



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1208 del 2016, proposto da Del Vecchio Giovanni Pio, Del Vecchio Pasqualino, Del Vecchio Maria Pia, rappresentati e difesi dall'avvocato Antonio Sasso, con domicilio eletto presso lo studio Gian Marco Grez in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

contro

Comune di Pignataro Maggiore, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Adinolfi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso la Segreteria sezionale del Consiglio di Stato;

nei confronti

Argenziano Luigi, rappresentato e difeso dagli avvocati Pasquale Merccone e Silvestro Merccone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Catini in Roma, via Giosuè Borsi, n. 4;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania - Sede di Napoli (Sezione Sesta), n. 3520/2015, resa tra le parti e concernente: permesso di costruire in sanatoria.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2020, il consigliere Bernhard Lageder e uditi, per le parti, gli avvocati Antonio Sasso, Domenicantonio Siniscalchi e Silvestro Mecone, in collegamento da remoto ai sensi dell'art. 4, comma 1, Decreto Legge n. 28 del 30 aprile 2020 e dell'art. 25 del Decreto Legge n. 137 del 28 ottobre 2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza in epigrafe, il TAR per la Campania - Sede di Napoli pronunciava definitivamente sul ricorso n. 3740 del 2009, proposto dagli odierni appellanti Del Vecchio – nella loro qualità di comproprietari del terreno identificato dalle particelle 84 e 122, foglio 5, confinanti con il fondo di proprietà del controinteressato Argenziano Luigi, in zona agricola E2 – avverso il permesso di costruire in sanatoria n. 7/2009 *ex art.* 36 d.P.R. n. 380/2001 rilasciato dal Comune di Pignataro Maggiore il 26 marzo 2009 al controinteressato in relazione alla realizzazione di una «*piscina ad uso privato e relative pertinenze*».

In particolare, il TAR adito provvedeva come segue:

(i) respingeva i quattro motivi dedotti con il ricorso introduttivo, incentrati sul difetto di istruttoria e motivazione in ordine alla sussistenza dei presupposti per la

sanatoria e sulla asserita violazione delle distanze dal confine e dalla strada comunale;

(ii) dichiarava irricevibili i motivi aggiunti con cui era stata dedotta la violazione del Piano Stralcio per l'assetto idrogeologico dell'Autorità di Bacino dei fiumi Liri, Garigliano e Volturno – che qualificava l'area di ubicazione delle opere in questione come “Zona R4 - aree a rischio molto elevato”, con il conseguente divieto, a norma dell'art. 3 delle N.T.A. del Piano, di qualsiasi trasformazione dello stato dei luoghi –, essendo il Piano stato pubblicato nelle forme di legge nel 2006 e potendo (e dovendo) quindi le relative censure essere dedotte sin dal ricorso introduttivo.

2. Avverso tale sentenza interponevano appello gli originari ricorrenti, censurando la statuizione di irricevibilità dei motivi aggiunti e sostanzialmente riproponendo i motivi di primo grado, seppur adattati all'impianto motivazionale dell'impugnata sentenza. Gli stessi chiedevano pertanto, in sua riforma, l'accoglimento del ricorso di primo grado.

3. Si costituivano in giudizio, con atti separati, sia il Comune di Pignataro Maggiore sia l'originario controinteressato, contestando la fondatezza dell'appello e chiedendone la reiezione.

4. Con ordinanza n. 3103/2019 è stato disposto l'espletamento di una verifica sulla destinazione dell'area di sedime delle opere *de quibus*, con specifico riguardo alla disciplina impressa dal Piano Stralcio per l'assetto idrogeologico, e per accertare l'effettiva incidenza delle opere in questione sul territorio che tale Piano classifica come “Zona R4 - aree a rischio molto elevato”, nonché il grado di potenziale pericolosità per l'incolumità delle persone e la sicurezza delle strutture di cui all'art. 3 delle N.T.A. del Piano stesso.

Depositata la relazione di verifica, la causa all'udienza pubblica del 19 novembre 2020, tenutasi come da verbale, è stata trattenuta in decisione.

5. L'appello è infondato. Attesa l'infondatezza dell'appello nel merito, si può prescindere dall'esame delle eccezioni di inammissibilità dell'appello per genericità dei motivi, sollevata dalle parti appellate.

5.1 Merita, in primo luogo, conferma la statuizione *sub* 1.(i), reiettiva dei quattro motivi dedotti con il ricorso introduttivo, incentrati sul difetto di istruttoria e motivazione in ordine alla sussistenza dei presupposti per la sanatoria e sulla asserita violazione delle distanze dal confine e dalla strada comunale, tra di loro connessi e da esaminare congiuntamente.

