevante il mancato invio del preavviso di rigetto *ex* 10-bisl. n. 241/90, anche alla luce dell'inapplicabilità dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/90 al caso di specie, atteso che la discrezionalità attribuita al Comune nella valutazione dell'istanza esclude la natura vincolata del provvedimento reiettivo e la prova di resistenza necessaria per applicare la norma in questione;

III) il giudice di primo grado avrebbe errato altresì in merito alla qualificazione dell'intervento richiesto da parte ricorrente, inquadrandolo come sostituzione con traslazione di volumetria anziché ristrutturazione e quindi, ritenendo legittimo il provvedimento di diniego del permesso sulla base della mancata prova circa la proprietà del lotto limitrofo.

3.1. Si è costituito in giudizio il Comune di Rocca Canavese per resistere.

3.2. Con memoria *ex* art. 73 c.p.a. del 7 settembre 2022, il Comune, in via preliminare, ha ribadito l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo per mancanza di interesse, poiché controparte non avrebbe censurato il motivo n. 3 del provvedimento di diniego del permesso di costruire e avrebbe criticato genericamente i motivi nn. 2, 5 e 6, e nel merito si è opposto alle censure avversarie. Con particolare riferimento alla richiesta di risarcimento del danno, il Comune ha poi eccepito l'inammissibilità e/o improcedibilità della domanda, ritenendo che l'azione possa essere esercitata solo dopo il rilascio del titolo edilizio, in quanto l'annullamento del diniego non comporterebbe che il progetto debba essere approvato come redatto, né sarebbe sufficiente a conferire il diritto al risarcimento del danno.

3.2. Con memoria difensiva depositata il 9 settembre 2022 l'appellante ha affermato l'erroneità e incompletezza della verifica, contestando la tesi della demolizione e ricostruzione del fabbricato esistente.

3.3. Infine, con ulteriori memorie le parti hanno replicato alle avverse deduzioni, insistendo nelle proprie difese (memoria di replica del 21 settembre 2022, rispettivamente dell'appellante e del Comune di Rocca Canavese). In particolare, l'appellante ha eccepito l'inammissibilità per tardività dell'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo sollevata dal Comune.

4. All'udienza del 12 ottobre 2022, nel corso della quale parte appellante ha eccepito l'inammissibilità della documentazione inserita dal Comune nel testo della propria memoria di replica, la causa è stata trattenuta in decisione.

5. Preliminarmente il Collegio ritiene di poter prescindere dall'esame dell'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse del ricorso di primo grado, stante l'infondatezza dell'appello.

6. Nel merito, quanto al primo motivo dell'appello stesso, in ordine al difetto di estraneità del verificatore alle parti in causa, appare preliminare il rilievo della decadenza del termine per proporre istanza di ricusazione.

Secondo la condivisibile giurisprudenza di questo Consiglio, invero, l'istanza di ricusazione del verificatore può essere proposta ai sensi dell'art. 20 c.p.a. per i motivi indicati nell'art. 51 c.p.c. ed è sottoposta a precisi limiti temporali da individuare, in ragione della *eadem ratio*, in mancanza di una previsione espressa, in quelli indicati dall'art. 67 c.p.a. riguardante il consulente tecnico d'ufficio. Pertanto, il termine ultimo entro il quale l'istanza di ricusazione deve essere presentata è da individuare, non essendo previsto il giuramento, entro e non oltre il primo atto del verificatore, e comunque prima dell'inizio delle operazioni di verifica, secondo un criterio desumibile anche dall'art. 52, comma 2, c.p.c. (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 9 luglio 2021, n. 5238).

6.1. Con riferimento al caso di specie, è quindi condivisibile la decisione del T.a.r. di non prendere in considerazione l'istanza di ricusazione e di ritenere pertanto ammissibile la verifica, atteso che il ricorrente provvedeva in tal senso tardivamente, ossia successivamente alla prima verifica e comunque non prima della seconda verifica disposta in seguito alla rinnovazione.

6.2. La censura risulta pertanto infondata.

7. Parimenti infondata risulta il secondo motivo di appello.

7.1. Con riferimento alla contestata violazione dei termini di conclusione del procedimento che ha portato all'adozione del provvedimento di diniego, si osserva che, secondo consolidata

giurisprudenza, il silenzio assenso, di cui all'art. 20 del d.P.R. n. 380/2001, costituisce uno strumento di semplificazione amministrativa e non di liberalizzazione, con la conseguenza che la formazione del titolo abilitativo *per silentium* non si perfeziona con il mero decorrere del tempo, ma richiede la contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge per l'attribuzione del bene della vita richiesto, di modo che esso non si configura, ad esempio, in difetto di completezza della documentazione occorrente (Cons. Stato, sez. VI, 8 settembre 2021, n.6235; sez. IV, 20 agosto 2020, n. 5156; sez. IV, 24 gennaio 2020, n. 569; sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113).

7.2. Nel caso di specie, richiamando la ricostruzione in fatto *sub* § 1.1., si osserva che a fronte della richiesta di permesso di costruire del 15 febbraio 2008, il Comune di Rocca Canavese, nel corso del procedimento, chiedeva più volte all'istante integrazioni documentali, l'ultima delle quali, avvenuta in data 4 novembre 2009, recante *inter alia* un invito a rivedere l'intervento e, conseguentemente, a depositare ulteriori documenti e relazioni tecniche, non riceveva alcun riscontro.

L'asserito ritardo nella conclusione del procedimento, peraltro non addebitabile alla condotta del Comune, non ha dunque determinato la formazione tacita del provvedimento, stante la permanente incompletezza documentale necessaria per istruire l'istanza.

8. Parimenti prive di pregio sono le censure attinenti al mancato preavviso di rigetto *ex art. 10-bis* l. n. 241/90 ed all'inapplicabilità dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/90.

8.1. Dall'analisi dello svolgimento del procedimento *de quo* emerge, infatti, come l'Amministrazione comunale abbia pienamente garantito la partecipazione dell'istante, consentendo allo stesso, mediante le citate richieste di integrazione documentale, non solo di completare la domanda, ma anche di venire a conoscenza della qualificazione dell'intervento – da parte del Comune – quale sostituzione edilizia, piuttosto che come semplice ristrutturazione.

8.2. Ad ogni modo, l'eventuale vizio procedimentale derivante dal mancato preavviso di diniego è superabile in ragione dell'applicabilità al caso di specie dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/90, alla luce della natura vincolata del potere amministrativo esercitato dall'Amministrazione nel rilascio del permesso di costruire, sostanziandosi esso in un esame di conformità del progetto alla disciplina urbanistica ed edilizia della zona (*ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 20 dicembre 2005, n. 7263).

8.3. La dimostrazione della natura dell'intervento, per la quale si rinvia al successivo paragrafo, rende peraltro pienamente giustificate le richieste di integrazione documentale formulate in più volte dal Comune, in tal modo potendosi superare tutte le specifiche censure di parte appellante –

illustrate nell'ambito del secondo motivo di appello – volte a provare l'eccessivo appesantimento istruttorio.

9. Con la terza censura l'appellante, in primo luogo, deduce di essere proprietaria di un lotto di terreno composto da due particelle (nn. 249 e 358 del foglio 26 del catasto di Rocca Canavese), entrambe ricadenti in parte nella zona del PRG classificata RE ("*Aree residenziali a capacità insediativa esaurita*" ex art. 29 NTA) e parte in zona RC ("*Aree residenziali di completamento*" ex art. 31 NTA). Per tale motivo l'immobile oggetto di intervento, in ragione dell'appartenenza alla medesima "zona residenziale" vista l'omogeneità delle due sottozone, potrebbe di per sé già godere della volumetria propria dell'area di completamento RC secondo il vigente PRGC di Rocca Canavese, in tal modo risultando superflua la richiesta di un atto dimostrativo dell'impiego della capacità edificatoria.

In secondo luogo, l'appellante affronta la questione principale della controversia, attinente alla qualificazione dell'intervento, continuando a sostenere che si tratti, piuttosto che di demolizione e nuova costruzione, di ristrutturazione di tipo B delle norme tecniche (art. 15, punti 6.4 e ss. 7 e art. 29) e in generale di ristrutturazione "pesante" ex art. 3, comma 1, lett. d) e art. 10, comma 1, lett. c) d.P.R. n. 380/2001.

9.1. In senso contrario il Comune, in ordine alla qualificazione dell'intervento, ribadisce la non riconducibilità ad intervento di ristrutturazione, rilevando come, per attuarlo, risultino necessarie la totale demolizione del fabbricato e la sua ricostruzione in posizione traslata e con maggior volume in una zona a capacità insediativa esaurita.

9.2. In primo luogo, il Collegio esclude di essere in presenza di una integrazione postuma della motivazione, osservando che, già nel corso del procedimento, il Comune aveva ritenuto che la ricostruzione del fabbricato con consistente incremento di volumetria in area a capacità insediativa esaurita (RE) dovesse beneficiare di una capacità insediativa aggiuntiva rispetto a quella di pertinenza del lotto, considerato complessivamente, la cui proprietà era dichiarata ma non provata, e aveva pertanto suggerito di utilizzare la capacità edificatoria di un'area attigua.

L'amministrazione precedente, in assenza di riscontro rispetto a tale suggerimento e alle integrazioni documentali richieste, era quindi giunta a negare il permesso di costruire.

Peraltro, in merito alla pretesa maggiorazione della cubatura disponibile per ragioni igienico – funzionali asserita dall'appellante, il Comune ha obiettato che la relativa norma tecnica concede il beneficio in caso di ristrutturazione edilizia del fabbricato esistente che ne comporti la conservazione, da migliorare per adeguarlo alle condizioni di vita attuali; ma non quando, come nel

caso di specie, si vuole demolirlo e ricostruirlo con un notevole aumento della consistenza originaria, stravolgendone consistenza, aspetto e funzioni.

