

N. 00071/2018REG.PROV.COLL.
N. 01208/2007 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1208 del 2007, proposto da:
Comune di Bologna, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli
avvocati Giulia Carestia, Giorgio Stella Richter, Annamaria Cupello Castagna, con
domicilio eletto presso lo studio Giorgio Stella Richter in Roma, via Orti della
Farnesina, 126;

contro

E. Srl, M. I. Srl, B. M. non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA - BOLOGNA: SEZIONE I n.
01957/2006, resa tra le parti, concernente demolizione di interventi abusivi di
edificio e irrogazione sanzione pecuniaria

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2017 il Cons. Alessandro
Verrico e uditi per le parti gli avvocati Nessuno comparso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso giurisdizionale del 25.03.2003 la E. s.r.l. e B. M. impugnavano dinanzi al TAR Emilia Romagna – Bologna, chiedendone altresì la sospensione, il provvedimento P.G. n. 182441/2001 del 31.10.2001 con il quale il Comune di Bologna, verificato il superamento dell'altezza massima assentita con concessione edilizia per interventi di ristrutturazione, mediante demolizione e ricostruzione, di un preesistente fabbricato, aveva ordinato il ripristino, ai sensi dell'art. 12 della l. n. 47/1985, dell'immobile nello stato originario. In particolare, i ricorrenti sostenevano che, nella specie, non vi sarebbe sopraelevazione abusiva perché l'innalzamento effettuato - ammontante, a loro dire, a cm 14,5 come accertato in sede penale, e non già alla diversa misura variabile da cm 17 a cm 20 come indicato dall'agente verbalizzante – rientrerebbe nella "tolleranza costruttiva" del 2% delle misure prescritte ex art. 98 del Regolamento Edilizio all'epoca vigente.

1.1. Il T.A.R. adito, nella camera di consiglio del 17 aprile 2003, accoglieva la domanda di sospensione "limitatamente agli effetti demolitori derivanti dall'atto impugnato".

1.2. In conseguenza, l'Amministrazione irrogava la sanzione pecuniaria di € 45.642,27, ai sensi dell'art. 34 del d.P.R. n. 380/2001, provvedimento che veniva dai ricorrenti impugnato con ricorso per motivi aggiunti e contestuale istanza cautelare, notificato in data 14 ottobre 2003.

1.3. Nella camera di consiglio del 30 ottobre 2003, il T.A.R. accoglieva la domanda incidentale di sospensione "fino alla scadenza dei termini fissati dall'art. 32 comma 32 del D.L. n. 269 del 2003" in materia di condono edilizio.

1.4. Infine, il Tribunale adito, con sentenza n. 1957/2006, depositata l'8.09.2006, dichiarava improcedibile, per sopravvenuta carenza d'interesse, il ricorso avverso l'ordinanza di demolizione P.G. n. 182441/2001 del 31 ottobre 2001 e ciò nel presupposto che "l'ordine di demolizione delle opere abusive e l'irrogazione di una sanzione pecuniaria in dipendenza della medesima violazione sono misure alternative, sicché deve ritenersi che il Comune di Bologna, con l'adozione di

quest'ultimo provvedimento, abbia voluto implicitamente revocare la precedente determinazione ripristinatoria con conseguente venir meno dell'interesse da parte della ricorrente alla decisione su tale punto della controversia".

Inoltre accoglieva l'impugnativa avverso il provvedimento P.G. n. 155936/2003 del 10 settembre recante la sanzione pecuniaria di € 45.642,27 ritenendo che "gli scostamenti dell'altezza del fabbricato, registrati in sede di accertamento dagli organi comunali e oscillanti tra i 17 ed i 20 cm., non potevano essere ritenuti attendibili in quanto, come affermato dalla ricorrente e come riconosciuto in sede penale, tali misurazioni variavano a seconda del punto in cui tale operazione veniva effettuata, mentre più realistico appariva il dato, ugualmente acquisito a verbale, della variazione di 14,5 cm. dell'altezza misurata all'interno del corpo di fabbrica, poiché esso risultava costante".

Pertanto, sulla base di tale considerazione, il T.A.R. riteneva che il suddetto scostamento rientrava nel limite di tolleranza "costituito dal 2% dell'altezza dell'edificio assentita dalla concessione, pari a 17,4 cm. = $(8,70 \times 2\%)$ " e che, conseguentemente, nessun abusivo innalzamento dell'edificio medesimo era stato operato nel caso di specie.

1.5. Con il presente ricorso in appello, il Comune di Bologna impugna la suddetta sentenza, nella parte in cui accoglie l'impugnativa del provvedimento P.G. n. 155936/2003 del 10 settembre 2003 recante sanzione pecuniaria di € 45.642,27.

In particolare, con un unico motivo di appello il Comune lamenta l'errata e carente motivazione della decisione di primo grado, sostenendo che il T.A.R. abbia ommesso di considerare che, indipendentemente dalle effettive misure della sopraelevazione realizzata, nella specie, non avrebbe potuto comunque trovare applicazione la "tolleranza costruttiva" di cui all'art. 98 del Regolamento Edilizio ex adverso invocata. E ciò in quanto sarebbe stata violata la prescrizione sulla distanza minima tra edifici prevista dall'art. 40 del Regolamento Edilizio vigente all'epoca (punto 12.1.3., lett. B e punto 12.1.1., comma 2).

