



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 5184 del 2020, proposto da Loredana Barrisciano e Ciro Lucciola, rappresentati e difesi dagli avvocati Francesco Cinque e Enrico Iossa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Casalnuovo di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Luisa Errichiello, Luigi Schiavone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Seconda) n. 04780/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Casalnuovo di Napoli;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 luglio 2023 il Cons. Roberta Ravasio;
Dato atto che nessuno è comparso per le parti costituite;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. I sigg. Ciro Lucciola e Loredana Barrisciano sono comproprietari di un terreno ubicato nel Comune di Casalnuovo di Napoli, contrada Masseria Canonica, individuato in catasto al foglio 4, particella 1105, ricadente in zona territoriale F2 del vigente Piano Regolatore Generale.
2. Gli appellanti realizzavano sul fondo di loro proprietà, in assenza di alcun titolo edilizio, un manufatto composto da piano terra da adibire a palestra, primo piano destinato parzialmente ad abitazione del custode e parzialmente a ufficio pertinente alla palestra.
3. Con istanza ex art. 36 D.P.R. 380/2001, assunta al prot. n. 25991 del 22.06.2007, gli odierni appellanti chiedevano l'accertamento di conformità del suddetto manufatto.
4. Il Comune di Casalnuovo di Napoli respingeva l'istanza con provvedimento prot. n. 40442 del 04.10.2007, ritenendo che i richiedenti non avessero i requisiti soggettivi per esercitare l'attività di gestore di impianti sportivi, ed osservando che la richiesta non era munita della convenzione per l'uso pubblico della struttura (da stipulare con il Comune), né era stato presentato il progetto strutturale dell'opera ai sensi della legge regionale n. 9/1983.
5. I ricorrenti, allora, concedevano l'immobile *de quo* in comodato d'uso alla società "BLC di Loredana Barrisciano e C. s.a.s." - avente come scopo sociale la gestione di impianti per l'esercizio di attività sportiva – e in data 15.10.2009 presentavano una nuova istanza di sanatoria, assunta al prot. n. 47956.

6. Con provvedimento prot. n.56739 del 02.12.2010, il Comune di Casalnuovo di Napoli respingeva nuovamente la richiesta di permesso di costruire in sanatoria constatando l'insufficienza delle opere di urbanizzazione primaria.
7. I signori Lucciola e Barrisciano Loredana impugnavano, allora, il secondo diniego di sanatoria innanzi al TAR per la Campania.
8. Nelle more del giudizio il Comune di Casalnuovo di Napoli adottava la determinazione n. 8 del 05.03.2010 di acquisizione dell'immobile al patrimonio comunale dell'immobile ed il successivo provvedimento di sgombero n. 16 del 04.03.2014.
9. Anche questi ultimi provvedimenti venivano ritualmente impugnati innanzi al TAR per la Campania, con motivi aggiunti.
10. Il Comune di Casalnuovo di Napoli si costituiva in giudizio per resistere al ricorso.
11. Con provvedimento n. 114 del 06.09.2018, il Comune, a seguito di un nuovo accertamento, dichiarava nuovamente l'inottemperanza al precedente ordine di demolizione e disponeva l'acquisizione dell'immobile al patrimonio Comunale.
12. Anche tale ultimo provvedimento veniva impugnato, con motivi aggiunti, avanti al TAR per la Campania.
13. Questo, con sentenza n. 4780/2019 respingeva il ricorso principale ed il ricorso per motivi aggiunti dell'1.11.2018, mentre dichiarava improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse i motivi aggiunti del 03.05.2014 e del 30.04.2018.
14. I signori Lucciola Barrisciano ha proposto appello innanzi a questo Consiglio di Stato.
15. Il Comune di Casalnuovo di Napoli si è costituito in giudizio, insistendo per il rigetto del gravame.
16. La causa è stata chiamata per la discussione in occasione dell'udienza pubblica del 20.07.2023, a seguito della quale è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

17. Con il primo motivo d'appello si deduce l'illegittimità del diniego di sanatoria stante l'esistenza delle necessarie opere di urbanizzazione primaria.

17.1 Il TAR ha ritenuto che le opere di urbanizzazione primaria non fossero sufficienti e che gli appellanti non potessero valorizzare - al fine di sostenere la preesistenza nel luogo ove si trova il manufatto delle opere di urbanizzazione -, l'esistenza di una strada privata, trattandosi di infrastruttura a sua volta abusiva, già acquisita al patrimonio Comunale e rientrante in un programma di demolizione. Ad avviso del giudice di primo grado, non vi sarebbe alcuna prova dell'esistenza di una rete viaria legittima ed ulteriore rispetto alla strada ove sorge lo stesso fabbricato da sanare e, più in generale, dello stato di urbanizzazione esistente nella zona interessata dall'edificazione.

Il TAR ha inoltre rilevato che l'istanza era sprovvista di un progetto avente ad oggetto la realizzazione degli interventi di urbanizzazione primaria necessari.

Infine, a parere del giudice di primo grado, nemmeno potrebbe ritenersi sussistente la violazione dell'art. 1, secondo comma, della L.R. n. 19/2001 dedotta dai ricorrenti nel terzo motivo di gravame, poiché la predetta norma prevede una facoltà, e non un obbligo per l'Amministrazione, di interrompere i termini ivi previsti per richiedere eventuali integrazioni documentali.

Di conseguenza, ad avviso del TAR il diniego di sanatoria costituiva atto dovuto, stante l'assenza del requisito della doppia conformità richiesto dall'art 36 D.P.R. 380/01.

17.2 Gli appellanti evidenziano che la strada abusiva ed i relativi sottoservizi presenti in loco, benché acquisiti al patrimonio comunale da oltre un decennio, non sono mai stati oggetto di demolizione, e pertanto avrebbero dovuto essere presi in considerazione dall'amministrazione comunale al fine di valutare la sufficienza delle opere di urbanizzazione primaria: essi opinano che sarebbe

irragionevole che un'Amministrazione comunale procedesse alla demolizione di opere di urbanizzazione primaria, ancorché abusivamente realizzate ed acquisite al patrimonio comunale, per poi successivamente demolirle ed in ultimo a ricostruirle nuovamente, con un enorme dispendio di denaro pubblico.

Né – a detta degli appellanti - sarebbe necessaria la realizzazione di infrastrutture ulteriori, in quanto dalla perizia depositata in primo grado e da quella – ulteriore – prodotta in grado d'appello, emergerebbe che l'area dove insiste il fabbricato realizzato dai ricorrenti è sufficientemente urbanizzata ed è collegata al sistema viario pubblico.

In ogni caso, il giudice di primo grado avrebbe dovuto disporre una verifica al fine di accertare tale assunto, con conseguente illegittimità della sentenza di primo grado per difetto di istruttoria.

In secondo luogo, gli appellanti evidenziano che la società richiedente aveva allegato all'istanza di permesso di costruire in sanatoria uno schema di convenzione con la quale si impegnava a realizzare le opere di urbanizzazione prescritte dall'Amministrazione, sicché la sentenza impugnata sarebbe erronea anche nella parte in cui afferma che *“mancherebbe un adeguato impegno da parte dei ricorrenti a realizzare direttamente gli interventi di urbanizzazione primaria necessari”*.

Sussisterebbe, infine, la violazione della L. R. Campania n.19/2001 nonché dell'art. 6, comma 1, lett. b) della legge n. 241/1990, come dedotto in primo grado, in quanto tali disposizioni imporrebbero all'amministrazione di ricorrere al soccorso istruttorio.

17.3 Il motivo non è fondato.

17.3.1 Preliminarmente occorre dichiarare l'inammissibilità della perizia depositata da parte appellante nel presente grado di giudizio in violazione del divieto di *nova* in appello di cui all'art 104 co. 2 c.p.a. (cfr. ex multis Consiglio di Stato sez. IV, 07/01/2019, n.114: *“Ai sensi dell'art. 104, comma 2, c.p.a. e, più in generale, di quanto*

previsto dall'art. 345 c.p.c., nel giudizio amministrativo di appello non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, compresa la perizia di parte prodotta per la prima volta in grado di appello, trattandosi di documentazione che dalla parte avrebbe ben potuto essere acquisita e prodotta già nel primo grado di giudizio.”).

17.3.2 Il fabbricato oggetto dell'istanza di sanatoria ricade in zona omogenea F - sottozona F2 del vigente PRG (aree per spazi pubblici attrezzati per il gioco e lo sport) del Comune di Casalnuovo di Napoli, in relazione al quale l'art. 26 delle NTA prevede che *“Nelle sottozone F2, F3 ed F8 il P.R.G. si attua per intervento diretto e gli interventi previsti potranno essere eseguiti e gestiti da privati, mediante concessioni temporanee rinnovabili. Nelle sottozone di cui al precedente capoverso la richiesta di concessione edilizia dovrà essere corredata dal progetto esecutivo delle opere previste. Nella sottozona F2 possono essere realizzati impianti sportivi anche al coperto (palestre, palazzetti dello sport, piscine) oltre che l'abitazione del custode degli impianti stessi”.* Nell'area in questione, nel caso di realizzazione di attrezzature ed impianti ad opera di privati, i proprietari devono realizzare e cedere al Comune a titolo gratuito le aree relative alle urbanizzazioni primarie.

17.3.3 Ebbene, la documentazione prodotta dagli appellanti non appare sufficiente a provare che l'area in questione fosse caratterizzata, al momento della realizzazione del fabbricato abusivo, da un sufficiente stato di urbanizzazione. Reputa, in particolare, il Collegio che a detto fine deve ritenersi irrilevante la presenza della strada abusiva indicata da parte appellante, posto che la stessa è già oggetto di un progetto di demolizione da parte del Comune, che non può certo essere modificato per l'esigenza di sanare un manufatto a sua volta abusivo: la strada in questione, pertanto, non può essere tenuta in considerazione e parte appellante, inoltre, non ha dimostrato l'esistenza di ulteriori infrastrutture idonee.

17.3.4. Sono inoltre condivisibili le affermazioni del TAR secondo le quali manca un serio e dettagliato progetto presentato da parte dei ricorrenti e diretto a

realizzare direttamente gli interventi di urbanizzazione primaria necessari, per poi cederli al Comune. A tal fine, infatti, è necessario che la parte richiedente presenti, in sede di domanda di permesso di costruire, un progetto esecutivo delle opere necessarie, mentre nel caso di specie parte appellante si è limitata a produrre uno schema di convenzione senza specificare quali siano le opere da realizzarsi nel concreto.

17.3.5. Peraltro, la presentazione di un progetto appropriato non sarebbe stata neppure sufficiente ai fini della dimostrazione della doppia conformità richiesta dall'art 36 D.P.R. 380/01, in quanto è certo che le opere di urbanizzazione necessarie non sussistevano al momento di realizzazione dell'abuso, come non lo erano ancora al momento della presentazione della domanda di sanatoria, sicché la sanatoria postuma non sarebbe stata possibile proprio per l'illegittimità urbanistica originaria del manufatto realizzato.

17.3.6. Va ancora rilevato che le NTA prescrivono di realizzare e gestire gli impianti sportivi “*mediante concessioni temporanee rinnovabili*”; pertanto la conformità urbanistica al momento della realizzazione dell'abuso richiedeva non solo l'esistenza delle opere di urbanizzazione, ma anche di una apposita convenzione con l'amministrazione, che ovviamente nel caso di specie non è stata stipulata, venendo in considerazione un fabbricato totalmente abusivo ed avendo l'accertamento di conformità oggetto limitato all'assenza di titolo edilizio nel caso di conformità originaria e attuale del realizzato alle prescrizioni urbanistiche.

17.3.7. La censura in esame, conclusivamente, è infondata e va respinta.

18. Con il secondo motivo d'appello si deduce la violazione dell'art 10 bis l. 241/90.

18.1 Il TAR ha ritenuto che l'assenza della comunicazione delle ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza non potesse determinare l'illegittimità del provvedimento impugnato, trovando applicazione nel caso di specie l'art

21 *octies* co. 2 l. 241/90; ed invero, alla luce della natura vincolata del provvedimento e della constatata assenza delle opere di urbanizzazione primaria, il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato.

18.2 L'appellante ritiene che la comunicazione in questione avrebbe consentito ai privati di chiarire la situazione di fatto relativamente all'esistenza delle opere di urbanizzazione primaria ed evitare l'adozione di un provvedimento ingiusto.

18.3 Il motivo è infondato.

18.3.1. Il procedimento per la verifica di conformità ex art. 36 D.P.R. n. 380/2001 sfocia in un provvedimento di carattere assolutamente vincolato, il quale non necessita di altra motivazione oltre a quella relativa alla corrispondenza (o meno) dell'opera abusiva alle prescrizioni urbanistico-edilizie vigenti sia all'epoca di realizzazione dell'abuso sia a quella di presentazione dell'istanza ex art. 36 D.P.R. n. 380/2001 (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 14/03/2023, n.2660). Nel caso di specie, dunque, il rigetto dell'istanza costituiva un atto dovuto alla luce dell'assenza delle opere di urbanizzazione primaria, che rendeva il fabbricato non conforme rispetto alla normativa vigente nei due indicati momenti. Si può, conseguentemente, affermare che nel caso di specie l'instaurazione del contraddittorio con gli appellanti non avrebbe potuto condurre l'Amministrazione ad adottare una diversa determinazione, ragione per cui trova applicazione l'art 21 *octies* co. 2 l. 241/90, (cfr. Consiglio di Stato, sez. II, 08/06/2023, n.5642: “*Non è annullabile il provvedimento per vizi formali non incidenti sulla sua legittimità sostanziale e il cui contenuto non avrebbe potuto essere differente da quello in concreto adottato, poiché l'art. 21-octies, l. n. 241 del 1990 attraverso la dequotazione dei vizi formali dell'atto, mira a garantire una maggiore efficienza all'azione amministrativa, risparmiando antieconomiche ed inutili duplicazioni di attività, laddove il riesercizio del potere non potrebbe comunque portare all'attribuzione del bene della vita richiesto dall'interessato.*”).

19. Per i motivi sopra esposti l'appello deve essere respinto.

20. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna gli appellanti al pagamento, in favore del Comune di Casalnuovo di Napoli, delle spese relative al presente giudizio, che si liquidano in €. 3.000,00 (tremila), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Giordano Lamberti, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere

Lorenzo Cordi', Consigliere

Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Roberta Ravasio

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO