

Publicato il 16/11/2022

N. 10085/2022REG.PROV.COLL.  
N. 02183/2018 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2183 del 2018, proposto da Profilplast s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Roberto Prozzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonio Formiconi in Roma, via Cremera, 11;

*contro*

Comune di Sant'Angelo a Cupolo, non costituito in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. 4356/2017.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 11 novembre 2022 il Cons. Rosaria Maria Castorina;

Nessuno è presente per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

L'appellante, premesso di avere acquistato un fabbricato nel Comune di Sant'Angelo a Cupolo ricadente in zona BR, realizzato in virtù di concessioni edilizie del 1984 e del 1998, adibito ad attività di ristorazione debitamente autorizzata, esponeva di avere presentato al Comune una DIA per una ristrutturazione dell'edificio e per la sistemazione dell'area esterna e il rilascio di un permesso di costruire per l'ampliamento dei locali destinati alla ristorazione, munendosi di tutti i pareri ed i nulla-osta necessari.

Con ordinanza del 6 ottobre del 2008 il responsabile del Settore Tecnico Comunale accertava che i lavori erano già in corso e ne ordinava la sospensione.

Il 10 marzo del 2009 la società presentava al Comune una richiesta di accertamento di conformità ex art.36 T.U. Edilizia in relazione al quale l'Ufficio Tecnico inviava un preavviso di rigetto ex art.10 bis dello stesso testo con cui comunicava che la istanza non poteva essere accolta perché l'intervento proposto risultava in contrasto con le norme di attuazione del P.R.G.

In particolare la parte abusiva dell'opera realizzata ricadeva in parte in zona residenziale B3, in parte in zona agricola E3 ed in parte in zona agricola inedificabile per vincolo idrogeologico o geotecnico, per cui la volumetria abusiva realizzata non poteva essere giustificata con l'indice di fabbricabilità fondiario previsto dalle zone edificabili perché non omogenee con le altre; inoltre, una parte di superficie coperta di circa mq. 150 ricadeva in zona inedificabile per vincolo idrogeologico o geotecnico.

La esponente, in data 27 aprile 2009, presentava scritti difensivi cui seguiva, in data 15 giugno 2009, un nuovo preavviso di rigetto.

In mancanza di ulteriori provvedimenti, la società impugnava il silenzio rigetto, successivamente formatosi.

Con motivi aggiunti notificati il 29 aprile 2011 e depositati il 10 maggio successivo l'odierna appellante impugnava il sopravvenuto provvedimento con il quale l'ente locale respingeva definitivamente la richiesta di permesso in sanatoria.

Il TAR per la Campania con la sentenza n. 4356/2017 dichiarava improcedibile il ricorso principale per sopravvenuta carenza di interesse e respingeva i motivi aggiunti.

Appellata ritualmente la sentenza, nessuno si costituiva per il Comune di Sant'Angelo a Cupolo.

All'udienza di smaltimento del giorno 11 novembre 2022 la causa passava in decisione.

## DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello l'appellante deduce l'erroneità della sentenza impugnata sul preteso eccesso di volumetria.

Evidenziava che il Comune non aveva considerato che si trattava di un unico fabbricato, posto "a cavallo" di zone omogenee diverse e che quindi era urbanisticamente irrilevante lo spostamento della volumetria operata nell'ambito della stessa sagoma di fabbricato, che insisteva legittimamente su più zone omogenee diverse ma confinanti tra loro.

La censura non è fondata.

Il Tar ha correttamente osservato come fosse da escludere che lo spostamento della volumetria potesse avvenire in relazione a fondi appartenenti a zone omogenee diverse in quanto ciò altererebbe gli *standards* fissati in generale dallo strumento urbanistico e renderebbe i privati veri e propri arbitri della distribuzione delle costruzioni sul territorio, ancorché ciò – come nel caso di specie – riguardi un unico fabbricato localizzato per una porzione in una zona e per una porzione in un'altra. In caso contrario ne resterebbe snaturata la delimitazione delle zone urbanistiche e sottratta all'una

la quota di densità edilizia in tal modo arbitrariamente assegnata all'altra; si tratterebbe, insomma, di un espediente con cui il privato, edificando al confine di più zone, vanificherebbe le scelte dell'ente pianificatore attraverso la manipolazione delle previsioni dello strumento urbanistico.

Il trasferimento di cubatura presuppone omogeneità urbanistica: i fondi devono essere caratterizzati dalla stessa destinazione d'uso territoriale e omogeneità edificatoria e avere identico indice di fabbricabilità originario.

Se così non fosse sarebbe evidente il pregiudizio per l'attuazione dei complessivi criteri di programmazione edilizia contenuti negli strumenti urbanistici; pregiudizio ancora più manifesto ove fosse consentita la "cessione di cubatura" fra terreni aventi diversa destinazione urbanistica ovvero diverso indice di edificabilità; essendo, infatti, evidente che ove fosse consentito l'asservimento di un terreno avente un indice di fabbricabilità più vantaggioso di quello proprio del terreno asservente, ovvero avente una diversa destinazione, le esigenze di pianificazione urbanistica che avevano presieduto alla scelta amministrativa di differenziare gli indici di edificabilità dei due fondi, ovvero la loro stessa destinazione, rimarrebbero inevitabilmente insoddisfatte.

2. Con il secondo motivo l'appellante deduce che il Tar aveva erroneamente disatteso la censura di violazione della distanza dal torrente Vallone in quanto la distanza reale era di m. 12,60, come risultava dal rilievo aerofotogrammetrico.

La censura non è fondata.

Il TAR ha rigettato le censure della ricorrente con la seguente motivazione: *Quanto, poi, all'inosservanza della distanza minima di dieci metri del fabbricato dal Vallone Sciarre, la previsione violata è quella di cui all'art. 17, comma 7, delle n.t.a. del piano regolatore generale, secondo cui "lungo le sponde dei torrenti e dei canali è vietata ogni nuova edificazione, oltre che le relative opere di urbanizzazione, per una fascia di profondità di m. 10 dall'argine". La ricorrente contesta che la distanza effettiva sia di 8 metri e insiste sulla diversa distanza di metri 12,60, ma senza fornire un principio di*

*prova del suo assunto, quale avrebbe potuto essere – ad esempio – una perizia di parte o altro accertamento tecnico equivalente, mentre l'invocato rilievo aerofotogrammetrico era già stato disatteso dall'Amministrazione e comunque non si presenta attendibile.*

Nella specie il Comune ha misurato la distanza considerando le risultanze catastali, mentre l'appellante che ne aveva l'onere non ha fornito la prova della distanza reale della costruzione dal torrente.

Il rilievo aerofotogrammetrico non ha il valore dell'incontrovertibilità proprio di una piena prova essendo in genere formato non da un pubblico ufficiale ma da un operatore privato (la ditta di ricognizioni aeree); poiché l'attendibilità del rilievo aerofotogrammetrico può essere condizionata da una molteplicità di fattori (tecnologici, come la maggiore o minore risoluzione, ambientali, come fenomeni di rifrazione, la presenza di vegetazione che può schermare le costruzioni, ecc.), correttamente il Tar ha evidenziato che, in considerazione del fatto che l'Amministrazione aveva già disatteso il rilievo, l'appellante non aveva fornito un principio di prova del suo assunto, quale avrebbe potuto essere – ad esempio – una perizia di parte o altro accertamento tecnico equivalente.

Quanto alla partecipazione al procedimento la consolidata giurisprudenza è nel senso di ritenere che la partecipazione al procedimento è garantita attraverso la comunicazione dei motivi ostativi e l'esame delle controdeduzioni dell'interessato senza che gravi sull'amministrazione alcun obbligo di singola e specifica confutazione delle osservazioni.

Ove il preavviso di rigetto non sia stato pretermesso, nessun obbligo di specifica confutazione delle analitiche deduzioni dell'interessato grava sull'Amministrazione, anche in virtù del principio per cui non può essere aggravato un procedimento cadenzato dal rispetto di tappe ben precise, come quello in esame, da obblighi ulteriori oltre quelli necessari ad assicurare al privato anticipatamente la conoscenza delle ragioni poste a fondamento del provvedimento finale e di poter interloquire in contraddittorio e collaborare all'istruttoria.

L'appello deve essere, conseguentemente respinto.

Nulla sulle spese in assenza di costituzione di parte appellata.

P.Q.M.

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

Nulla sulle spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Rosaria Maria Castorina**

**IL PRESIDENTE**  
**Marco Lipari**

IL SEGRETARIO