9.3. Il Collegio preliminarmente ritiene di poter prescindere dall'esame dell'eccezione di inammissibilità della documentazione annessa alla memoria di replica comunale, consideratane l'irrelevanza alla luce dell'infondatezza del motivo di appello.

9.4. Come anticipato, l'istante è proprietaria di un lotto di terreno, costituito di due particelle (249 e 358), sulle quali sorge il fabbricato da ristrutturare. Ciascuna delle due particelle costituenti il lotto ricade parte in zona del PRG classificata RE, area residenziale a capacità insediativa esaurita, e parte in zona RC, area residenziale di completamento. L'immobile che si intende realizzare è situato nella zona RE, nella quale sono consentiti interventi fino alla categoria "ristrutturazione di tipo B", con ampliamento igienico funzionali nei limiti del 20% della superficie utile lorda esistente con un massimo di 40 mq o, in alternativa, la "sostituzione edilizia" nei limiti della volumetria esistente.

9.5. Le deduzioni dell'Amministrazione appellata, non contestate specificamente dalla ricorrente, descrivono che l'intervento progettato recherebbe un rilevante incremento di superficie e volume dei preesistenti fabbricati, nella misura in cui: il fabbricato principale esistente ha una superficie coperta (SC) di mq 237,47, comprensiva delle tettoie laterali, una superficie utile lorda (SUL) di mq 332,59 e un volume di mc 1.074,96 mentre quello in progetto ha una SC di mq 314,22, una SUL di mq 514,92 e un volume di mc 1.545, con un incremento rispettivamente di mq 76,75, di mq 182,33 e di mc 470,04; il basso fabbricato esistente ha una SC=SUL di mq 35,12 e un volume di mc 105,36 mentre in progetto ha una SC=SUL di mq 67,50 e un volume di mc 205,87, con un incremento della SC=SUL di mq 32,38 e del volume di mc 100,51. In totale, è quindi previsto un incremento della SC di mq. 110,13, della SUL di mq 214,71 e del volume di 570,55.

9.6. A tali considerazioni si aggiungono le risultanze della verifica del primo grado, che, sulla base della sovrapposizione grafica dell'immobile esistente con l'immobile in progetto e del computo metrico estimativo, ha ravvisato un netto aumento della superficie utile lorda e in una quantità nettamente superiore rispetto a quella regolamentare.

9.7. Correttamente, pertanto, il Comune ha ritenuto che la ricostruzione del fabbricato con consistente incremento di volumetria in area a capacità insediativa esaurita (RE), dovesse beneficiare di una capacità insediativa aggiuntiva rispetto a quella di pertinenza del lotto, considerato complessivamente, la cui proprietà era dichiarata ma non provata, e ha suggerito di trasferire la volumetria spettante all'immobile esterno al lotto.

Tale conclusione discende dall'irrelevanza dei successivi frazionamenti di un lotto edificato ai fini dell'utilizzo – per la parte non edificata – di tutta la cubatura che le competerebbe in mancanza del

fabbricato esistente e dall'applicabilità di tale principio anche all'ipotesi in cui l'unico lotto, in sede di pianificazione, sia compreso in più zone, urbanisticamente distinte. Del resto, le zone RE e RC presentano autonome discipline, non suscettibili di essere accomunate in ragione della destinazione a residenza eguale per entrambe, né, per tale ragione, potrebbe essere ammessa una piena trasferibilità della cubatura da una zona all'altra.

9.8. In conclusione sul punto, in adesione alle conclusioni della verifica, che risultano ragionevoli e motivate, deve quindi affermarsi che l'intervento in esame implica la totale demolizione dell'esistente e la ricostruzione in posizione traslata e con maggiore volumetria in zona a capacità insediativa esaurita. Per tali motivi lo stesso non è riconducibile alla ristrutturazione edilizia, configurando, per converso, un intervento di sostituzione edilizia, che, stante la mancata disponibilità di ulteriore cubatura (eccedente rispetto a quella esistente), costituisce di per sé motivo idoneo a giustificare il rigetto dell'istanza.

Peraltro, tale qualificazione impedisce l'applicazione della norma tecnica con cui è riconosciuto il beneficio della maggiorazione della cubatura disponibile per ragioni igienico – funzionali, prevista per il solo caso della ristrutturazione edilizia del fabbricato esistente che ne comporti la conservazione per adeguarlo alle condizioni di vita attuali.

10. Dall'accertata legittimità delle ragioni di diniego deriva l'infondatezza della domanda di risarcimento del danno, riproposta con il quarto motivo di appello.

11. In conclusione, in ragione di quanto esposto, l'appello deve essere respinto.

12. Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (ricorso n.7899/2015), lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento, in favore del Comune di Rocca Canavese, delle spese del presente grado di giudizio, nella misura di euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2022, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gambato Spisani, Presidente

Alessandro Verrico, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere

Ugo De Carlo, Consigliere

IL SEGRETARIO