2.1. Nessuna delle parti appellate si è costituita in giudizio.

3. All'udienza del 16 novembre 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione dal Collegio.

DIRITTO

4. Con l'unico motivo di appello il Comune di Bologna sostiene l'inapplicabilità al caso di specie dell'art. 98 del Regolamento Edilizio vigente all'epoca dei fatti (ora riprodotto, con identica formulazione, dall'art. 123 delle Norme di Principio del vigente Regolamento Edilizio), che, al primo comma, prevedeva che non costituiscono "abusività le difformità verificatesi in sede di costruzione, a condizione che non eccedano, per singola unità immobiliare, il 2% delle misure prescritte".

Invero, era il medesimo art. 98, al secondo comma, ad affermare che "La tolleranza di cui sopra non è applicabile relativamente alle distanze minime fra fabbricati e dai confini prescritti dalla vigente normativa".

Al riguardo, l'art. 40 del Regolamento Edilizio all'epoca vigente (ma la norma è stata riprodotta, con identica formulazione, anche nelle Norme di Principio del vigente Regolamento Edilizio) stabiliva, al punto 12.1.3., relativamente alle "Distanze tra edifici", che "A. Per interventi di recupero sul patrimonio edilizio esistente che non comportino variazione della sagoma planivolumetrica sono ammesse le distanze preesistenti. - B. Per interventi di recupero con variazione alla sagoma planivolumetrica la distanza da osservare tra pareti finestre è di m. 10. La norma si applica anche quando una sola parete è finestrata".

Analogamente, per quanto riguarda le "Distanze dai confini di proprietà", il punto 12.1.1. del suddetto art. 40 del Regolamento Edilizio, stabiliva, al comma 2, che "Per interventi di recupero con variazione della sagoma planivolumetrica sono da rispettare le seguenti distanze:

- in caso di ampliamenti o sopraelevazioni che non comportino pareti finestre sul lato prospettante il confine di proprietà: 1/2 dell'altezza dell'edificio, con un minimo di m. 3,00;
- in caso di ampliamenti o sopraelevazioni che comportino pareti finestrate sul lato prospettante il confine di proprietà: 1/2 dell'altezza dell'edificio, con un minimo di m. 5.00".

Ne consegue, secondo l'appellante, che, ai sensi del comma 2 dell'art. 98, la "tolleranza costruttiva" invocata nella impugnata sentenza non può trovare applicazione se, come nel caso di specie, in seguito alla sopraelevazione dell'immobile, non venga rispettata la distanza minima, tra gli edifici, di m. 10 e di m. 3 o di m. 5 dai confini di proprietà di cui all'art. 40 del Regolamento.

4.1. Il motivo di appello è inammissibile.

4.2. Ad avviso del Collegio, con la censura appena descritta l'appellante finisce per introdurre un motivo di illegittimità dell'opera realizzata diverso ed ultroneo rispetto a quello originariamente contestato dall'Amministrazione comunale e che ha dato causa, prima, all'ordine di ripristino, poi, alla sanzione pecuniaria.

In particolare l'impugnata ordinanza di ripristino trova fondamento nella difformità dell'opera rispetto a quanto assentito con concessione edilizia ed individua tale difformità rinviando al verbale di accertamento di violazione urbanistico-edilizia n. 266/01 del 1.6.2001. In tale sede, la difformità alla concessione edilizia veniva ravvisata, nel dettaglio, nella "variazione della sagoma volumetrica del corpo di fabbrica con innalzamenti dell'edificio in misura oscillante tra i 17 e 20 centimetri". Ne consegue che l'accertamento ha avuto riguardo solo al superamento dei limiti di altezza, non facendosi per converso alcun riferimento al superamento dei limiti di distanza tra edifici o dai confini di proprietà.

4.3. D'altro canto, nel silenzio del provvedimento impugnato se si consentisse di valorizzare nella sede giurisdizionale una circostanza non valorizzata nel provvedimento impugnato si ammetterebbe una non consentita motivazione a

posteriori del provvedimento stesso (Consiglio di Stato, sez. VI, 2 maggio 2006, n. 2429). Invero, come più volte chiarito in giurisprudenza, “è inammissibile, da parte della Pubblica amministrazione, la formulazione in giudizio di argomentazioni difensive a giustificazione del provvedimento impugnato non evincibili nemmeno implicitamente dalla sua motivazione, ciò costituendo un'integrazione postuma effettuata in sede di giudizio, come tale non consentita in quanto non inserita nell'ambito di un procedimento amministrativo” (Cons. Stato, sez. III, 09/01/2017, n. 24; cfr., ex multis, Cons. di Stato, Sez. III, 10/07/2015, n. 3488).

4.4. L'appello deve dunque essere respinto.

5. Nulla sulle spese della presente fase del giudizio, attesa la mancata costituzione della parte appellata.

P.Q.M.

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

Nulla sulle spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Anastasi, Presidente

Oberdan Forlenza, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandro Verrico

IL PRESIDENTE
Antonino Anastasi

IL SEGRETARIO