

Publicato il 12/09/2024

N. 04924/2024 REG.PROV.COLL.
N. 04635/2023 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 della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4635 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Vittorio Puopolo, Elena Costruzioni S.r.l. in liquidazione, rappresentati e difesi dall'avvocato Raffaele Granata, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Acerra, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Pasquale Pintauro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento **di diniego del permesso di costruire** pratica prot. n.

49650 del 13.6.2023, notificato a mezzo pec il 10.8.2023;

- di ogni altro atto e/o provvedimento, preordinato, connesso o conseguente, se ed in quanto lesivo degli interessi dei ricorrenti.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Puopolo Vittorio il 22/3/2024:

- del provvedimento prot. n. 4961 del 15/01/2024 di diniego definitivo a seguito di riesame del permesso di costruire pratica prot. n. 49650 del 13.6.2023, notificato a mezzo pec in pari data;

- di ogni altro atto e/o provvedimento, preordinato, connesso o conseguente, se ed in quanto lesivo degli interessi dei ricorrenti

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 giugno 2024 la dott.ssa Mariagiovanna Amorizzo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con istanza prot. n. 49650 del 13.6.2023 al SUAP del Comune di Acerra, la “*Elena Costruzioni srl*”, ha chiesto il rilascio del titolo abilitativo per realizzazione e l’esercizio di un’attività di autorimessa privata (parcheggio all’aperto) su suolo di sua proprietà sito in Acerra (Na) alla via Verdi n. 54, identificato catastalmente al fg. 38 p.lle 1441 e 1442.

Gli interventi in progetto consistono in un piazzale destinato ad ospitare

n. 19 stalli delle dimensioni di 2,40 x 5,00 metri e n. 1 stallo per disabili delle dimensioni di 4,00 x 5,00 metri, un'inferriata di altezza 2,00 metri, priva di opere murarie a protezione dell'area di parcheggio, un impianto per la raccolta ed il trattamento delle acque di dilavamento e un impianto di illuminazione e videosorveglianza.

Con il ricorso introduttivo la parte ricorrente ha impugnato il provvedimento notificato a mezzo pec il 10.8.2023, con il quale il Comune, prendendo atto delle osservazioni presentate dalla società istante, concludeva il procedimento con decisione di diniego così motivata:

“1. L'intervento non è compatibile con la destinazione d'uso della zona omogenea del vigente PRG in cui ricade il lotto, determinando l'inammissibilità dell'intervento;

2. Da controllo degli atti d'ufficio è emerso che i lotti oggetto d'intervento derivano dal frazionamento del lotto di maggiore consistenza, individuato in catasto al foglio 38 part. 851, pertinenza del fabbricato 5 legittimato con concessione edilizia in sanatoria provv. 336/96 Legge 47/85”.

La parte ricorrente ha affidato il gravame ai seguenti motivi:

1.1. violazione artt. 1, 3, 10 e 10bis l. n. 241/90. eccesso di potere, violazione del principio del giusto procedimento e di buona amministrazione, omissione del preavviso di diniego. Il diniego impugnato contempla un motivo ostativo al rilascio del titolo abilitativo non preannunciato in sede di preavviso di diniego sicché, sotto tale latitudine, il contraddittorio preventivo, benché innescato dall'amministrazione, è stato del tutto virtualizzato.

1.2. violazione art. 1 e 3 l. n. 241/90 – difetto di istruttoria e di

motivazione – eccesso di potere – sviamento – inesistenza del presupposto. Le p.lle 1441 e 1442 del foglio 38, di proprietà della società istante, né catastalmente né sostanzialmente sono collegate con vincolo di pertinenzialità alla diversa ed aliena particella in cui insiste il fabbricato oggetto di condono.

2.1 – violazione artt. 1 e 3 l. n. 241/1990 – omessa istruttoria – difetto di motivazione – violazione art. 10bis l. n. 241/90 – eccesso di potere – omessa valutazione osservazioni – simulazione contraddittorio procedimentale. L'Amministrazione ha omesso di esprimersi sulle osservazioni presentate dalla parte ricorrente.

2.2. - violazione artt. 1 e 3 l. n. 241/1990 – omessa istruttoria – difetto di motivazione. La motivazione del diniego è del tutto insufficiente anche quanto alla generica affermazione di contrasto dell'opera con lo strumento urbanistico, non avendo il Comune indicato le norme urbanistiche ritenute ostative all'intervento. L'intervento ricade in zona omogenea C1 - Riqualificazione di primo grado, la quale prevede, quali destinazioni compatibili, quella residenziale e quella terziaria (e comunque commerciale secondo il P.P.) nonché quella a standard urbanistici, sicché l'amministrazione avrebbe dovuto compiutamente motivare la incompatibilità a fronte delle diverse destinazioni ammissibili, tenuto conto della natura dell'intervento progettato (attività imprenditoriale di parcheggio privato all'aperto e dunque di natura "terziaria" o comunque commerciale).

2.3 - violazione L.U. 1150/1942 – violazione D.P.R. n. 380/2001 – difetto di istruttoria e di motivazione - eccesso di potere per illogicità. L'istanza avrebbe dovuto essere esaminata in base alle destinazioni del Piano particolareggiato approvato nella zona e decaduto, ma ancora

vigente quanto alle prescrizioni di tipo conformativo, che non sono impeditive alla localizzazione dell'intervento programmato dalla parte ricorrente. Tali disposizioni, infatti, individuando tra le destinazioni d'uso ammesse quelle ammesse quella "*commerciale*" accanto a quella più generica di attività di tipo "*terziario*", rafforza l'idea della piena compatibilità dell'attività imprenditoriale programmata con l'indirizzo di pianificazione, sia generale che attuativa.

2.4 – violazione art. 1 e 3 L. n. 241/90 – violazione e falsa applicazione N.T.A. del P.R.G. vigente del Comune di Acerra – difetto di istruttoria e motivazione – violazione art. 41 Cost. – eccesso di potere. Le NTA del PRG del Comune di Acerra, in merito alla zona C1, contemplan tra le destinazioni ammesse quelle per le "*attività terziarie*" (cfr. pag. 16 NTA) e l'intervento programmato, come più sopra specificato, rientra appieno tra le attività terziarie. Ciò è coerente con le destinazioni espressamente previste dallo strumento urbanistico in corso di approvazione. Inoltre i parcheggi costituiscono standard urbanistici.

2.5 violazione art. 1 e 3 L. n. 241/90 – violazione art. 41 Cost. - eccesso di potere. L'intervento si situa in un'area urbanizzata, completa delle infrastrutture, ma priva di aree destinate a parcheggio o comunque con parcheggi (previsti in sede di pianificazione attuativa quali dotazioni a standard) del tutto insufficienti.

E come dedotto in sede di osservazioni, l'intervento assume una valenza di interesse pubblico, attesa la mancata realizzazione dei parcheggi pubblici previsti per gli ambiti adiacenti, sopperendo all'esigenza di stalli di sosta anche in ragione della progressiva antropizzazione dell'area.

Si è costituito il Comune di Acerra con memoria di stile.

La domanda cautelare proposta in seno al ricorso è stata accolta con ordinanza n. 1960 del 3 novembre 2023 ai fini del riesame, con la seguente motivazione “*Considerato che:*

- *appaiono fondati i motivi 1.1 e 2.1 con i quali sono stati dedotti, rispettivamente, il vizio di violazione dell’art. 10-bis L. 241/90 quanto alla motivazione sub 2) del provvedimento di diniego e il vizio di difetto di motivazione sulle ragioni del contrasto dell’intervento oggetto di istanza (realizzazione di un parcheggio privato all’aperto) con la destinazione di zona, anche alla luce delle argomentazioni esposte in proposito da parte ricorrente sia nella sede procedimentale, che nella presente sede processuale;*
- *le esigenze cautelari possono essere soddisfatte mediante l’ordine impartito all’Amministrazione di procedere al riesame del provvedimento entro 60 giorni dalla comunicazione della presente ordinanza.”.*

Il Comune ha riavviato il procedimento e inviato i motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza evidenziando quanto segue: “*Con nota prot. 64740, a seguito di istruttoria da parte del RUP, ing. Ilaria Fusco, veniva diniegato il PdC in oggetto per i motivi che sinteticamente si riportano di seguito:*

- *Incompatibilità dell’intervento con la destinazione d’uso della zona*
- *Impossibilità di utilizzo di un lotto derivante da frazionamento successivamente al rilascio di un permesso in sanatoria.*

Avverso il diniego, è stato presentato ricorso al TAR n. 4635 del 2023. In data 3/11/2023 è stata pubblicata Ordinanza Cautelare n. 1960/2023 che disponeva l’accoglimento della domanda cautelare, prescrivendo il riesame dell’istanza.

