



N.4645/2008

Reg. Dec.

N. 7742 Reg. Ric.

Anno 2007

**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 Quarta) ha pronunciato la seguente

**DECISIONE**

sul ricorso in appello iscritto a NRG 7742 dell'anno 2007, proposto dalla Società PASSARELLI S.p.A., in persona del suo Amministratore Unico pro tempore, rappresentato e difeso dagli Avvocati Giuseppe Abbamonte, Francesco Maria Del Vecchio, Roberto Prozzo, con domicilio eletto in Roma, presso lo studio Abbamonte – Titomanlio, via Terenzio, n.7;

**contro**

- Cangiano Patrizia, Glielmo Guido, Glielmo Maria Antonietta, Guarriello Cosimo, Longo Valentina, Marsiglia Vincenzo, Randano Teresa ved. Coletta, Capuozzo Rosa, De Pierro Anna, Zollo Paolo, rappresentati e difesi dagli avv.ti Patrizia Mittiga Zandri e Luca Coletta, presso lo studio della prima, elettivamente domiciliati in Roma, Lungotevere Michelangelo n.9;

- Guarriello Luigi, non costituito in giudizio;

**e nei confronti**

del COMUNE di BENEVENTO, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv.ti Massimo Pagano e Luigi Giuliano, presso lo studio del primo elettivamente domiciliato in Roma, via G. Belluzzo, n.27/1;

**per l'annullamento**

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, VIII Sezione, n. 6836 / 2007, pronunciata tra le parti;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione della parte appellata e del Comune di Benevento;

Viste le memorie prodotte dalle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del 27 maggio 2008 il consigliere *Vito Carella*;

Uditi gli avv.ti G. Abbamonte e Roberto Prozzo in proprio e su delega dell'avv. Pagano e di Gioia su delega dell'avv. Patrizia Mittiga Zandri;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

### **F A T T O**

I ricorrenti originari, proprietari di appartamenti ubicati in fabbricati frontisti, hanno impugnato il permesso di costruire n. 407 del 16.03.2006, assentito dal Comune di Benevento alla società appellante per eseguire lavori di demolizione integrale e ricostruzione di un fabbricato sito in zona F4 di P.R.G. (unitamente ad altri atti, quali: precedente DIA, DIA in variante, silenzio assenso su DIA, relazioni d'ufficio, parere della Commissione edilizia, revoca della sospensione lavori).

Il Tribunale Amministrativo Regionale in epigrafe indicato, respinte le eccezioni, ha accolto il ricorso proposto dagli interessati, rilevando:

a. \_ la contrarietà, rispetto alla normativa urbanistica in vigore, del provvedimento edilizio che ha consentito di realizzare fuori terra un doppio livello, corrispondente ai volumi destinati ad autorimessa, con

sopraelevazione (fuori sagoma) per un pari numero di piani;

b. \_ l'obbligo in capo al Comune di disporre la riduzione in pristino del manufatto, evento questo in grado di assicurare integrale soddisfazione alla pretesa risarcitoria di parte ricorrente.

Con il gravame in esame, la società costruttrice Passarelli ha chiesto che il ricorso di primo grado sia dichiarato inammissibile e comunque respinto, deducendo – alla stregua di quattro motivi di appello – la tardività del ricorso di primo grado; la sua inammissibilità avverso le DIA e la improcedibilità per carenza di interesse contro il permesso di costruire; l'ultrapetizione; la regolarità del permesso di costruire in quanto la maggiore altezza, con la traslazione della sagoma verso l'alto, è dovuta all'inserimento degli spazi a parcheggio e del porticato ad uso pubblico.

Si è costituito in giudizio il Comune appellato, chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via gradata, rigettare il ricorso di prime cure per ragioni sostanzialmente identiche a quelle sviluppate dalla società appellante.

Resistono nel giudizio i frontisti, che hanno confutato le eccezioni ed opposto la illegittimità dei titoli edilizi, concludendo per il rigetto dell'appello.

Le parti hanno ulteriormente illustrato le proprie difese con rispettive memorie.

Alla udienza del 27 maggio 2008, la causa è stata trattenuta in decisione.

## **DIRITTO**

**1.** La questione controversa attiene a demolizione integrale di un fabbricato preesistente in zona F4 del Comune di Benevento e ricostruzione in sua vece di un edificio composto di due piani interrati destinati ad autorimesse, porticato, locali commerciali ed appartamenti (n. 46), con traslazione della

sagoma verso l'alto di due piani rispetto a quella precedente: in particolare, la società appellante ed il Comune sostengono la regolarità urbanistica dell'intervento in quanto i garages non vanno computati ai fini volumetrici ed il P.R.G. non impone il rispetto della sagoma preesistente, né pone alcun limite di altezza.

L'appello è infondato e deve essere respinto, con integrale conferma della sentenza gravata.

2. – Preliminarmente deve essere osservato che il costituito Comune di Benevento, con la memoria non notificata del 12 novembre 2007, nel gravare la sentenza che ne occupa, chiede – in via principale – la declatoria di irricevibilità del ricorso di primo grado per la sua tardività e, in via gradata, il rigetto nel merito, eccezioni queste espressamente disattese dal TAR: però, l'Amministrazione Comunale è stata parte soccombente nel giudizio in prime cure, destinataria dell'obbligo di ripristino del manufatto, e condannata in solido alle spese di lite.

Secondo consolidato orientamento di questo Consiglio, in sede di appello, eccezioni e censure disattese dal giudice di primo grado devono essere riproposte con appello in via principale o, al limite, con appello incidentale autonomo (improprio), ove siano osservati gli ordinari termini per appellare, e non con semplice memoria (cons. St., VI, 22 aprile 2008, n. 1837; V, 6 dicembre 2007, n. 6276; V, 20 maggio 2004, n. 3439; IV, 16 dicembre 1980, n. 1214).

Ne segue l'inammissibilità di costituzione del Comune di Benevento e l'impossibilità per l'adita Sezione di conoscere le relative domande inutilmente proposte.

3. \_ In linea pregiudiziale vanno ora prese in considerazione le eccezioni

sollevate dalla società appellante nei confronti del ricorso di primo grado (del resto omologhe a quelle dell'Amministrazione comunale).

Con il primo motivo di appello viene dedotta la tardività del ricorso introduttivo notificato dai frontisti il 30.09.2006 nell'assunto dell'anteriore conoscenza, al mese di aprile o al massimo ai primi di giugno, degli atti edilizi assentiti dal Comune o in relazione allo sviluppo dell'intervento contestato.

Giustamente il T.A.R. ha escluso rilevanza alle tre ragioni eccepite di intempestività, posto che:

- a. \_ la discussione che si è svolta nell'assemblea condominiale del giorno 26.04.2006 porta ad escludere la conoscenza piena della vicenda, essendosi i condomini confrontati sulla necessità di verificare "le varie autorizzazioni";
- b. \_ non vi è prova che il Comitato cittadino di tutela, il quale in data 17 maggio ha promosso esposto alla Soprintendenza di Caserta, risulti composto quantomeno dai soggetti ricorrenti perché "presentato dal solo Presidente" non impugnante;
- c. \_ il successivo esposto al Comune del 03/05 giugno 2006 contiene sì una serie di firme ma, a tutto concedere, dalla lettura dell'esposto "non è in ogni modo possibile riscontrare la presenza delle firme di almeno cinque degli attuali ricorrenti".

Gli odierni appellati, a confutazione degli elementi presuntivi e indiziari di inammissibilità rappresentati, anche in questa sede oppongono che oggetto della impugnativa in primo grado sono i provvedimenti autorizzativi delle opere contestate, vale a dire non solo il permesso di costruire n. 407 del 16 marzo 2006 ma anche, e soprattutto, l'ordinanza n. 104 del 27/07/2006 (recante la revoca della precedente ordinanza di sospensione lavori n. 86 del

23/06/2006), che ha consentito il completamento strutturale del fabbricato per i tre livelli fuori terra su viale degli Atlantici quando, al momento della sospensione lavori, erano stati realizzati “i soli pilastri del primo livello (vedi relazione della vigilanza edilizia del 16/06/2006)”.

Ad avviso del Collegio, la sentenza impugnata è esente dalla censura mossa e, quindi, il ricorso di primo grado deve essere apprezzato tempestivo, come affermato dai primi giudici, perché l'esistenza di una situazione apparente e di fatto consolidata deve essere esclusa almeno fino al 27/07/2006, allorché è stata emessa l'ordinanza che ha autorizzato la ripresa dei lavori.

Infatti, non solo il ritiro della sospensione lavori ha assunto in vicenda rilevanza centrale ai fini della lesione e della sua conoscenza, ma anche, come ammesso dalla stessa società appellante in Camera di Consiglio, comunque non tutti gli odierni appellanti hanno sottoscritto il suddetto esposto del giugno 2006, con la conseguenza, sul piano processuale, che parte ricorrente non ne può trarre alcuna utilità pratica sostanziale, essendo sufficiente un solo interessato non firmatario a sorreggere l'interesse sostanziale e processuale propugnato.

Il motivo va quindi respinto.

4. \_ Priva di pregio è anche la seconda censura di gravame, che è incentrata sull'argomento che il ricorso di primo grado è inammissibile in quanto andava impugnato il silenzio del Comune sulla richiesta di porre in essere i provvedimenti sanzionatori, non il silenzio sulle DIA, a tale scopo richiamandosi due precedenti di questa Sezione (IV, 22.07.2005, n. 3916 e 15.09.2006, n. 5394): da qui l'ulteriore conseguenza, in assenza della diffida volta a provocare l'esercizio dei poteri di vigilanza comunale, della inammissibilità della originaria impugnazione per carenza di interesse,

atteso che la società appellante potrebbe realizzare egualmente l'opera in virtù della DIA.

Al riguardo viene agevole sottolineare, innanzitutto, che nella specie si tratta di intervento in realtà soggetto a concessione edilizia in relazione alla totale demolizione e nuova costruzione integrale, come è dimostrato appunto dall'assentito permesso di costruire, anch'esso oggetto di impugnazione.

Inoltre, i ricorrenti iniziali hanno gravato il provvedimento esplicito del Comune, di revoca della sospensione lavori (che ha consentito di portare a compimento fuori sagoma di due ulteriori piani), il che porta ad escludere specificità nella fattispecie ai precedenti innanzi richiamati in ordine alle modalità di impugnazione di una DIA.

Infine, ed è dirimente, la vicenda di causa non è caratterizzata da aspetti di pretesa illegittimità rilevabili sin dall'inizio dell'attività edificatoria posta in essere (sbancamento), o da un cartello contenente gli estremi del provvedimento concessivo e indicativo del numero di piani da realizzare (né ciò è stato prospettato), bensì dal raggiungimento materiale dell'altezza in asserito contrasto alla normativa urbanistica, senza che sia stata eccepita in modo certo una conoscenza anticipata del fatto edilizio lesivo (l'avvenuto accesso non è ragione sufficiente quando le D.I.A. sono state superate dal successivo permesso assentito ed i cennati riferimenti tecnici contenuti negli esposti, che dovrebbero dimostrare una conoscenza piena dell'impianto progettuale, non sono risolutivi perché circostanze non complete che possono essere state acquisite in via diretta e per sentito dire).

Al Contrario, l'unico dato obiettivo è, invece, rappresentato dalla revoca della sospensione lavori e relativa ripresa degli stessi, che ha reso inequivocabile la lesione alla luce della reale modalità costruttiva sui diversi

fronti in dislivello.

Ne segue, diversamente da quanto rappresentato dall'appellante, la procedibilità del ricorso di primo grado.

5. \_ Da disattendere è altresì la terza doglianza di gravame con la quale viene denunciato un vizio di ultrapetizione in quanto il T.A.R. si sarebbe pronunciato in ordine ai “volumi interrati” e non in relazione alle ragioni prospettate dai ricorrenti: costoro, infatti, avevano sostenuto che l'intervento non rientrava nell'ambito della ristrutturazione edilizia e, in particolare, che i garage dovevano essere computati nella volumetria, perché la norma di Regolamento che ne escludeva il computo era una norma abrogata dalle sopravvenute NTA del PRG, che di contro sarebbero invece tutt'ora in vigore.

Sul punto si osserva che il T.A.R. ha unicamente dato risposta alla censura ed alle contrapposte resistenze circa la non computabilità degli interrati ai fini volumetrici, con un ragionamento volto a dimostrare l'inconciliabilità della tesi di un loro recupero volumetrico fuori terra corrispondente ai volumi interrati, ricostruzione logica correttamente apprezzata non puntuale rispetto all'art. 26 della NTA ed in contrasto alla normativa urbanistica in vigore.

Ed, infatti, questa N.T.A. prevede solo che “in tutte le nuove edificazioni, comprese le ristrutturazioni integrali, è consentita la realizzazione di uno o più piani interrati, da destinare a servizi (autorimesse, depositi, cantine) non computabili ai fini dell'edificabilità fondiaria e territoriale”.

Orbene, tale disposto, se consente la realizzazione di piani interrati, non prevede affatto la possibilità di recuperare – più che volumetricamente – spazialmente in altezza le superfici relative: ma ciò impinge nel merito del

successivo motivo di lamentela.

Qui è sufficiente rilevare come i primi giudici, diversamente da quanto dedotto, non sono andati in ultrapetizione e non hanno violato il principio di corrispondenza tra domanda e decisione.

6. - Con il quarto mezzo la società appellante afferma la legittimità del permesso di costruire, annullato dal T.A.R., in quanto nulla impediva di realizzare il fabbricato con la stessa volumetria, ma con una maggiore altezza rispetto al fabbricato preesistente, a tal fine svolgendo un complesso di ragionamenti intorno a carico urbanistico, differenza tra superficie e volume, non rilevanza dei parcheggi per il computo volumetrico, recupero delle sole volumetrie residenziali fuori terra, in relazione alle “vecchie norme” del Regolamento edilizio sempre costantemente applicate dal Comune e non abrogate dalla Variante di P.R.G., che consentono di realizzare il nuovo fabbricato con una diversa sagoma, e senza limiti di altezza.

Il punto nodale della controversia è appunto relativo a questo sviluppo in altezza della sagoma preesistente, che i primi giudici hanno censurato, escludendo che gli articoli 10 e 26 delle N.T.A. possano essere letti nel senso di autorizzare una elevazione fuori terra pari all'altezza dei piani interrati realizzati per il ricovero di autovetture.

Il citato articolo 26 è già stato innanzi riportato, mentre ora va illustrato l'art. 10 il quale dispone che “.....in assenza di altre indicazioni specifiche, debbono essere quantitativamente mantenute le volumetrie esistenti fuori terra, eventualmente disposta in modo diverso dall'attuale, ma nel rispetto delle indicazioni di piano particolareggiato; oppure, nel caso di nuova edificazione, debbono essere realizzate le volumetrie consentite dalle norme

vigenti”; quanto alle specifiche indicazioni di piano particolareggiato, la scheda LX di tale zona F4 prevede che “.....l’area in corrispondenza dell’incrocio con via Perinetti può essere utilizzata per la realizzazione di un’attrezzatura alberghiera che lasci libera la visuale verso valle del Sabato adattandosi al terreno”.

Orbene, ai fini dell’inquadramento della fattispecie contestata, le circostanze addotte dalla società appellante appaiono del tutto irrilevanti perché il quadro normativo urbanistico edilizio asseritamente vigente presso il Comune di Benevento non può andare disgiunto da un’interpretazione in coordinamento alla legislazione statale di riferimento.

In primo luogo, l’inconsistenza giuridica del processo argomentativo addotto urta con la configurazione dell’intervento come ristrutturazione dell’esistente, e cioè di un mutamento della forma o dell’aspetto di qualcosa che pur sempre resta la stessa nella sua entità fisica rispetto al momento precedente: quindi, le volumetrie esistenti fuori terra possono essere eventualmente disposte in modo diverso dallo stesso schema di sagoma, atteso che il concetto di “volume” esprime un rapporto di tutti gli elementi costitutivi del complesso architettonico, compreso perciò i parametri della densità fondiaria e dell’altezza.

Nello specifico, essendo consentito di disporre diversamente la volumetria esistente fuori terra, la “scatola” del corpo di fabbrica poteva essere allungata o allargata o sfalsata, ma non elevata, nei limiti inderogabili fissati dagli articoli 7 e 8 del D.M. 02.04.1968 (in materia di volumetria, altezza e destinazione di uso degli immobili).

Detti standards inderogabili previsti dal citato D.M. si applicano ai nuovi piani regolatori generali (tale essendo una variante urbanistica generale) e,

in particolare, relativamente all'argomento di causa, l'art.8 dispone che "l'altezza massima dei nuovi edifici non può superare l'altezza degli edifici preesistenti e circostanti".

E' così dimostrato come l'altezza massima del realizzato edificio non poteva superare quella dell'immobile preesistente, in conformità dell'altezza del demolito fabbricato e degli edifici circostanti, ai sensi del richiamato articolo 8, pur ad essere veritiera la deduzione che la nuova variante generale non ha previsto limiti di altezza.

Ed, invero, come erroneamente sostenuto, le vecchie norme del Regolamento edilizio, quand'anche costantemente interpretate e interpretabili nel senso fatto proprio dall'appellante, non possono minimamente sopravvivere e prevalere sulle prescrizioni del citato D.M. che stabilisce, per la formazione dei nuovi strumenti urbanistici e per la revisione di quelli esistenti, limiti per la dimensione delle costruzioni qualificate espressamente inderogabili, tra cui sono esplicitamente menzionati quelli relativi all'altezza dei fabbricati ed alle densità massime ammissibili.

Se poi, la situazione territoriale non consente di recuperare tutti i volumi fuori terra preesistenti, ciò costituisce mero condizionamento di fatto che non abilita certo ad elevare in altezza ed in violazione ai parametri fissati dal citato D.M..

Questo motivo decisivo va di conseguenza respinto.

7. – Per esaustività, va anche affrontato il profilo secondario di quest'ultima censura, secondo il quale – a dire della società appellante – nel caso di specie, sono stati computati ai fini volumetrici tutti i locali destinati a residenza o altre attività, con esclusione dei soli volumi tecnici e del piano

destinato a garage, come consentito dall'art. 2, punto 8 delle N.T.A., in quanto "nello strumento di pianificazione è prevalso il vincolo di destinazione, nel senso che tutti i volumi destinati ad autorimessa, indipendentemente dalla loro collocazione dentro o fuori terra, non devono essere compresi nel computo della volumetria. Sicchè, nel caso di specie, ben si è fatto scorporando dai volumi da ricostruire quelli delle autorimesse, ancorché realizzate in parte fuori terra, non per volontà dell'appaltatore ma a causa del dislivello tra le due strade" (cfr. memoria pag. 19).

In proposito, viene agevole considerare, in primo luogo, che la società appellante, anziché seguire l'andamento del terreno, ha preferito uniformare le quote, così andando fuori terra e, nel contempo, realizzando anche interrati.

In secondo luogo, la realizzazione di autorimesse e parcheggi, se non effettuata totalmente al di sotto del piano di campagna naturale (interrati secondo il citato art. 26 N.T.A), sono soggetti alla disciplina urbanistica come ordinarie nuove costruzioni fuori terra (Con.St., IV, 11 novembre 2006, n. 6065; V, 29 marzo 2004, n. 1662).

Stabilisce, infatti, l'art. 9 della legge 24.3.1989, n. 122 che "i proprietari di immobili possono realizzare nel sottosuolo degli stessi ovvero nei locali siti al piano terreno dei fabbricati parcheggi da destinare a pertinenza delle singole unità immobiliari anche in deroga agli strumenti urbanistici ed ai regolamenti edilizi vigenti".

La norma continua disponendo che tali parcheggi possono essere realizzati, ad uso esclusivo dei residenti, anche nel sottosuolo di aree pertinenziali esterne al fabbricato purché non in contrasto con i piani urbani del traffico,

tenuto conto dell'uso della superficie sovrastante e compatibilmente con la tutela delle risorse idriche.

In base alla norma ora riportata, i predetti parcheggi devono essere realizzati, se non vengono a ciò adibiti i locali del piano terra di un fabbricato, o nel sottosuolo dello stesso fabbricato ovvero nel sottosuolo di un'area pertinenziale esterna (V, n. 1662/04 citata).

Le autorimesse in questione, pertanto, non rientrando nell'ambito di operatività dell'art. 9 della legge n. 122 del 1989 ora riportato, in base alla quale, se si tratta di costruzioni nel sottosuolo, è possibile la loro realizzazione anche in contrasto con le norme urbanistiche relative alla zona (non con quelle paesaggistiche), sono soggette alla disciplina urbanistica generale come ordinarie nuove costruzioni e, a tale scopo, la disposizione non abilita certo a recuperare i volumi interrati preesistenti da collocare fuori terra come autorimesse e, per di più, che è l'argomento centrale, in eccesso al limite di altezza consentito per il fabbricato ricostruito.

Deve dunque concludersi per la computabilità dei relativi volumi, nella specie, pacificamente non interrati e realizzati completamente fuori terra (Cons. St. , IV, 29 gennaio 2008, n. 271)

Anche questo aspetto di doglianza va perciò rigettato.

Ne consegue la evidente illegittimità della concessione edilizia oggetto di impugnazione in primo grado e l'esattezza di soluzione data dai primi giudici.

**8. \_** Sulla scorta delle considerazioni che precedono l'appello va pertanto totalmente respinto.

Tuttavia, per la complessità stessa della vicenda, sussistono le giuste ragioni per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite.

**P.Q.M.**

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando, dichiara inammissibile la costituzione del Comune di Benevento e respinge l'appello in epigrafe proposto dalla società Passarelli S.p.A.

Compensa le spese di lite.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, il 27 maggio 2008, presso la Sede del Consiglio di Stato, Palazzo Spada, nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei signori:

Costantino	SALVATORE	Presidente f.f.
Bruno	MOLLICA	Consigliere
Eugenio	MELE	Consigliere
Sandro	AURELI	Consigliere
Vito	CARELLA	Consigliere, est.
L'ESTENSORE Vito Carella		IL PRESIDENTE, f.f. Costantino Salvatore

IL SEGRETARIO  
Giacomo Manzo

***Depositata in Segreteria***

**II 26/9/2008**

(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)

Per il / Il Dirigente

Dott. Giuseppe Testa