Il TAR ha, in primo luogo, correttamente respinto le censure di difetto di istruttoria e motivazione in ordine alla sussistenza dei presupposti per la sanatoria – peraltro formulate in modo del tutto generico, ai limiti dell'ammissibilità –, in quanto:

- nel corso del sopralluogo effettuato dal Servizio tecnico comunale e dal Comando di Polizia del Comune di Pignataro Maggiore in data 19 febbraio 2009 (v. relativo verbale di sopralluogo, in atti) è stata rilevata la realizzazione di un muro di contenimento e di cinta in cemento armato, sia lungo il confine sud verso il fondo degli odierni appellanti, sia lungo il confine est verso la strada vicinale Viarello San Giorgio, di una piscina allo stato grezzo e di quattro pilastri in mattoni, di cui due sulla sommità del muro al confine con la strada vicinale;
- vi risulta altresì che il terreno del fondo del controinteressato (dallo stesso acquistato nel 2000) era sopraelevato rispetto a quello degli odierni appellanti;
- sulla base di una valutazione complessiva di tutte le risultanze istruttorie acquisite al giudizio (v., al riguardo, in particolare la relazione istruttoria comunale acquisita al giudizio di primo grado) deve pervenirsi alla conclusione che si tratti, quanto meno in parte, di dislivello naturale e che, dunque, il muro funga da muro di contenimento fino alla sommità del preesistente dislivello naturale e di muro di cinta per la parte superiore.

In ogni caso, è riscontrabile un insuperabile contrasto di prova in ordine all'altezza del preesistente dislivello naturale, fra le risultanze istruttorie invocate dagli odierni appellanti (tra cui la perizia di parte da essi prodotta nel presente grado, peraltro in violazione del divieto dello *ius novorum* in appello sancito dall'art. 104, comma 1, cod. proc. amm.) d'un lato, e le risultanze istruttorie procedurali poste a base del gravato permesso di costruire in sanatoria d'altro lato.

Ebbene, in applicazione del principio generale che presiede alla ripartizione dell'onere della prova tra le parti processuali, incombeva agli originari ricorrenti l'onere di fornire la prova, piena e rigorosa, delle seguenti circostanze:

- dell'asserita mancata preesistenza del dislivello naturale (legittimante la costruzione di un relativo muro di contenimento e di cinta lungo il confine, seppure previa permesso di costruire, nella specie rilasciato in via di sanatoria; sulla necessità del permesso di costruire per la realizzazione di muri di cinta e di contenimento di ragguardevoli dimensioni v., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. II, 24 marzo 2020, n. 2050; Cons. Stato, Sez. II, 9 gennaio 2020, n. 212);
- dell'asserita creazione artificiosa di un dislivello attraverso lavori di riempimento (che, invece, avrebbero comportato la qualificazione dell'opera come di nuova costruzione rilevante ai fini del rispetto delle distanze).

Non avendo gli odierni appellanti fornito siffatta prova piena dei fatti costitutivi dell'intentata azione di annullamento, le correlative censure non potevano che essere disattese (si precisa che diverso sarebbe il caso, se il comune avesse adottato un'ordinanza di demolizione per mancanza di titolo edilizio, poi impugnata dal proprietario, nel qual caso l'onere della prova circa la legittimità dell'opera sarebbe gravato su quest'ultimo; nel caso di specie si è, invece, in presenza di permesso di costruire in sanatoria impugnata dai proprietari limitrofi e, in siffatta costellazione processuale, incombeva ai predetti l'onere di provare i fatti costitutivi dell'azione impugnatoria).

In applicazione della regola di giudizio scaturente dai principi che presiedono alla distribuzione dell'onere della prova, devono pertanto essere respinte le censure degli odierni appellanti nella parte in cui si fondano sull'assunto della natura interamente artificiale del dislivello tra il fondo (sovrastante) del controinteressato e il fondo confinante di essi appellanti.

A fronte del mancato superamento delle risultanze degli accertamenti in fatto del tecnico comunale, poste a base del permesso di costruire in sanatoria, deve ritenersi legittima la qualificazione della piscina e dei vani tecnici accessori come opere interamente interrate.

Da quanto sopra discende, altresì, la legittimità dell'accertamento della doppia conformità, attesa, per un verso, l'inconferenza del parametro delle distanze dal fondo limitrofo e dalla strada vicinale (che appare, per giunta, da tempo caduta in disuso), di cui agli artt. 20 e 22 delle N.T.A. del P.R.G., e stante, per altro verso, la correttezza della qualificazione della piscina, di modeste dimensioni, unitamente ai relativi vani tecnici accessori, come strettamente pertinenziale all'edificio residenziale rurale e funzionale ad un migliore sfruttamento del compendio immobiliare e, quindi, compatibile con la zonizzazione E2 (sulla compatibilità con la zona agricola di una piscina di ridotte dimensioni, inidonea ad alterare in modo significativo l'assetto del territorio e non esorbitante rispetto alle esigenze di un concreto uso normale del soggetto che risiede nell'edificio abitativo rurale, rispettivamente sulla sua qualificabilità *sub specie* di pertinenza di un'abitazione agricola, v. Cons. Stato, Sez. V, 13 ottobre 1993, n. 1041; id., 16 aprile 2014, n. 1951).

Per le esposte ragioni, meritano conferma anche le statuizioni reiettive delle censure di violazione delle distanze e di mancanza del requisito della doppia conformità.

5.2 Deve, altresì, essere confermata la statuizione di irricevibilità dei motivi aggiunti, di cui sopra *sub* 1.(ii), in quanto, come correttamente rilevato dal TAR, la circostanza che l'inserimento del fondo in questione in "Zona R4 a rischio idrogeologico molto elevato" sia stato attestato dal Comune, su richiesta dei ricorrenti, in data 22 luglio 2014, non è affatto idonea ad integrare un'ipotesi di rimessione in termini per la formulazione del relativo motivo di impugnazione. Infatti, l'inserimento del fondo in zona a rischio del Piano Stralcio, approvato nel 2006, rientrava indubbiamente nella sfera di conoscenza legale dei ricorrenti, determinata dalla pubblicazione del Piano a norma di legge, da epoca ampiamente anteriore alla proposizione del ricorso principale, sicché gli stessi ben avrebbero potuto (e dovuto, secondo i criteri di ordinaria diligenza) effettuare tale accertamento al momento della conoscenza del gravato permesso di costruire in sanatoria (fine 2009).

Alla luce delle risultanze della verifica disposta nel presente grado, i motivi aggiunti sono comunque anche infondati nel merito, in quanto:

- sembra che solo per ragioni formali sino ad oggi non si sia completato l'*iter* di riparametrazione e di declassificazione della aree a rischio molto elevato - R4, ivi compreso il fondo del controinteressato, ormai secondo le previsioni del nuovo strumento urbanistico generale approvato nel 2019 compreso in area qualificata come zona B "completamento denso del tessuto edilizio consolidato" e non più come zona agricola E2 "destinata prevalentemente ad attività agricole";
- in esito al sopralluogo effettuato dal verificatore e sulla base delle risultanze della *«fotointerpretazione storico-attuale»* è inoltre rimasto *«accertato che le opere realizzate nella proprietà Argenziana non hanno apportato modifiche morfologiche significative tali da incrementare il grado di pericolosità dell'area»* (v. così, testualmente, la relazione di verifica del 16 novembre 2019).

5.3 Conclusivamente, per le ragioni tutte sopra esposte, l'appello deve essere respinto.

Resta assorbita ogni altra questione, ormai irrilevante ai fini decisorii.

6. Tenuto conto di ogni circostanza connotante la presente controversia, si ravvisano i presupposti di legge per dichiarare le spese del presente grado di giudizio interamente compensate tra tutte le parti.

7. Premesso che, giusta ordinanza collegiale n. 952/2020, il compenso del verificatore – nominato nella persona del dirigente del Dipartimento urbanistica e tutela del territorio della Regione Campania, con facoltà di delega, il quale ha delegato per l'esecuzione della verifica la dott.ssa Roberta Addrizza – va liquidato nella presente sede, si osserva che, in accoglimento dell'istanza di liquidazione del 16 dicembre 2019, il compenso va determinato nella misura ivi esposta, di complessivi euro 1.423,42 (oltre ad eventuali accessori), in aderenza ai parametri di legge, da porre in via definitiva a carico solidale di tutte le parti, in ragione di 1/3 per ciascuna.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto (ricorso n. 1208 del 2016), lo respinge e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza; dichiara le spese del presente grado di giudizio interamente compensate tra tutte le parti; pone le spese di verifica, come liquidate nella parte-motiva, in solido a carico di tutte le parti (da ripartire, nei rapporti interni, in ragione di 1/3 per ciascuna).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

Andrea Pannone, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

L'ESTENSORE
Bernhard Lageder

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI