

SENTENZA

Publicato il 23/02/2021

N. 00138/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00292/2015 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 292 del 2015, proposto da **** *, rappresentata e difesa dall'avv.to Federico Gualandi, con domicilio digitale corrispondente alla PEC indicata negli scritti difensivi, e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Bologna, Via Altabella n. 3;

contro

Comune di Bologna, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti dagli avv.ti Antonella Trentini e Nadia Zanoni, con domicilio digitale corrispondente alla PEC indicata negli scritti difensivi, e domicilio fisico eletto presso la sede dell'Avvocatura civica in Bologna, Piazza Maggiore n. 6; Città Metropolitana di Bologna, Provincia di Bologna non costituitisi in giudizio;

per l'annullamento

- DEL PROVVEDIMENTO IN DATA 2/3/2015 N. 60072 P.G., CHE NON RITIENE LA SCIA DEPOSITATA TITOLO IDONEO ALLA REALIZZAZIONE DELLE OPERE EDILI DESCRITTE, E INTIMA IL RIPRISTINO DELLO STATO DEI LUOGHI;

per quanto occorrer possa

- DELL'ART. 26 LETT. H8 DEL REGOLAMENTO URBANISTICO EDILIZIO COMUNALE;

- DEL PROVVEDIMENTO 27/2/2014, RECANTE LA COMUNICAZIONE DI AVVIO DEL PROCEDIMENTO PER L'ANNULLAMENTO DEL SILENZIO ASSENSO FORMATOSI SULLA RICHIESTA DI VALUTAZIONE PREVENTIVA DEL 23/7/2014;

e per il risarcimento

- DEI DANNI INGIUSTAMENTE PATITI A CAUSA DEGLI ATTI E DEI COMPORTAMENTI DEL COMUNE DI BOLOGNA.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Bologna;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2021 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori mediante collegamento da remoto come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A. La ricorrente è proprietaria di un fabbricato residenziale in Via **** n. **** a Bologna, in origine adibito a stalla-fienile all'interno di una corte ove sono localizzati anche la casa principale e il magazzino (doc. 4).

B. Puntualizza che, sin dall'acquisto, intendeva risistemare l'intero edificio originario comprendente un porticato prospiciente il lato est della stalla-fienile, parzialmente demolito per effetto di un incendio del 1965. Dopo un primo intervento di ristrutturazione e cambio d'uso da "rurale" a "residenziale", il

23/7/2014 veniva presentata richiesta di valutazione preventiva per il ripristino del portico suddetto.

C. Il compimento del termine di 45 giorni determinava la formazione del silenzio-assenso, *ex art.* 21 della L.r. 15/2013 e dell'art. 104 del RUE. Il 22/1/2015 la ricorrente depositava SCIA "differita" (per l'acquisizione del necessario parere della Commissione per la qualità architettonica e il paesaggio) finalizzata all'intervento. La legittimità dell'opera sarebbe suffragata dall'art. 3 comma 1 lett. d) novellato del DPR 380/2001, per la possibilità di documentare sia l'esistenza che l'originaria consistenza del porticato.

D. Inaspettatamente, perveniva la notizia di avvio del procedimento per l'annullamento del silenzio-assenso formatosi sull'istanza di valutazione preventiva del 23/7/2014 e la comunicazione dei motivi ostativi *ex art.* 10-*bis* della L. 241/90. Il Comune ravvisava un contrasto con il RUE vigente che ammette la ricostruzione dei ruderi (art. 26, voce h8) purché venga dimostrata la preesistente consistenza nella misura di *"almeno il 50% delle strutture perimetrali esterne e un elemento della copertura che permetta di individuare l'altezza dell'edificio"*. A breve distanza veniva adottato l'ulteriore provvedimento sfavorevole, per cui la SCIA non costituisce titolo idoneo alla realizzazione dell'intervento (ritenuto catalogabile come "nuova costruzione") per il mancato rispetto della suddetta previsione del RUE. Veniva ordinata la remissione in pristino dello stato dei luoghi.

E. Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione, la ricorrente censura il provvedimento in epigrafe, deducendo in diritto i seguenti motivi:

I. Violazione dell'art. 21 della L.r. 15/2013, degli artt. 7, 10-*bis* e 21-*nonies* della L. 241/90, lesione del contraddittorio, dei canoni di partecipazione procedimentale e del legittimo affidamento, eccesso di potere per contraddittorietà e arbitrarietà, difetto di istruttoria e di motivazione, falsità del presupposto, in quanto:

- il provvedimento n. 60072 p.g. ha dichiarato l'inidoneità della SCIA quando era ancora pienamente valida ed efficace una valutazione preventiva a contenuto positivo (la comunicazione di avvio del procedimento è insuscettibile di invalidare un silenzio-assenso già formato);
- il Comune avrebbe dovuto attendere l'ultimazione del procedimento di rimozione della valutazione preventiva prima di adottare l'atto che ha inibito gli effetti della SCIA;
- in aggiunta, quest'ultimo è stato emanato prima che fosse conclusa la necessaria istruttoria, non essendo neppure decorsi i termini per esporre le controdeduzioni (nell'ambito di un procedimento a carattere non vincolato).

II. Violazione dell'art. 117 della Costituzione, falsa applicazione dell'art. 3 comma 1 lett. d) del DPR 380/2001, dell'allegato alla L.r. 15/2013 (lett. f) e dell'art. 26 lett. h.8 del RUE, eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, falsità del presupposto, ingiustizia grave e manifesta, arbitrarietà e illogicità, dato che:

- il D.L. 69/2013 conv. in L. 98/2013 ha innovato la disciplina della "ristrutturazione edilizia", comprendendo gli interventi di ripristino di edifici o parti di essi, eventualmente crollati o demoliti, mediante ricostruzione, purché sia possibile accertarne la preesistente consistenza;
- la preesistenza del portico è attestata dalle testimonianze di coloro che abitavano la corte prima dell'incendio e dalla documentazione fotografica (doc. 7) e catastale (doc. 8, che evidenzia come la sagoma della stalla-fienile fosse allora di 16,9 x 8 metri, proprio per la presenza del manufatto);
- si rinvennero tracce delle colonne portanti che ne delimitano l'area di sedime (doc. 9) la cui altezza corrisponde a quella della stalla-fienile (doc. 7);
- l'invocata disposizione del RUE è superata dalla più ampia previsione legislativa, e di tale avviso è anche l'Ufficio Affari Generali e Giuridici della Regione che si è pronunciato sul rapporto con la norma regionale (cfr. parere 5/5/2014 – doc. 10);

- la nuova fattispecie trova diretta e immediata applicazione nell'ordinamento regionale, in quanto la definizione delle categorie di intervento – rientrando tra i principi fondamentali della materia edilizia – spetta allo Stato;
- l'ingombro planivolumetrico del preesistente fabbricato è ampiamente documentato, e dunque l'intervento rientra nell'attuale definizione di "ristrutturazione edilizia".

E.1 Parte ricorrente chiede il risarcimento dei danni patiti (spese di progettazione, ritardo nell'avvio dei lavori, affidamento maturato medio tempore), da quantificare in corso di causa.

F. Si è costituito in giudizio il Comune di Bologna, eccependo l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, dal momento che la ricorrente non ha impugnato il diniego di valutazione preventiva del 30/7/2015 recante l'annullamento del silenzio-assenso. Nel merito, precisa che il provvedimento 60072/2015 p.g. ha unicamente riguardato il titolo depositato per la sua contrarietà alla normativa edilizia e agli strumenti urbanistici comunali, mentre i contenuti della valutazione preventiva tacitamente assentita sono vincolanti solo se il progetto è legittimo e completo di documentazione e non racchiude un'erronea classificazione dell'intervento (e in ogni caso è sempre ammesso l'esercizio dell'autotutela). Richiama l'evoluzione normativa e ammette che il concetto di ristrutturazione è stato esteso dalla novella di cui al D.L. 69/2013 a ogni edificio non più esistente di cui sia ricostruibile la consistenza originaria con indagine tecnica; purtuttavia esclude che le norme sopravvenute giovino all'esponente, non risultando possibile accertare la preesistente consistenza dei manufatti oggetto di intervento (esistenza ed entità, ossia dimensioni e caratteristiche), posto che comunque non si può prescindere dall'apprezzabile traccia di un edificio preesistente: in particolare, la Sig.ra **** non avrebbe fornito la documentazione idonea a determinare le altezze e l'esatta dimensione in pianta della tettoia, e mancherebbero fotografie

aeree storiche utili a dimostrare l'esatta consistenza del manufatto (occorrerebbe, allo scopo, un progetto dettagliato).

F.1 Nella memoria di replica, la difesa dell'Ente illustra l'adeguamento della normativa urbanistica comunale alla novella legislativa, perfezionatosi il 3/6/2015 e dunque in epoca posteriore all'emanazione degli atti impugnati, con conseguente applicazione del regime cd. di salvaguardia e perdurante vigenza (alla data di presentazione della SCIA) del RUE del 2009 ostativo all'intervento di ricostruzione del portico.

G. All'udienza del 26/1/2021 il gravame introduttivo è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

La ricorrente censura in via principale il provvedimento 2/3/2015, con il quale il Comune di Bologna ha stabilito che la SCIA depositata non può consentire il compimento dell'intervento edilizio ivi rappresentato, per cui ha intimato il ripristino dello stato dei luoghi.

0. L'amministrazione locale intimata eccepisce anzitutto la carenza di interesse al ricorso, non avendo l'esponente ritualmente impugnato il diniego sull'istanza di valutazione preventiva emesso il 30/7/2015 (doc. 9), recante l'annullamento del silenzio assenso formatosi in precedenza.

L'eccezione è infondata.

0.1 L'art. 21 della L.r. 15/2013 statuisce che *“La valutazione preventiva è formulata dallo Sportello unico entro quarantacinque giorni dalla presentazione della relazione. Trascorso tale termine la valutazione preventiva si intende formulata secondo quanto indicato nella relazione presentata”* (comma 2), mentre *“I contenuti della valutazione preventiva e della relazione tacitamente assentita sono vincolanti ai fini del rilascio del permesso e del controllo della SCIA, a condizione che il progetto sia elaborato in conformità a quanto indicato nella richiesta di valutazione preventiva”* (comma 3).

0.1a Pur ravvisandosi un arresto procedimentale per effetto di una valutazione preventiva sfavorevole, è evidente che il pronunciamento (posteriore) che rigetta l'istanza di titolo abilitativo ovvero inibisce gli effetti della SCIA assorbe i contenuti del pregresso intervento dell'amministrazione, con la conseguenza che l'interessato ben può coltivare il gravame avverso il secondo atto sfavorevole, avente carattere definitivo. Nel caso di specie, si assiste all'anomalia di un procedimento preliminare riattivato (in autotutela) e ultimato dopo la presentazione della SCIA, ma la circostanza non interferisce sulla riflessione esposta anche per il principio di economia dei mezzi giuridici (essendo superflua una "duplicazione" dei gravami).

1. Nel merito, è fondato il primo motivo di ricorso, a carattere procedimentale.

1.1 Come statuisce chiaramente l'art. 21 comma 2 della L.r. 15/2013 già riportato, il silenzio dell'amministrazione produce gli effetti dell'atto favorevole e i contenuti della relazione del privato tacitamente assentita sono vincolanti ai fini del rilascio del titolo abilitativo e del controllo sulla SCIA: per effetto dell'assenso formatosi in virtù dello spirare del termine (45 giorni) l'amministrazione deve allinearsi alla prospettazione del richiedente, con la condizione "*... che il progetto sia elaborato in conformità a quanto indicato nella richiesta di valutazione preventiva*" (coincidenza che non risulta messa in dubbio nella fattispecie).

Di conseguenza, il Comune che riceve gli elaborati in seconda battuta deve soltanto accertare la loro corrispondenza alla "*relazione predisposta da un professionista abilitato, contenente i principali parametri progettuali*", stabiliti dal RUE (cfr. art. 21 comma 1): la verifica positiva della coerenza del progetto dettagliato redatto *ex post* con la prospettazione preliminare è condizione necessaria e sufficiente per il rilascio del titolo abilitativo edilizio (o per l'operatività piena della SCIA). E' dunque inaccettabile il rilievo "*fuori tempo massimo*" dell'illegittimità dell'intervento o della sua scorretta qualificazione, trattandosi di profili sui quali l'amministrazione si

è già tacitamente pronunciata consentendo lo spirare del termine. Né il Comune ha precisato in cosa consisterebbe l'incompletezza o la dolosa infedeltà della domanda, le quali vengono associate a specifiche pronunce giurisprudenziali senza essere sviluppate o adattate al concreto caso di specie.

1.2 Pertanto, la valutazione preventiva positiva era valida ed efficace nel momento in cui è stata emessa l'ordinanza 60072/2015 p.g., con conseguente illegittimità di quest'ultima per contraddizione con l'assenso maturato avente effetti vincolanti, salva la sua rimozione con lo strumento appropriato.

1.3 A quest'ultimo riguardo, l'amministrazione conserva la prerogativa dell'autotutela, ma l'esercizio del potere dev'essere accompagnato dal rispetto delle garanzie sancite dalla legge (cfr. art. 21-nonies della L. 241/90) a favore dell'interessato, ossia la ragionevolezza del termine e il bilanciamento dell'interesse pubblico con l'affidamento maturato circa un consolidamento della decisione amministrativa. Anche nella materia che ci occupa, la giurisprudenza ha chiarito che i provvedimenti di annullamento in autotutela di precedenti titoli edilizi sono attratti all'alveo normativo dell'art. 21-nonies della L. 241/90 che, per effetto delle riforme introdotte dal legislatore, ha riconfigurato il relativo potere attribuendo all'amministrazione un coefficiente di discrezionalità che si esprime attraverso la valutazione dell'interesse pubblico in comparazione con l'affidamento del destinatario dell'atto: così *“i presupposti dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio dei titoli edilizi sono costituiti dall'originaria illegittimità del provvedimento, dall'interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione (diverso dal mero ripristino della legalità violata), tenuto conto anche delle posizioni giuridiche soggettive consolidate in capo ai destinatari”* (Consiglio di Stato, sez. VI – 25/5/2020 n. 3277 i precedenti ivi evocati).

1.4 La comunicazione di avvio del procedimento del 27/2/2015, alla quale l'atto del 30/7/2015 si richiama *per relationem*, qualifica l'intervento come “nuova costruzione” e ravvisa un contrasto con il RUE, ma non illustra minimamente le

ragioni di interesse pubblico né soppesa l'opposta posizione giuridica sostanziale maturata dal soggetto privato. Né sono state addotte ragioni a sostegno dell'urgenza, visto che a distanza di 3 giorni il Comune ha inibito gli effetti di una SCIA peraltro a efficacia differita.

1.5 L'esposta riflessione resta valida anche in mancanza dell'impugnazione dell'atto in autotutela. Quest'ultimo infatti, come già anticipato, non può interferire sull'illegittimità dell'inibizione degli effetti della SCIA e si rivela altresì inidoneo a orientare la futura azione amministrativa comunale.

2. E' fondato anche il secondo motivo, di carattere sostanziale.

2.1 Come ha chiarito la giurisprudenza (T.A.R. Liguria, sez. I – 28/9/2020 n. 642), *“mentre in precedenza la riedificazione di un rudere era qualificata come nuova costruzione, la novella legislativa del 2013 ha allargato il concetto di ristrutturazione all'ipotesi di edificio che non esiste più, ma di cui si rinvengono resti sul territorio e di cui si può ricostruire la consistenza originaria con un'indagine tecnica (in tal senso cfr., ex multis, Cons. St., sez. VI, 3 ottobre 2019, n. 6654; T.A.R. Liguria, sez. I, 11 giugno 2020, n. 364; T.A.R. Toscana, sez. III, 26 maggio 2020, n. 631)”*: la pronuncia ha puntualizzato che *“l'accertamento della consistenza iniziale del manufatto demolito o crollato deve fondarsi su dati certi ed obiettivi, quali, ad esempio, documentazione fotografica, aerofotogrammetrie e mappe catastali, che consentano di delineare, con un sufficiente grado di sicurezza, gli elementi essenziali dell'edificio diruto (in tal senso cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 23 dicembre 2019, n. 6098)”*.

Nello stesso senso si è espresso T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I – 6/7/2020 n. 517, per cui *“La L. n. 98 del 2013 ha superato la previgente nozione di ristrutturazione, che non ricomprendeva gli interventi finalizzati a ricostruire edifici allo stato di rudere, sul presupposto che la demolizione e successiva ricostruzione richiedesse necessariamente la sussistenza di un immobile da ristrutturare.... E' necessario e sufficiente, quindi, per qualificare l'intervento come ristrutturazione, che l'originaria consistenza dell'edificio sia individuabile sulla base di*

riscontri documentali od altri elementi certi e verificabili (Cass. pen. Sez. III, 25-06-2015, n. 26713; Cass. pen. Sez. III, 30 settembre 2014, n. 40342)”.

2.2 Il Comune di Bologna ha rilevato che, per quanto allargato, il concetto di ristrutturazione non può ontologicamente prescindere quantomeno dall'apprezzabile traccia di una costruzione preesistente, mancando la quale non si ravvisa il tratto distintivo fondamentale che caratterizza la “ristrutturazione” rispetto alla “nuova edificazione” e che è rappresentato, a norma della definizione generale dettata dall'art. 3 DPR 380/2001, dalla “trasformazione” di organismi edilizi, la quale presuppone che l'intervento si riferisca a una porzione di territorio a sua volta già compiutamente trasformata (Consiglio di Stato, sez. IV – 4/2/2020 n. 907, richiamato da T.A.R. Toscana, sez. III – 28/12/2020 n. 1737). Come ha evidenziato la pronuncia del giudice di prime cure appena evocata *“Connaturata alla ristrutturazione edilizia è la ragion d'essere del recupero e della riqualificazione del patrimonio edilizio esistente, strumentale alla sempre più avvertita esigenza di contenere il consumo di suolo”* e *“Se così è, il testo novellato dell'art. 3 D.P.R. n. 380 del 2001 deve essere letto nel senso che il "ripristinato" di edifici, per integrare ristrutturazione, richieda l'esistenza almeno di un rudere o comunque di resti attestanti la passata presenza dell'edificio e comportanti un impegno di suolo ancora in essere, a prescindere dalla loro incapacità di rivelare la consistenza originaria dell'immobile, cui sia necessario pervenire attraverso un'indagine storico-tecnica”* (cfr. T.A.R. Toscana, sez. III, 26 maggio 2020)”.

2.3 Nel caso di specie, quest'ultimo presupposto è soddisfatto dall'avvenuta ristrutturazione (già compiuta) del fabbricato destinato in passato a stalla-fienile (identificato come edificio B e ben visibile nelle fotografie allegate).

2.4 In applicazione dei criteri suindicati, ritiene il Collegio che la deducente abbia prodotto plurimi e coerenti elementi che, oltre a costituire una chiara testimonianza del fabbricato sul territorio, permettono di individuarne in maniera attendibile la pregressa effettiva consistenza.

In particolare, appaiono suscettibili di valorizzazione i seguenti documenti, al fine di ricostruire le dimensioni e le caratteristiche dell'edificio da ripristinare:

- i rilievi fotografici del rudere (doc. 7 ricorrente, n. 1, 3, e 5), nei quali risulta visibile il porticato sull'estremità est quale prolungamento dell'edificio, a sua volta rappresentato nelle altre fotografie (n. 2 e n. 4);
- il confronto tra la cartografia storica "Bologna stato attuale 1941" e la foto aerea 2002, dal quale si evince una differente lunghezza tra le 2 sagome a favore della prima;
- l'elemento di prova delle colonne portanti che ne delimitano l'area di sedime (doc. 9).

2.5 Il rilievo, sollevato dal Comune, che la documentazione sia insufficiente per dimostrare l'altezza e la consistenza del porticato (peraltro generico) integra un'inammissibile integrazione della motivazione. Si tratta infatti di argomenti nuovi opposti dall'Ente locale, che ha fatto ricorso ad elementi istruttori non rappresentati nel corso del procedimento in violazione delle garanzie partecipative e del contraddittorio con l'interessata, nonché in violazione dell'incomprimibile esigenza di delimitazione del controllo giudiziario e del diritto di difesa della parte privata lesa dall'atto impugnato (T.A.R. Veneto, sez. I - 28/4/2020 n. 385, che richiama *ex pluribus* Consiglio di Stato, sez. VI - 4/1/2019 n.103; Consiglio di Stato, sez. VI - 19/10/2018 n. 5984). L'atto impugnato si è infatti limitato a richiamare la disposizione del RUE per tempo vigente, e la necessaria prova mediante l'insistenza di "almeno il 50% delle strutture perimetrali esterne e di un elemento della copertura che permetta di individuare l'altezza dell'edificio". La disposizione invocata non è applicabile alla luce dell'art. 3 comma 2 del DPR 380/2001, per cui le definizioni degli interventi edilizi di cui al comma precedente "... prevalgono sulle disposizioni degli strumenti urbanistici generali e dei regolamenti edilizi".

2.6 Quest'ultimo rilievo depotenzia l'ulteriore argomentazione della difesa comunale (cfr. memoria di replica), secondo la quale la SCIA sarebbe stata presentata quando la norma urbanistica che ha recepito la novella legislativa era stata solamente adottata, e pertanto si ricadeva nell'arco temporale di salvaguardia nel quale il testo vigente era (ancora) la norma del RUE 2009 richiamata a fondamento del diniego.

2.7 In aggiunta, il Collegio propende per una lettura della cd. "salvaguardia" in senso diverso da quanto afferma il Comune, dal momento che l'avvio dell'*iter* di modifica in recepimento della novella legislativa avrebbe dovuto, al più, indurre il Comune a "*sospendere ogni determinazione*" fino all'adeguamento del RUE in senso favorevole alla parte istante, poi intervenuto il 3/6/2015. Dunque, anche sotto questo profilo è illegittimo conferire valore ostativo a una norma di piano in corso di trasformazione.

3. In conclusione, il ricorso è fondato e merita accoglimento.

4. Non merita apprezzamento l'istanza risarcitoria, per difetto di prova. L'unica voce di danno esibita (le spese di progettazione per la ricostruzione del porticato - doc. 11 e 12 ricorrente) potrà essere "assorbita" grazie all'effetto conformativo della presente pronuncia, che potrebbe permettere alla ricorrente di ottenere il bene della vita al quale aspira.

5. Le spese di giudizio possono essere parzialmente compensate, alla luce della soccombenza reciproca.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando accoglie il ricorso introduttivo in epigrafe, e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato del 2/3/2015.

Condanna il resistente Comune a corrispondere alla parte ricorrente la somma di 2.500 € a titolo di compenso per la difesa tecnica, oltre a oneri di legge.

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

La presente sentenza è depositata con le modalità previste dal processo telematico, e la Segreteria della Sezione provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in video-conferenza, con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Maria Ada Russo, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Stefano Tenca

IL PRESIDENTE
Giancarlo Mozzarelli