In ottemperanza a quanto stabilito con l'Ordinanza del TAR, la scrivente Dirigente, avocando a sé il procedimento, ha proceduto alla ristrutturazione dell'istanza che ha confermato parte dei motivi ostativi già comunicati in fase di primo esame dell'istanza.

In particolare, pur volendo considerare superata (anche se solo in parte), la incompatibilità dell'intervento con la specifica destinazione d'uso della zona, sussiste la impossibilità di utilizzo di un lotto che ha già esaurito le proprie potenzialità edificatorie.

I lotti individuati in catasto dalle p.lle 1441 e 1442, su cui si intende intervenire, derivano dal frazionamento dell'originario lotto p.lla 851, avvenuto nel 1992, successivamente alla richiesta di Permesso in Sanatoria ai sensi della L.47/85, acquisita al protocollo dell'ente con n. 6231 del 18 marzo 1986 ed esitata favorevolmente con provvedimento n. 336/96.

A tale proposito, l'orientamento giurisprudenziale consolidato, in ultimo confermato dalla Sentenza del CdS, sez. VI n. 2215 del 2019, stabilisce che "qualora un lotto urbanisticamente unitario sia già stato oggetto di uno o più interventi edilizi, la volumetria residua, o la superficie coperta residua, va calcolata previo decurtamento di quella in precedenza realizzata, con irrilevanza di eventuali successivi frazionamenti catastali o alienazioni parziali, onde evitare che il computo dell'indice venga alterato con l'ipersaturazione di alcune superfici al fine di creare artificialmente disponibilità nel residuo (v. Consiglio di Stato, Sez. IV, 22 maggio 2012, n. 2941); ... in assenza di limiti di volumetria non è configurabile un'ipotesi di asservimento in senso tecnico, ma è astrattamente configurabile un vincolo di c.d. asservimento pertinenziale, connotato dalla destinazione dell'area non edificata del

lotto a servizio dell'edificio realizzato, in termini di complementarietà funzionale, dovendosi in tal caso aver riguardo al dato reale costituito dagli immobili preesistenti su detta area e delle relazioni che intrattengono con l'ambiente circostante (v. Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2009, n. 3; Cons. Stato, Sez. VI, 23 febbraio 2016, n. 732; Cons. Stato, Sez. IV, 13 novembre 2018, n. 6397);

Giova sottolineare, inoltre, che applicando gli attuali indici di zona previsti dal PRG (1,70 mc/mq) e le prescrizioni della L.122/89 secondo cui nelle nuove costruzioni ed anche nelle aree di pertinenza delle costruzioni stesse, debbono essere riservati appositi spazi per parcheggi in misura non inferiore ad un metro quadrato per ogni dieci metri cubi di costruzione, i lotti 1441 e 1442, andrebbero a malapena a legittimare il fabbricato esistente.

Nel caso in questione, quindi, i lotti 1441 e 1442 costituiscono area pertinenziale del fabbricato condonato e, pertanto, non suscettibili di alcuna edificazione e/o utilizzo diverso da quello di complementarietà funzionale come definito dalla sentenza sopra citata.

Relativamente alla incompatibilità dell'intervento proposto con la destinazione d'uso dell'area, si ritiene che il "parcheggio" non sia da considerarsi tra le attività terziarie.

Visto l'art. 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 e succ. modif., Considerato che la presente viene notificata alla S. V. per rendere possibile la rimozione dei motivi ostativi prima detti, si avverte che nulla ricevendo nel termine di 10 giorni dalla notifica della presente, previa notifica, sarà dato corso al provvedimento di diniego del suindicato permesso di costruire.".

Dopo aver acquisito le osservazioni della parte ricorrente, il Comune ha

adottato un nuovo provvedimento di diniego, così motivato:

“Con nota prot. 103072 del 29.12.2023, veniva inviato Preavviso di diniego soffermandosi su quello che costituisce il motivo ostativo fondamentale al rilascio del richiesto PdC, cioè il riutilizzo di un lotto già edificato.

Infatti, i lotti individuati in catasto dalle p.lle 1441 e 1442, su cui si intende intervenire, derivano dal frazionamento dell'originario lotto p.lla 851, avvenuto nel 1992, successivamente alla richiesta di Permesso in Sanatoria ai sensi della L.47/85, acquisita al protocollo dell'ente con n. 6231 del 18 marzo 1986 ed esitata favorevolmente con provvedimento n. 336/96.

A tale proposito, l'orientamento giurisprudenziale consolidato, in ultimo confermato dalla Sentenza del CdS, sez. VI n. 2215 del 2019, stabilisce che “qualora un lotto urbanisticamente unitario sia già stato oggetto di uno o più interventi edilizi, la volumetria residua, o la superficie coperta residua, va calcolata previo decurtamento di quella in precedenza realizzata, con irrilevanza di eventuali successivi frazionamenti catastali o alienazioni parziali, onde evitare che il computo dell'indice venga alterato con l'ipersaturazione di alcune superfici al fine di creare artificialmente disponibilità nel residuo (v. Consiglio di Stato, Sez. IV, 22 maggio 2012, n. 2941);

... in assenza di limiti di volumetria non è configurabile un'ipotesi di asservimento in senso tecnico, ma è astrattamente configurabile un vincolo di c.d. asservimento pertinenziale, connotato dalla destinazione dell'area non edificata del lotto a servizio dell'edificio realizzato, in termini di complementarietà funzionale, dovendosi in tal caso aver riguardo al dato reale costituito dagli immobili preesistenti su detta area

e delle relazioni che intrattengono con l'ambiente circostante (v. Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2009, n. 3; Cons. Stato, Sez. VI, 23 febbraio 2016, n. 732; Cons. Stato, Sez. IV, 13 novembre 2018, n. 6397);

In riferimento ai citati motivi perveniva nota dello Studio Legale Granata che non hanno rimosso le ragioni ostative al rilascio del PdC.

Relativamente al primo motivo il legale eccepisce sulla formula utilizzata dal RUP, laddove si fa riferimento ad una incompatibilità sulla destinazione d'uso che sarebbe superata "solo in parte".

A tale proposito, si chiarisce che la incompatibilità è "parziale" in quanto, come viene specificato nel prosieguo del preavviso di diniego, nelle Zone C1 non è preclusa la realizzazione di parcheggi intesi quali opere di urbanizzazione o pertinenze, ma risulta incompatibile la costruzione di un parcheggio su un'area già edificata.

Riguardo a questo secondo motivo ostativo, che non è disgiunto dal primo, le osservazioni del legale si incentrano sull'assenza di volumetria dell'opera prevista.

A tale proposito, giova ricordare che il parcheggio, pur se privo di volumi, costituisce una nuova unità immobiliare, con un proprio valore, una propria capacità di produrre reddito, un proprio impatto sulla città, per cui si presuppone che l'area destinata ad ospitarlo sia completamente libera e non già utilizzata per l'edificazione di un fabbricato di cui risulta, di fatto, una pertinenza.

A nulla rileva la circostanza che il fabbricato disponga anche di locali garage; rileva solo ed esclusivamente il fatto che le particelle 1442 e 1441 sono aree pertinenziali di un fabbricato.

Infatti, all'atto della richiesta di condono, il lotto di intervento era unico e comprendeva anche le particelle che, successivamente frazionate, oggi

vorrebbero essere destinate a parcheggio.

Il fatto che il fabbricato condonato non rispetta la Legge Tognoli è stato sottolineato per dimostrare che l'area è già "sovraccarica" dal punto di vista urbanistico e la creazione di un parcheggio che non sia realizzato come pertinenza di edifici già esistenti, ma come attività economica aggrava una situazione già di per sé difficile.

Pertanto, si ribadiscono i motivi ostativi già comunicati con il preavviso di diniego e con la presente".

Parte ricorrente ha impugnato anche il secondo diniego con ricorso per motivi aggiunti con cui sono formulate le seguenti censure:

1. violazione art. 3 l. n. 241/90 – omessa istruttoria – motivazione apparente – eccesso di potere – sviamento. In merito alla nozione di complementarità funzionale – mercé la quale l'amministrazione paventa l'inutilizzabilità delle superfici derivanti dal frazionamento dell'originario lotto, non può non evidenziarsi il difetto istruttorio e lo sviamento che connota il provvedimento negativo. Anzitutto non rilevano le considerazioni in merito all'asserita saturazione delle capacità edificatorie del lotto, atteso che l'intervento di cui all'istanza concerne un parcheggio, ossia un'opera priva di rilevanza volumetrica. Non sono stati specificati gli elementi in presenza dei quali può affermarsi la sussistenza di un asservimento pertinenziale, connotato dalla destinazione dell'area non edificata del lotto a servizio dell'edificio realizzato, in termini di complementarità funzionale.

2. violazione art. 3 L. n. 241/1990 – violazione e falsa applicazione l. n. 47/85 – violazione e falsa applicazione L. n. 1150/1942 - eccesso di potere – sproporzione e sviamento. Fermo quanto innanzi dedotto, il provvedimento di diniego omette di motivare in ordine al presunto

esaurimento della capacità edificatoria del lotto. La legge condonistica (L. n. 47/85) è legge speciale in deroga alla strumentazione urbanistica vigente, alla quale, invece, parrebbe aver fatto riferimento il Comune col preavviso di diniego, anche mercé il richiamo agli indici di zona del P.R.G. e alla nozione di “*capacità edificatoria del lotto*”. Apodittica è l’affermazione secondo cui il parcheggio andrebbe ad aggravare la il carico urbanistico dell’area, atteso che esso non prevede nuovi volumi ma solo nuova superficie e soddisfa esigenze di urbanizzazione.

All’udienza pubblica del 27 giugno 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso introduttivo è fondato nei limiti della violazione dell’art. 10-*bis* e del difetto di motivazione e istruttoria in ordine alle ragioni del diniego. Il contrasto dell’intervento di **realizzazione di un parcheggio commerciale** con le destinazioni urbanistiche consentite nella zona non trova conferma nelle N.T.A. del Comune di Acerra, che consentono anche lo svolgimento di attività terziarie, ossia di servizio da valutare – in assenza di differenti indici normativi, comunque, non dedotti dal Comune – in relazione alle attività legittimamente insediabili nella zona in questione. L’intervento è destinato a ricadere in Z.T.O. C1, nella quale, alla stregua dell’art. 2, sono ammessi l’uso residenziale e terziario, nonché la realizzazione di standard urbanistici. Inoltre le N.T.A. del Piano Particolareggiato relative alla zona C1 prevede che in esso sono ammesse “*le attività commerciali e terziarie in genere*”.

Il parcheggio in questione configura un’attività commerciale, complementare, peraltro, alle attività residenziali e terziarie ammesse in

zona. Non emergono, dunque, le ragioni per le quali esso non possa essere realizzato nell'area di proprietà di parte ricorrente.

Peraltro, il provvedimento di diniego adottato a seguito dell'ordinanza propulsiva e impugnato con motivi aggiunti non riporta più la suddetta motivazione ed espressamente asserisce che il motivo principale del diniego è costituito dall'esaurimento delle potenzialità edificatorie del lotto.

2. Il ricorso per motivi aggiunti proposto avverso tale secondo diniego è fondato quanto al difetto di istruttoria e motivazione **in ordine alla sussistenza di ulteriore capacità edificatoria del lotto**. Il Comune afferma che tale capacità sarebbe da ritenersi esaurita perché le particelle 1441 e 1442 erano parte, insieme alla n. 1430 ove insiste un edificio condonato, di un'unica particella (la n. 851), poi frazionata e che l'edificio residenziale oggetto di condono sarebbe idoneo a saturare – tenuto conto dell'indice di zona e della necessità di dotazione di parcheggi – l'intera volumetria sviluppata dalle particelle 1441 e 1442. Da ciò la conclusione che i lotti 1441 e 1442 costituiscano area oggetto di asservimento pertinenziale del fabbricato condonato, non suscettibili di ulteriore edificazione.

L'istituto dell'asservimento pertinenziale (di un'area libera ad un'area edificata) cui il Comune fa riferimento nel provvedimento impugnato è stato elaborato dalla giurisprudenza ai fini dell'identificazione dell'estensione del "*lotto edificabile*" da considerare per il calcolo della volumetria residua di un fondo (mediante l'applicazione degli indici di fabbricabilità) laddove su di esso insistano uno o più edifici realizzati in **un'epoca antecedente all'entrata in vigore del D.M. 1444/68 (che, in attuazione della legge 765/1967, ha definito gli indici di densità edilizia,**

territoriale e fondiaria).

Con l'entrata in vigore del suddetto D.M., infatti, sono stati previsti indici inderogabili di densità territoriale e fondiaria. In particolare, il concetto di *"densità territoriale"* è riferito a ciascuna zona omogenea e definisce il complessivo carico di edificazione che può gravare sulla stessa, risultando il relativo indice rapportato sia all'intera superficie sottoposta alla medesima vocazione urbanistica sia alla concreta insistenza di costruzioni, mentre il concetto di *"densità fondiaria"* è riferito alla singola area e definisce il volume massimo consentito sulla stessa, l'indice della quale (c.d. indice di fabbricabilità) va applicato sull'effettiva superficie suscettibile di edificazione (cfr. Cons. Stato, sez. I, 19 aprile 2021, n. 747).

Il concetto di *"asservimento"*, che si è formato dopo l'entrata in vigore del citato D.M. 2 aprile 1968, si correla all'introduzione dei limiti di cui si è detto: *"il diritto di edificare inerisce alla proprietà dei suoli nei limiti stabiliti dalla legge e dagli strumenti urbanistici, tra i quali quelli diretti a regolare la densità di edificazione ed espressi negli indici di fabbricabilità; il diritto di edificare, pertanto, è conformato anche da tali indici, di modo che ogni area non è idonea ad esprimere una cubatura maggiore di quella consentita dalla legge e dallo strumento urbanistico e, corrispondentemente, qualsiasi costruzione, anche se eseguita senza il prescritto titolo, impegna la superficie che, in base allo specifico indice di fabbricabilità applicabile, è necessaria per realizzare la volumetria sviluppata; di qui il principio secondo cui un'area edificatoria già utilizzata a fini edilizi è suscettibile di ulteriore edificazione solo quando la costruzione su di essa realizzata non esaurisca la volumetria consentita dalla normativa vigente al momento*

del rilascio dell'ulteriore permesso di costruire, dovendosi considerare non solo la superficie libera ed il volume ad essa corrispondente, ma anche la cubatura del fabbricato preesistente al fine di verificare se, in relazione all'intera superficie dell'area (superficie scoperta più superficie impegnata dalla costruzione preesistente), residui l'ulteriore volumetria di cui si chiede la realizzazione” (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, sez. VI, 7 dicembre 2022, n. 10703).

Ed ancora è stato osservato che; “qualora un lotto urbanisticamente unitario sia già stato oggetto di uno o più interventi edilizi, la volumetria residua (o la superficie coperta residua) va calcolata previo decurtamento di quella in precedenza realizzata, con irrilevanza di eventuali successivi frazionamenti catastali o alienazioni parziali, onde evitare che il computo dell’indice venga alterato con l’ipersaturazione di alcune superfici al fine di creare artificialmente disponibilità nel residuo”; ed invero, “ogni fabbricato che realizzi una volumetria abitabile assorbe una volta e per sempre la cd. potenzialità edificatoria, risultante dall’indice di fabbricabilità dell’area sulla quale insiste, risultando pacifica acquisizione giurisprudenziale che la costruzione eseguita su di un’area che venga poi frazionata in più particelle catastali continua ad assorbire (o a saturare) la potenzialità edificatoria anche delle particelle successivamente staccate [...] infatti, che, se così non fosse, sarebbe agevole aggirare la normativa sugli indici di edificabilità, volta proprio a limitare la potenzialità edificatoria delle aree: sarebbe, infatti, sufficiente costruire su una parte marginale di ogni area, per poi procedere al frazionamento della stessa e chiedere una nuova concessione per edificare sulla porzione rimasta libera dall’ingombro volumetrico realizzato dalla costruzione, e poi procedere

ad ulteriori frazionamenti in modo da edificare ogni volta sui relitti di area via via rimasti sgombri” (cfr. Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giur., 16 gennaio 2023, n. 47).

Dunque **per gli edifici realizzati successivamente al D.M. 1444/1968 il vincolo di asservimento in senso tecnico di un’area ad un edificio preesistente emerge dal titolo edilizio che ha autorizzato la costruzione dell’immobile**. Laddove un’area sia stata utilizzata per il calcolo della volumetria dell’edificio autorizzato, sulla base degli indici di densità edilizia previsti dallo strumento urbanistico, l’area stessa deve ritenersi asservita ope legis a quella dove sorge l’edificio oggetto di permesso di costruire (*“dal provvedimento edilizio abilitativo, il cui rilascio attualizza le potenzialità edificatorie di un lotto, determinandone la cubatura assentibile in relazione ai limiti imposti dalla normativa urbanistica, sorge un vincolo di asservimento per cui, una volta esaurite le predette potenzialità, le restanti parti del lotto sono sottoposte ad un regime di inedificabilità che discende ope legis dall’intervenuta utilizzazione del lotto medesimo”* (v. Cons. Stato, Ad. Plen., 23 aprile 2009, n. 3).

Pertanto, anche ove l’area libera sia alienata separatamente rispetto a quella alla quale è asservita, le sue potenzialità edificatorie resteranno limitate in relazione all’intervento edilizio già realizzato.

Con riguardo agli edifici realizzati in epoca anteriore al suddetto D.M., al fine di individuare l’estensione del lotto edificabile al quale applicare gli indici edilizi, la giurisprudenza ha fatto riferimento al concetto di asservimento pertinenziale (v. Cons. Stato, Ad. plen. 23 aprile 2009, n. 3).

E’ stato affermato, in proposito, che (cfr. ex multis Consiglio di Stato n.

2215/2019) *“in caso di edificio preesistente realizzato in epoca anteriore all’adozione del primo piano regolatore generale di un comune, con il quale per la prima volta nel territorio comunale siano stati introdotti indici di densità edilizia – territoriale (riferito a ciascuna zona omogenea) e fondiaria (riferito al singolo lotto) –, in assenza di limiti di volumetria non è configurabile un’ipotesi di asservimento in senso tecnico, ma è astrattamente configurabile un vincolo di c.d. asservimento pertinenziale, connotato dalla destinazione dell’area non edificata del lotto a servizio dell’edificio realizzato, in termini di complementarietà funzionale, dovendosi in tal caso aver riguardo al dato reale costituito dagli immobili preesistenti su detta area e delle relazioni che intrattengono con l’ambiente circostante (v. Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2009, n. 3; Cons. Stato, Sez. VI, 23 febbraio 2016, n. 732; Cons. Stato, Sez. IV, 13 novembre 2018, n. 6397)”*.

Orbene, l’asservimento pertinenziale, per come configurato dalla giurisprudenza, deve essere ricostruito *“in ragione dell’obiettivo destinazione e configurazione dei fondi effettuata da chi ne aveva titolo e disponibilità”*. E a tal fine possono in astratto assumere rilevanza, oltre alle determinazioni pianificatorie del Comune, anche *“atti e negozi di privati, non necessariamente preordinati all’asservimento in senso tecnico dell’area o di una parte di essa, ad esempio, atti di destinazione a pertinenza ex art. 817 c.c., la costituzione di servitù prediale, prevista dagli articoli 1027 e seguenti del codice civile, ovvero tutti quelli che implicano un’incidenza sull’immobile”* (v. Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2009, n. 3).

Secondo la consolidata giurisprudenza in materia, occorre, dunque, che l’accertamento del rapporto di asservimento pertinenziale sia ancorato a

dati quanto più possibile oggettivi e verificabili, tali da rappresentare una chiara destinazione al terreno asservito, quali sono i titoli edilizi o gli atti privati produttivi di detto effetti, ovvero altri fatti idonei a conformare lo ius aedificandi del privato (cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. II, 12 aprile 2021, n. 382/2021).

Nessun elemento è stato fornito dall'Amministrazione nel provvedimento impugnato con i motivi aggiunti a supporto della sussistenza di un siffatto rapporto tra fondi.

Tale rapporto non è ricavabile né dalla documentazione catastale in atti, né dai grafici allegati al permesso di costruire in sanatoria depositati in atti in atti, dai quali non emerge alcuna considerazione della superficie dei due mappali oggi allibrati ai nn. 1441 e 1442.

La motivazione del provvedimento si incentra su considerazioni generiche e non pertinenti rispetto al corretto inquadramento della questione.

Vero è che, nel rilasciare il titolo edilizio, il Comune dovrà tener conto degli immobili preesistenti sull'area oggetto d'intervento, dovendo detrarre dalla volumetria astrattamente assentibile in base agli indici edilizi, quella già realizzata (sia che essa sia legittimata che sia abusiva). Tuttavia, tale operazione presuppone che il vincolo di pertinenzialità risulti dimostrato secondo le coordinate ermeneutiche sopra richiamate.

Il diniego va, dunque, annullato per difetto di motivazione e di istruttoria.

3. In conclusione il ricorso e i successivi motivi aggiunti sono fondati e devono essere accolti.

4. In relazione alla particolarità della questione esaminata, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, e sui successivi motivi aggiunti, li accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati. Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 27 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente

Maria Laura Maddalena, Consigliere

Mariagiovanna Amorizzo, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Mariagiovanna Amorizzo

IL PRESIDENTE

Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO