

Pubblicato il 22/11/2017

N. 05419/2017REG.PROV.COLL.

N. 02279/2015 REG.RIC.

N. 05279/2016 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2279 del 2015, proposto dal signor Scalzone Carlo, in proprio e nella qualità di legale rapp.te della Lu.Ve. s.a.s. di Scalzone Carlo & c., rappresentato e difeso dagli avvocati Orazio Abbamonte ed Elio Cuoco, con domicilio eletto presso lo studio Orazio Abbamonte in Roma, via Terenzio, 7;

contro

Comune di Agropoli non costituito in giudizio;

nei confronti di

Eleodoro Di Nardo, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Scuderi, con domicilio eletto presso lo studio Antonio Brancaccio in Roma, via Taranto, 18;
Vincenzo Di Nardo, Lucia Di Nardo, Luigi Di Nardo, Olga Grillo, Carmine Di Nardo non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 5279 del 2016, proposto dal signor Scalzone Carlo in proprio e in qualità di legale rapp.te della "Lu.Ve". s.a.s. di Scalzone Carlo & c.", rappresentato e difeso dall'avvocato Elio Cuoco, con domicilio eletto presso lo studio Abbamonte - Titomanlio in Roma, via N. Porpora, 12;

contro

Comune di Agropoli, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Postiglione, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria della IV Sezione del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

nei confronti di

Di Nardo Eleodoro, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Scuderi, con domicilio eletto presso lo studio Benedetta Scuderi in Roma, via Benzoni, 16; Grillo Olga, Di Nardo Carmine, Di Nardo Luigi, Di Nardo Vincenzo non costituiti in giudizio;

per la riforma

quanto al ricorso n. 2279 del 2015:

della sentenza del T.a.r. per la Campania – Sede staccata di Salerno - Sez. I, n. 1194 del 4 luglio 2014, resa tra le parti, concernente l'ordinanza comunale n. 19394 del 2011 recante la sospensione della attività di somministrazione di alimenti e bevande nello stabilimento balneare Lido Oasi ed il permesso di costruire n. 4785 del 6 settembre 2013 rilasciato in favore del medesimo stabilimento.

quanto al ricorso n. 5279 del 2016:

della sentenza del T.a.r. per la Campania - Sede staccata di Salerno - Sez. I, n. 2665 del 18 dicembre 2015, resa tra le parti, concernente il permesso di costruire n. 5097 del 17 marzo 2015 rilasciato per la realizzazione di nuova struttura adibita a bar – pizzeria a servizio del Lido Oasi.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del signor Eleodoro Di Nardo e del Comune di Agropoli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2017 il Cons. Oberdan Forlenza e uditi per le parti gli avvocati Rocco, su delega di Scuderi; Abbamonte in proprio e per l'avvocato Cuoco, e Orefice, su delega di Postiglione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.1. Con appello n. 2279/2015 r.g., il signor Carlo Scalzone, in proprio e nella qualità di legale rappresentante della società Lu.Ve. s.a.s. di Scalzone Carlo, titolare ad Agropoli dello stabilimento balneare "Lido azzurro", impugna la sentenza 4 luglio 2014 n. 1194, con la quale il Tar della Campania, sezione I della Sezione staccata di Salerno, previa riunione di due ricorsi da lui proposti,

ha respinto il secondo di essi e dichiarato improcedibile il primo per sopravvenuto difetto di interesse.

1.1.1. Con il primo dei due ricorsi riuniti (n. 1732/2011 r.g.), il signor Scalzone aveva chiesto l'annullamento dell'ordinanza 1 luglio 2011 n. 19394, con la quale il Comune di Agropoli – a seguito della sentenza del medesimo Tar Salerno n. 951/2011, di rigetto del ricorso del sig. Luigi Di Nardo proposto avverso il diniego di condono per i fabbricati abusivi adibiti a bar-ristorante e wc del lido Oasi – aveva ordinato al medesimo Di Nardo la sospensione dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande di tipo A e B, fino alla intervenuta regolarizzazione degli immobili sotto il profilo edilizio – urbanistico.

1.1.2. Con il secondo dei due ricorsi riuniti (n. 1676/2013 r.g.), il signor Scalzone ha impugnato il permesso di costruire 6 settembre 2013 n. 4785, con il quale il Comune di Agropoli ha autorizzato “lavori per la demolizione di un fabbricato esistente e costruzione di una nuova struttura adibita a bar ristorante dello stabilimento balneare denominato Lido Oasi”.

1.2. La sentenza impugnata ha innanzi tutto esaminato il secondo dei due ricorsi (n. 1676/2013 r.g.), affermando, in particolare:

- l'indice di fabbricabilità territoriale “si applica esclusivamente nel calcolo dei volumi, complessivamente realizzabili in una ben definita zona urbanistica, in sede di attuazione dello strumento urbanistico, laddove per il calcolo del volume, assentibile in relazione ad un ben individuato e specifico intervento edilizio, occorre rifarsi necessariamente all'indice di fabbricabilità fondiaria”;

- nel caso di specie, la cubatura a disposizione dei destinatari del permesso di costruire “non deriva da una variazione *in melius* dell'indice di fabbricazione, la quale certamente non avrebbe potuto riguardare aree già utilizzate a fini edificatori . . . bensì risulta dalla applicazione alla medesima area, complessivamente considerata e fermi tutti i parametri normativi vigenti, dell'indice di fabbricabilità fondiaria anziché dell'indice di fabbricabilità territoriale”;

- più precisamente, a fronte di un volume realizzabile di 6097 mc (su 4065 mq della particella 239, fl. 40, ora frazionata nelle partt. 906, 908 e 698, stante l'indice di 1,5 mc/mq), il volume di progetto previsto ed assentito corrisponde a mc. 447,32, “inferiore al volume ammissibile residuo, costituito dalla differenza tra il volume massimo assentibile e quello già consumato” (pari a mc 3415);

- le distanze delle costruzioni dai confini prescritte dagli strumenti urbanistici (nel caso di specie, m. 5 nelle zone B in base al PdF, rispondono alla *ratio* della equa ripartizione, tra le proprietà confinanti, della distanza tra i fabbricati, di modo che esse non trovano applicazione relativamente alla distanza dell'immobile da una strada, disciplinata invece dal d. lgs. n. 285/1992, che non prevede fasce di rispetto per le strade urbane di quartiere e locali).

1.3. Quanto al primo dei due ricorsi riuniti (n. 1732/2011 r.g.), la sentenza, pur rilevando la infondatezza dei motivi di ricorso proposti, lo ha dichiarato improcedibile, come da dichiarazione in tal senso resa dal ricorrente.

1.4. Avverso tale decisione vengono proposti i seguenti motivi di appello:

a) *error in iudicando*; difetto di motivazione; violazione ed erronea applicazione dell'indice fondiario del lotto di intervento per mancata applicazione delle concessioni edilizie nn. 1333/1991 e 2691/2001; violazione art. 5 D.M. n. 1444/1968 e art. 18 l. n. 765/1967; ciò in quanto, con il

precedente rilascio della concessione edilizia n. 1333/1991, in favore del Di Nardo, si è praticamente esaurita la volumetria sul lotto di intervento, poiché occorre scomputare la volumetria già assentita e realizzata (albergo per mc. 3415) e le aree destinate a standard;

b) *error in iudicando*; violazione della normativa di cui al precedente motivo sotto altro profilo; poiché non assume alcun rilievo che una CTU disposta in altro giudizio affermi l'esistenza di "notevoli capacità edificatorie del lotto";

c) *error in iudicando*; contraddittorietà della motivazione; violazione e mancata applicazione delle concessioni edilizie nn. 1333/1991 e 2691/2001, poiché la sentenza, ai fini della verifica della volumetria assentibile, ha detratto solo la volumetria già realizzata ma "ha considerate libere le aree che, viceversa, essendo state già asservite a standard dell'albergo . . . sono invece indisponibili";

c) *error in iudicando*; difetto di motivazione; violazione e mancata applicazione delle concessioni edilizie nn. 1333/1991 e 2691/2001 sotto altro profilo; violazione art. 3, p.2 D.M. n. 1444/1968 e art. 18 l. n. 765/1967, poiché non è dato comprendere a cosa si riferisca la sentenza "quando parla apoditticamente di utilizzo dell'area conforme alle prescrizioni vigenti".

1.5. Si è costituito in giudizio il sig. Eleodoro Di Nardo, che ha preliminarmente eccepito l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse, posto che "l'impugnato permesso di costruire n. 4785 del 6 settembre 2013 non è stato in alcun modo attivato, né tantomeno si è dato corso ai lavori assentiti con detto titolo abilitativo", avendo egli ottenuto "altro e differente titolo abilitativo – il permesso di costruire n. 5097 del 17 marzo 2015 – esclusivamente in forza del quale ha iniziato i lavori ivi regolarmente assentiti".

L'appellato ha comunque concluso per il rigetto dell'appello, stante la sua infondatezza.

1.6. Con memoria del 5 giugno 2015, l'appellante ha dedotto l'infondatezza della eccezione di improcedibilità, posto che i proprietari del suolo ed il tecnico, in data luglio 2015, "hanno protocollato presso il Comune di Agropoli una dichiarazione a firma congiunta nella quale hanno affermato che la nuova richiesta del permesso di costruire . . . è una variante del permesso di costruire n. 4785/2013".

2.1. Con ulteriore appello n. 5279/2016 r.g., il signor Carlo Scalzone, in proprio e nella qualità già innanzi enunciata, impugna la sentenza 18 dicembre 2015 n. 2665, con la quale il Tar della Campania, sez. I della Sezione staccata di Salerno ha respinto il suo ricorso proposto avverso il permesso di costruire 17 marzo 2015 n. 5097, avente ad oggetto la realizzazione di una nuova struttura adibita a bar – pizzeria a servizio del Lido Oasi in Agropoli.

La sentenza ha richiamato la precedente decisione n. 1194/2014 (impugnata dal sig. Scalzone con il precedente ricorso n. 2279/2015) e – preso atto che "le opere assentite con permesso di costruire n. 4785/9391 del 6 settembre 2013 non sono mai state realizzate" – ha osservato che, nel caso di specie, "valgono quindi le medesime considerazioni testualmente riportate in ordine alla correttezza dell'indice di fabbricabilità utilizzato ed al mancato sfioramento della volumetria massima assentibile, avuto riguardo alla sostanziale sovrapposizione quantitativa del volume in progetto".

Inoltre, la sentenza ha affermato che, pur volendo considerare e detrarre, ai fini del computo della volumetria assentibile, quella destinata a standard, "si perviene ad una superficie residua pari a 2648,40 mq., che genera un volume fuori terra pari a 3972,60 mc., quindi superiore a quello risultante dalla sommatoria dell'edificio esistente e di quello di progetto". E ciò in quanto, ai fini

della quantificazione degli standard “sono infatti da escludere le aree per parcheggi ex art. 18 l. n. 765/1967”.

2.2. Avverso tale decisione vengono proposti i seguenti motivi di appello:

a1) *error in iudicando*; erronea applicazione dell’indice fondiario del lotto di intervento in luogo dell’indice territoriale; mancata applicazione delle concessioni edilizie nn. 1333/1991 e 2691/2001; violazione art. 5 D.M. n. 1444/1968 e art. 41-sexies l. n. 1150/1942; ciò in quanto, con il rilascio della concessione edilizia n. 1333/1991, in favore del Di Nardo, si è praticamente esaurita la volumetria sul lotto di intervento, poiché occorre non computare la volumetria già assentita e realizzata (albergo per mc. 3415) e le aree destinate a standard; né assume alcun rilievo che una CTU disposta in altro giudizio affermi l’esistenza di “notevoli capacità edificatorie del lotto”;

b1) *error in iudicando*; violazione della medesima normativa e delle concessioni edilizie di cui al primo motivo di appello sotto diverso profilo; ciò in quanto, effettuati correttamente i calcoli della superficie disponibile, risulta l’illegittimità del permesso di costruire impugnato, che “prevede la realizzazione di una nuova costruzione (un bar – pizzeria di 416,49 mc), in un lotto privo di volumetria residua”. Né è possibile ritenere che “l’esclusione delle aree di parcheggio destinate a standard consenta di ritenere le medesime aree di parcheggio disponibili ovvero libere, ai fini del calcolo volumetrico su cui applicare il diverso indice fondiario”.

2.3. Si è costituito in giudizio il Comune di Agropoli, che ha concluso per il rigetto dell’appello, stante la sua infondatezza.

Si è altresì costituito il signor Eleodoro Di Nardo, che ha anch’egli concluso per il rigetto dell’appello.

3. Dopo il deposito di ulteriori memorie, all’udienza pubblica di trattazione del 25 maggio 2017 ambedue le cause sono state riservate in decisione.

DIRITTO

4. Il Collegio preliminarmente dispone la riunione degli appelli, ai sensi dell’art. 70 Cpa, stante la loro evidente connessione soggettiva ed oggettiva.

5. L’appello n. 2279/2015 r.g. deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

5.1. Giova innanzi tutto precisare che oggetto di impugnazione – come si desume dai motivi di appello proposti – è la sola parte della sentenza che rigetta il ricorso con il quale il signor Scalzone ha impugnato il permesso di costruire 6 settembre 2013 n. 4785, relativo ai “lavori per la demolizione di un fabbricato esistente e costruzione di una nuova struttura adibita a bar ristorante dello stabilimento balneare denominato Lido Oasi”.

Al contrario, non risulta oggetto di impugnazione il capo della medesima sentenza, con il quale si è dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso proposto avverso l’ordinanza 1 luglio 2011 n. 19394, di sospensione dell’attività di somministrazione di alimenti e bevande di tipo A e B, fino alla intervenuta regolarizzazione degli immobili sotto il profilo edilizio – urbanistico.

5.2. Tanto precisato, occorre osservare che il permesso di costruire 17 marzo 2015 n. 5097 (rub. n. 9703), autorizza *ex novo* i lavori per la realizzazione di una struttura da adibire a bar pizzeria a servizio dello stabilimento balneare denominato “lido Oasi” in Agropoli, senza fare alcun riferimento al precedente permesso di costruire 6 settembre 2013 n. 4785.

Nella relazione tecnica descrittiva in atti, redatta dall’ing. Pasquale Di Luccio, si legge (punto 2) che “l’intervento di progetto (è) completamente slegato dal progetto assentito con permesso di costruire n. 4785/9391 del 6 settembre 2013, costituendone sua sostituzione”.

D’altra parte, la stessa sentenza del Tar Campania n. 2665/2015 (oggetto del secondo degli appelli riuniti), afferma, senza contestazione da parte dell’appellante, che “le opere assentite con permesso di costruire n. 4785/9391 del 6 settembre 2013 non sono mai state realizzate”.

Appare, dunque, evidente come l’appello, attesa l’emanazione di un nuovo permesso di costruire (peraltro impugnato dal signor Scalzone) e stante la mancata utilizzazione del permesso n. 4785/2013, deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

6. L’appello n. 5279/2016 r.g. è fondato nei limiti in prosieguo precisati e deve essere, pertanto, accolto, in relazione al secondo dei motivi proposti, con conseguente riforma della sentenza impugnata.

6.1. Deve essere, innanzi tutto, dichiarata la tardività della memoria del Comune di Agropoli depositata il 28 aprile 2017, e dunque a meno di trenta giorni liberi dall’udienza pubblica di discussione della presente controversia (art. 73, co. 1 Cpa).

6.2. I motivi di appello vertono ambedue, in sostanza, sull’intervenuto “esaurimento” della capacità volumetrica dell’area sulla quale è stato rilasciato il permesso di costruire impugnato.

Con il primo motivo, si lamenta, che, in linea generale, per computare la volumetria utile residua all’esito del rilascio della concessione edilizia n. 1333/1991, in favore del Di Nardo, si sarebbe dovuto utilizzare l’indice di densità territoriale, il che avrebbe reso evidente l’esaurimento della volumetria sul lotto di intervento, poiché si sarebbe dovuta scomputare la volumetria già assentita e realizzata (albergo per mc. 3415) e le aree destinate a standard.

Con il secondo motivo di appello (sub lett. b1) dell’esposizione in fatto), il sig. Scalzone censura la sentenza impugnata, in quanto, anche a voler ammettere l’applicazione dell’indice fondiario di edificabilità, una volta effettuati correttamente i calcoli della superficie disponibile, risulterebbe l’illegittimità del permesso di costruire impugnato, che “prevede la realizzazione di una nuova costruzione (un bar – pizzeria di 416,49 mc), in un lotto privo di volumetria residua”.

Secondo l’appellante, sommando agli standard i parcheggi previsti dall’art. 41-sexies l. n. 1150/1942, si ottiene una complessiva superficie da detrarre da quella complessiva del lotto, residuando in tal modo una superficie che non consente ulteriori sviluppi volumetrici, poiché il lotto medesimo sarebbe già saturo

Né (si sostiene) è possibile ritenere che “l’esclusione delle aree di parcheggio destinate a standard consenta di ritenere le medesime aree di parcheggio disponibili ovvero libere, ai fini del calcolo volumetrico su cui applicare il diverso indice fondiario”.

A fronte di tale prospettazione, l’appellato signor Di Nardo controdeduce proponendo due distinti ordini di considerazioni:

- in primo luogo, le aree a standard (ex art. 5 D.M. n. 1444/1968), le quali “concorrono ad assicurare la dotazione di alcuni spazi per il soddisfacimento di esigenze pubbliche”, al contempo “concorrono alla formazione della volumetria che il proprietario può realizzare sull’area”; conseguentemente “le aree su cui sono allocati i parcheggi pertinenziali ex art. 41-*sexies* ma anche quelle per gli standard ex art. 5 del D.M. 1444/1968 rimangono di proprietà privata e concorrono – dunque – al calcolo del volume insediabile” (v. memoria dep. 20 aprile 2017, pagg. 12 – 13);

- in secondo luogo, le aree per gli standard ex art. 5 cit. e quelle previste per i parcheggi dall’art. 41-*sexies* non hanno la stessa natura e, “giacchè così non è, sottraendo queste ultime alle prime si raggiunge una superficie fondiaria utile a garantire il volume aggiuntivo chiesto in realizzazione”. Ciò in quanto le superfici a parcheggio “sono semplicemente gravate *ope legis* da un vincolo di destinazione che va soddisfatto avuto riguardo all’intero progetto di edificazione”, ma non può sostenersi che le stesse “una volta destinate a parcheggio non siano più nella disponibilità dei proprietari” (pag. 14 memoria cit.).

Quest’ultimo profilo è quello considerato dalla sentenza impugnata (e censurato dall’appellante), la quale afferma che, pur volendo considerare e detrarre, ai fini del computo della volumetria assentibile, quella destinata a standard, “si perviene ad una superficie residua pari a 2648,40 mq., che genera un volume fuori terra pari a 3972,60 mc., quindi superiore a quello risultante dalla sommatoria dell’edificio esistente e di quello di progetto”. E ciò in quanto, ai fini della quantificazione degli standard “sono infatti da escludere le aree per parcheggi ex art. 18 l. n. 765/1967” (pagg. 9 – 10).

6.3. Il Collegio, ai fini della decisione della presente controversia, deve richiamare alcune considerazioni, già svolte da questo Consiglio di Stato (sez. IV, 20 luglio 2016 n. 3246; 9 luglio 2011 n. 4134, di recente riaffermate con sentenza 20 luglio 2017 n. 3573) e che devono essere riconfermate nella presente sede.

Ai sensi dell’art. 7 della l. 17 agosto 1942 n. 1150, il Comune disciplina, con il Piano regolatore generale, l’assetto urbanistico dell’intero territorio comunale, in particolare prevedendo “la divisione in zone del territorio comunale con la precisazione delle zone destinate all’espansione dell’aggregato urbano e la determinazione dei vincoli e dei caratteri da osservare in ciascuna zona”.

Le previsioni del Piano, come questo Consiglio di Stato ha già avuto modo di affermare, “servono a conformare l’edificazione futura e non anche le costruzioni esistenti al momento dell’entrata in vigore del Piano o di una sua variante” (Cons. Stato, sez. IV, 18 giugno 2009 n. 4009), ciò facendo con prescrizioni tendenzialmente a tempo indeterminato, in quanto conformative delle destinazioni dei suoli (Cons. Stato, sez. II, 18 giugno 2008 n. 982).

In tale contesto, come affermato dalla giurisprudenza (Cons. Stato, sez. IV, 8 gennaio 2013 n. 32) “la “densità edilizia territoriale” è riferita a ciascuna zona omogenea e definisce il carico complessivo di edificazione che può gravare sull’intera zona; viceversa, la “densità edilizia fondiaria” è riferita alla singola area e definisce il volume massimo su di essa edificabile”.

La differenza consiste nel fatto che la densità edilizia territoriale, riferendosi a ciascuna zona omogenea dello strumento di pianificazione, definisce il complessivo carico di edificazione che può gravare su ciascuna zona stessa, per cui il relativo indice è rapportato all’intera superficie della zona, ivi compresi gli spazi pubblici, quelli destinati alla viabilità, ecc.; viceversa, la densità edilizia fondiaria, concernendo la singola area e definendo il volume massimo edificabile sulla stessa, implica che il relativo indice sia rapportato all’effettiva superficie suscettibile di edificazione ed è a tale indice che occorre fare concreto riferimento ai fini della individuazione della volumetria

effettivamente assentibile con il permesso di costruire (cfr., sul punto e per concludere, Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2009, n. 3; Cass. civ., sez. I, 26 settembre 2016, n. 18841).

6.4. Facendo applicazione dei su esposti principi, risulta evidente che correttamente il comune, onde omogeneizzare la diversa capacità edificatoria sviluppata nel tempo dal lotto sin dal 1991, abbia fatto riferimento all'indice fondiario per valutare costruzioni e standard.

Ne discende il rigetto del primo motivo di gravame.

6.5. Può procedersi all'esame del secondo motivo di gravame.

Il motivo è fondato.

Tanto innanzi precisato quanto alla corretta definizione ed applicazione degli "indici", al fine di definire con precisione cosa occorra considerare quale "superficie suscettibile di edificazione", è del tutto evidente che lo strumento urbanistico, proprio per le sue caratteristiche di strumento di pianificazione e delle sua possibilità di utilizzo, nel disporre le future conformazioni del territorio, considera le sole "aree libere", tali dovendosi ritenere quelle "disponibili" al momento della pianificazione, e ancor più precisamente quelle che non risultano già edificate (in quanto costituenti aree di sedime di fabbricati o utilizzate per opere di urbanizzazione), ovvero quelle che, nel rispetto degli standard urbanistici, risultano comunque già utilizzate per l'edificazione (in quanto asservite alla realizzazione di fabbricati, onde consentirne lo sviluppo volumetrico).

D'altra parte, diversamente opinando, ogni nuova pianificazione risulterebbe del tutto scollegata dalla precedente, potendo da questa prescindere, e di volta in volta riguarderebbe, senza alcuna contestualizzazione storica, una parte sempre più esigua del territorio comunale (cioè quella non ancora occupata da immobili e manufatti), valutata ex novo.

In tal modo, la pianificazione urbanistica si ridurrebbe a considerare il territorio solo nella sua mera possibilità di edificazione, in quanto non ostacolata da presenze materiali, e non già come un bene da conformare per il migliore sviluppo della comunità, salvaguardando i diritti costituzionalmente garantiti degli individui che su di esso vivono ed operano.

Quanto sin qui esposto, comporta che l'eventuale modificazione del piano regolatore, che prevede nuovi e più favorevoli indici di fabbricazione, non può che interessare, nell'ambito della zona del territorio considerata dallo strumento urbanistico, se non le sole aree libere, nel senso sopra precisato, con esclusione, quindi, di tutte le aree comunque già utilizzate a scopo edificatorio, ancorché le stesse si presentino "fisicamente" libere da immobili.

Questo Consiglio di Stato ha già avuto, peraltro, modo di affermare che "un'area edificabile, già interamente considerata in occasione del rilascio di una concessione edilizia, agli effetti della volumetria realizzabile, non può essere più tenuta in considerazione come area libera, neppure parzialmente, ai fini del rilascio di una seconda concessione nella perdurante esistenza del primo edificio, irrilevanti appalesandosi le vicende inerenti alla proprietà dei terreni" (Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2000 n. 749).

Più in particolare, si è precisato che "in ipotesi di realizzazione di un manufatto edilizio la cui volumetria è calcolata sulla base anche di un'area asservita o accorpata, l'intera estensione interessata deve essere considerata utilizzata ai fini edificatori, con l'effetto che anche l'area asservita o accorpata non è più edificabile, anche se è oggetto di un frazionamento o di alienazione

separata dall'area su cui insiste il manufatto" (Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2002 n. 6128; sez. IV, 6 settembre 1999 n. 1402).

Quanto esposto, comporta che, proprio perché il piano regolatore (e le sue successive modificazioni) considerano le sole aree libere, eventuali variazioni degli indici di fabbricazione *in melius* (cioè più favorevoli ai privati proprietari) non possono riguardare aree già utilizzate a fini edificatori.

Al contrario, eventuali variazioni in senso restrittivo dei predetti indici si impongono ad aree per le quali, pur essendo in precedenza previsti indici più favorevoli, non siano state ancora utilizzate a fini edificatori.

Né vi è contraddizione tra le due precedenti ipotesi, poiché esse sono ambedue perfettamente coerenti con la esposta tesi della conformabilità delle sole aree libere. Ed infatti, nel primo caso, l'area non può definirsi libera, in quanto già utilizzata a fini edificatori, mentre nel secondo l'area è libera, posta la sua non ancora intervenuta utilizzazione.

Quanto affermato con riferimento alla successione nel tempo di diversi indici di fabbricabilità fondiari, deve trovare a maggior ragione applicazione nell'ipotesi di rilascio di successive concessioni edilizie e/o permessi di costruire nell'ambito della stessa area in costanza di indice di fabbricabilità, dovendosi considerare, al fine di sviluppare la volumetria assentibile, le sole aree da considerare libere, secondo i criteri innanzi descritti.

6.6. In tale contesto, sia gli standard ex art. 5 D.M. 1444/1968, sia le aree da destinare a parcheggio, ai sensi dell'art. 41-*sexies* l. n. 1150/1942, devono essere considerate come "non disponibili", ai fini di una successiva edificazione, laddove già considerate (ovvero laddove avrebbero dovuto essere considerate), ai fini della realizzazione di precedenti costruzioni.

Come è noto, l'art. 5 D.M. cit. prevede che, nelle zone A) e B), a fronte di 100 mq. di superficie lorda di pavimento di edifici previsti, devono corrispondere almeno 40 mq di superficie da destinare a parcheggio, e ciò in aggiunta ai parcheggi previsti dall'art. 18 l. n. 765/1967, e sempre che "siano previste adeguate attrezzature integrative" (dovendosi altrimenti calcolare 80 mq).

A sua volta, l'art. 41-*sexies* citato (introdotto nella l. n. 1150/1942 proprio dall'art. 18 l. n. 765/1967), prevede che "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".

Come la giurisprudenza ha già avuto modo di osservare (Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 2014 n. 5444; sez. IV, 6 gennaio 2013 n. 32), la disposizione contenuta nel predetto art. 41-*sexies* "...opera come norma di relazione nei rapporti privatistici e come norma di azione nel rapporto pubblicistico con la p.a., non potendo quest'ultima autorizzare nuove costruzioni che non siano corredate di dette aree, giacché l'osservanza della norma costituisce condizione di legittimità della concessione edilizia, e spettando esclusivamente alla stessa p.a. l'accertamento della conformità degli spazi alla misura proporzionale stabilita dalla legge e della idoneità a parcheggio delle aree, con la conseguenza che il trasferimento del vincolo di destinazione su aree diverse da quelle originarie può avvenire soltanto mediante il rilascio di una concessione in variante" (Cass. civ., sez. II, 13 gennaio 2010, n. 378), chiarendosi anche che, mentre gli spazi di parcheggio di cui all'art. 41 *quinquies* della legge n. 1150 del 1942 costituiscono aree pubbliche da conteggiarsi ai fini della dotazione di standard, quelli di cui al successivo art. 41-*sexies* sono qualificati come aree private pertinenziali

alle nuove costruzioni e come tali escluse (ex art. 3, comma 2, lett. d), del D.M. 2 aprile 1968, n. 1444) dal computo del calcolo della misura degli standards”.

Orbene, contrariamente a quanto sostenuto dalla sentenza impugnata, la circostanza che le aree di cui all'art. 41-*sexies* siano da qualificarsi “aree pertinenziali private”, come tali escluse dal computo degli standard, non significa che dette aree possano essere considerate come “disponibili”, ai fini del successivo calcolo della superficie utilizzabile per una nuova costruzione.

Ed infatti, l'art. 3, co. 2, lett. d) del D.M. n. 1444/1968, in sintonia con quanto previsto dal successivo art. 5, si limita a precisare che le aree ex art. 41-*sexies* non possono essere considerate ai fini del computo delle aree da riservare a parcheggi (standard), ma si intendono come “aggiuntive” a questi ultimi.

Si tratta di una disposizione che, in presenza di una nuova costruzione, tende ad aumentare le aree da destinare a parcheggi, privati (in quanto verosimilmente a disposizione dei condomini) ovvero pubblici.

Alla luce di quanto sin qui esposto, non possono, dunque, trovare accoglimento le considerazioni esposte dall'appellato Di Nardo.

Ed infatti, con riferimento a tutte le aree destinate a standard ex art. 5 e a parcheggi ex art. 41-*sexies*, le stesse non possono essere ritenute come utilizzabili per il calcolo del volume ulteriormente insediabile sul lotto; se ciò fosse, l'area considerata sarebbe soggetta ad un “effetto moltiplicatore” di cubatura, travolgendosi nei fatti il rapporto tra area coperta ed area scoperta (a prescindere dalla sua finalizzazione), che invece il legislatore ha inteso assicurare.

Così argomentando, come si è già detto, la pianificazione urbanistica si ridurrebbe a considerare il territorio solo nella sua mera possibilità di edificazione, in quanto non ostacolata da presenze materiali, e non già come un bene da conformare per il migliore sviluppo della comunità, salvaguardando i diritti costituzionalmente garantiti degli individui che su di esso vivono ed operano.

Né assumono particolare rilevanza la circostanza che l'area da destinare a parcheggi (pubblici o privati) sia di proprietà privata, ovvero il fatto che - come sostenuto dall'appellato con riferimento a quanto diversamente previsto per aree residenziali o commerciali da riservare a parcheggi - “le diverse destinazioni dell'immobile condizionerebbero le superfici effettivamente a disposizione” per l'ulteriore volume insediabile (pag. 12-13 memoria dep. 28 aprile 2017)

Infatti, l'imposizione di standard e/o vincoli di destinazione costituisce conformazione della proprietà privata, onde contemperare lo *jus aedificandi* del privato (assentito, nel suo esercizio, dalla Pubblica amministrazione) con le evidenti esigenze pubblicistiche di assicurare un uso armonico del territorio, volto alla soddisfazione della pluralità di esigenze di vita e, non ultimo, del diritto alla salute di tutti i cittadini. Ed in tale contesto è appena il caso di osservare che, a differenti destinazioni dell'immobile edificato, ben possono (anzi, ragionevolmente, “debbono”) corrispondere superfici di diversa entità da considerare “vincolate nella destinazione” al predetto immobile (in quanto condizioni per la sua edificazione), e, dunque, secondo i principi sin qui esposti, ormai “sfruttate” e non più computabili per ulteriori ed eventuali possibilità edificatorie.

6.7. Nel caso di specie, la superficie complessiva del lotto, pari a mq. 4065, ha già visto la realizzazione di un fabbricato (destinato ad albergo, poi a scuola) di mc. 3415,64 (oltre la

volumetria interrata pari a mc. 2131,50) e di una superficie pavimentata lorda complessiva di mq. 1761,64 (tale estensione, affermata dall'appellante, non è contestata dall'appellato).

Ne consegue che, applicando gli standard ex art. 5 D.M. n. 1444/1968, la superficie da destinare a parcheggio è pari a mq. 1409,31; mentre le aree da destinare a parcheggi ex art. 41-*sexies* sono pari a mq. 341,56, per un totale di superficie destinata pari a mq. 1750,87.

Detraendo tale superficie da quella complessiva del lotto (4065 – 1750,64), la superficie residua, sulla quale applicare l'indice di fabbricabilità fondiario, è di mq. 2314,36, che sviluppa, dunque (mq. 2314,36 x 1,5 mc), una volumetria di mc. 3471,54 (di poco superiore a quella già esistente sul lotto).

Da ciò consegue, pertanto, l'intervenuto esaurimento del lotto e la illegittimità del permesso di costruire n. 5097/2015.

6.8. Per tutte le ragioni esposte, l'appello deve essere accolto nei limiti sopra precisati e, per l'effetto, in riforma della sentenza n. 2665/2015 impugnata, deve essere accolto il ricorso instaurativo del giudizio di I grado, con conseguente annullamento del permesso di costruire n. 5097/2015, rilasciato dal Comune di Agropoli.

7. Stante la particolare complessità delle questioni trattate e la parziale reciproca soccombenza, il Collegio, ex art. 26, comma 1, c.p.a. e 92, comma 2, c.p.c. compensa tra tutte le parti le spese e gli onorari del doppio grado di giudizio (in relazione al ricorso n.r.g. 5279/2016) e di quelli del presente grado di giudizio (in relazione al ricorso n.r.g. 2279/2015).

8. Ai fini del contributo unificato deve ritenersi soccombente il signor Scalzone relativamente al ricorso n.r.g. 2279/2015, mentre risultano, ovviamente, soccombenti il comune di Agropoli e i signori Di Nardo in relazione al ricorso n.r.g. 5279/2016 (per entrambi i gradi di giudizio).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti proposti da Scalzone Carlo (nn. 2279/2015 e 5279/2016 r.g.):

a) dichiara improcedibile l'appello n. 2279/2015 r.g.;

b) accoglie l'appello n. 5279/2016 r.g. nei limiti di cui in motivazione e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso instaurativo del giudizio di I grado, e, di conseguenza, annulla il provvedimento con lo stesso impugnato;

d) compensa tra le parti spese ed onorari del doppio grado del giudizio r.g. n. 5279/2016 e del presente grado relativamente al giudizio r.g. n. 2279/2015.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Oberdan Forlenza, Consigliere, Estensore

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

Luca Lamberti, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

L'ESTENSORE
Oberdan Forlenza

IL PRESIDENTE
Vito Poli

IL SEGRETARIO