



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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello n. 9356 del 2004, proposto da Ciemme costruzioni s.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alfredo Samengo e Vincenzo Ferrari, ed elettivamente domiciliata presso il primo dei difensori in Roma, via Po n. 25/B, come da mandato in calce al ricorso introduttivo;

contro

Comune di Cosenza, in persona del sindaco legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

nei confronti di

A.L.E. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Rosario Chiriano, ed elettivamente domiciliata, unitamente al difensore, presso l'avv. Domenico Dodaro in Roma, via Bissolati n. 76, come da mandato in calce alla comparsa di costituzione e risposta;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione seconda, n. 95 del 14 gennaio 2004;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2011 il Cons. Diego Sabatino e uditi per le parti gli avvocati Antonello Tornitore, su delega dell'avv. Vincenzo Ferrari, nonché l'avv. Daniele D'Alessandro (in fase preliminare);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 9356 del 2004, Ciemme costruzioni s.n.c. propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione seconda, n. 95 del 14 gennaio 2004 con la quale è stato dichiarato inammissibile il ricorso proposto contro il Comune di Cosenza per l'annullamento della concessione edilizia n. 16 del 3.4.2001, rilasciata alla ALE s.r.l. dal Comune di Cosenza.

A sostegno delle doglianze proposte dinanzi al giudice di prime cure, la parte ricorrente aveva premesso di aver acquistato dai signori Pietro Pupo, Lidia Paparo, Raffaella Pupo, Gaetano Pupo e Isabella Tancredi, con atto pubblico del 9.9.1999, un quoziente di terreno originato dal frazionamento di una più ampia particella e catastalmente identificato come p.lla 798, partita 1530, foglio 3.

Si sostiene che la proprietà del suddetto quoziente ha attribuito alla società acquirente lo ius aedificandi per una volumetria di 1.525 mc, e lamenta che la società ALE, successivamente divenuta proprietaria (per averla acquistati dai predetti alienanti) dell'altra particella residuante dal menzionato frazionamento, ha ottenuto il rilascio di una concessione edilizia per l'edificazione di un volume

comprensivo anche della cubatura di pertinenza del terreno acquistato dalla società ricorrente.

A fondamento del gravame viene quindi posta la carenza di legittimazione in capo alla società ALE in ordine all'ottenimento di un titolo concessorio per la realizzazione di una volumetria riferibile, in parte, ad un terreno di proprietà aliena. Si è costituita per prima in giudizio la società ALE, titolare della concessione edilizia impugnata, negando che il terreno acquistato dalla società ricorrente abbia avuto rilievo ai fini della determinazione della volumetria assentita con la concessione edilizia impugnata.

Deduce infatti che tale terreno è stato inserito nel Programma Unitario di Riqualficazione (P.U.R.) approvato dal Comune di Cosenza con delibera di Giunta n. 439 del 22.4.1997, cui ha fatto seguito la relativa convenzione attuativa - stipulata in data 19.10.1999 ed alla quale ha preso parte la stessa società ricorrente - a mezzo della quale sono stati definiti, anche sul piano volumetrico, gli interventi edilizi eseguibili dai singoli proprietari paciscenti.

Osserva quindi che il terreno acquistato dalla società ricorrente è configurato, nella planimetria allegata alla convenzione attuativa del P.U.R., come pertinenziale al fabbricato da edificarsi da parte della stessa, circostanza questa sufficiente per escludere che esso sia venuto in rilievo ai fini della volumetria assegnata, dalla convenzione medesima, al diverso intervento edilizio poi assentito, in favore della società ALE, con la concessione edilizia impugnata.

Avendo rinunciato l'originario difensore della società ALE, il difensore subentrato, dopo aver ribadito gli argomenti esposti in sede di costituzione e dianzi riassunti, ha altresì evidenziato che la domanda di concessione accolta con il provvedimento impugnato non contiene alcun riferimento alla particella 798, acquistata dalla società ricorrente.

Egli in ogni caso desume, dalla partecipazione della società ricorrente alla convenzione stipulata il 19.10.1999 (contemplante come si è detto la precisa distribuzione dei volumi tra gli interventi edilizi proposti dalle diverse parti stipulanti), una volontà di asservimento della particella 798 alla costruzione da realizzarsi ad opera della società ALE.

Su tali premesse, il difensore della società evocata in giudizio, oltre ad eccepire la mancata notificazione del gravame nei confronti di tutte le parti della menzionata convenzione e la carenza di interesse alla sua proposizione (assumendo che la società ricorrente potrebbe sempre far valere la potenzialità edificatoria del terreno acquistato presentando apposita domanda di concessione comprensiva del volume ad esso riferibile e dolendosi dell'eventuale diniego), conclude per il rigetto della domanda di annullamento.

Alle illustrate deduzioni ha replicato, con successiva memoria, il difensore della società ricorrente, sottolineando che le volumetrie assegnate ai soggetti attuatori del P.U.R. erano già state definite, antecedentemente all'acquisto da parte della società CIEMME della particella 798 (ed alla stessa convenzione attuativa del Programma), con la relazione ad esso allegata : da questa si evincerebbe che il quoziente di terreno, dal cui frazionamento sarebbe poi derivata la particella 798, era stato complessivamente considerato ai fini della determinazione del volume di pertinenza dei danti causa della società ALE (subentrante ai predetti nel procedimento concessorio da essi attivato).

Pertanto, egli osserva che la società CIEMME, acquirente della menzionata particella, ha acquistato anche un diritto, in comune con la società ALE, alla realizzazione del complesso edilizio di pertinenza di quest'ultima.

Su tali basi, viene ribadita la domanda di annullamento proposta con il ricorso introduttivo.

Il difensore del Comune, costituitosi per ultimo, eccepisce a sua volta l'inammissibilità del gravame – rilevando la conformità della concessione impugnata alle previsioni volumetriche contenute nel P.U.R. e nella relativa convenzione attuativa, con la conseguente inerenza della controversia, nel suo nucleo sostanziale, ai rapporti contrattuali scaturenti dall'atto di acquisto della particella 798 da parte della società ricorrente – e ne deduce comunque l'infondatezza, osservando come né il contratto di acquisto stipulato dalla società ricorrente in data 9.9.1999, né la convenzione attuativa del P.U.R. contengano alcuna clausola modificatrice dell'assetto volumetrico fissato da quest'ultimo, ciò che impedisce di ipotizzare, come mostra di fare la difesa attorea, “comunioni di volumetrie” in favore della società CIEMME riferite all'intervento edilizio della società concessionaria.

Il ricorso veniva deciso con la sentenza appellata. In essa, il T.A.R. riteneva fondate le eccezioni di inammissibilità del ricorso, ritenendo immeritevole di tutela l'interesse azionato dalla parte ricorrente.

Contestando le statuizioni del primo giudice, la parte appellante evidenzia l'erroneità della ricostruzione in fatto ed in diritto operata in sentenza.

Nel giudizio di appello, si è costituita A.L.E. s.r.l., chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via gradata, rigettare il ricorso.

Alla pubblica udienza del 25 maggio 2011, il ricorso è stato discusso ed assunto in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello è fondato e merita accoglimento entro i termini di seguito precisati.
2. - In via preliminare, vanno esaminate le plurime eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado, riproposte in grado di appello dalla società controinteressata ed estese, per quanto rilevanti, all'atto di impugnazione.

Trattandosi di questioni distinte, ognuna partitamente giustificata, andranno esaminate separatamente.

2.1. - Con la prima eccezione, si deduce genericità dell'atto di appello per genericità delle doglianze e delle censure mosse, nonché per intervenuto giudicato sui capi autonomi della decisione. Nel dettaglio, si evidenzia come l'atto di appello, senza affrontare analiticamente tutte le questioni risolte in sentenza, si limiti a riproporre unicamente le censure sulla concessione edilizia rilasciata.

L'eccezione non ha pregio.

L'atto di appello, nel corpo di un unico motivo di diritto, reitera le doglianze in relazione al titolo edilizio rilasciato, evidenziando come lo stesso avesse fatto uso della cubatura spettante alla società appellante e sottolineando come, in relazione a tale situazione soggettiva, dovesse essere ritenuta sussistente la legittimazione ad agire della Ciemme costruzioni s.n.c. (pag. 7 dell'atto di appello).

Appare quindi evidente come l'impugnativa contenga in sé tutti gli elementi per pervenire ad una decisione, in relazione alla fattispecie dedotta in giudizio. E tale evidenza non viene meno a seguito della circostanza che il giudice di prime cure, con motivazione sulla quale si ritornerà in seguito, ha costruito il ricorso come se fosse stato proposto in relazione alla tutela di diversi beni giuridici, atteso che questo era stato proposto per l'annullamento della concessione edilizia n. 16 del 3 aprile 2001 ed è quindi solo in relazione a tale pretesa che deve essere valutata la sussistenza degli elementi minimi dell'atto di appello.

2.2. - Con la seconda ragione di doglianza, si evidenzia l'irricevibilità del ricorso per mancata tempestiva impugnazione dell'atto lesivo, atteso che lo stesso era stato impugnato per il solo annullamento in primo grado, mentre successivamente tale censura non è stato più riproposta.

Anche tale doglianza non ha pregio.

In disparte la ragione involuta di tale censura, occorre evidenziare come sia il ricorso in primo grado che quello in appello si rivolgono contro lo stesso atto, ossia la già citata concessione edilizia n. 16 del 3 aprile 2001, per cui non è dato cogliere da dove la parte appellata tragga le sue conclusioni.

Qualora poi si volesse sostenere, ma si tratta di argomento per nulla chiarito dall'atto di appello, che fosse tardivo il ricorso in primo grado, basterà ricordare che l'orientamento giurisprudenziale in tema è pacificamente teso ad asserire che la prova della tardività ricada sulla parte che intende giovare di tale eccezione, e quindi spetti alla A.L.E. s.r.l. dimostrare tale ritardo, circostanza di cui non vi è prova in atti.

2.3. - Con la terza eccezione, si evidenzia la mancata citazione delle altre parti necessarie, atteso che il rispetto del programma urbanistico di recupero comporterebbe obblighi anche in capo ad altri soggetti, non evocati in giudizio.

Anche la presente doglianza appare destituita di fondamento.

Come già sopra più volte evidenziato, il tema del giudizio, ossia la legittimità della concessione edilizia n. 16 del 3 aprile 2001, rende palese la mancanza di altri soggetti controinteressati, atteso che, giusta la giurisprudenza dominante, questi devono essere individuati nei soggetti eventualmente pregiudicati dalla decisione ed agevolmente individuabili sulla base del provvedimento impugnato.

2.4. - Con la quarta eccezione, viene lamentata carenza di legittimazione della società ricorrente, atteso che la stessa non aveva mai richiesto una concessione edilizia per lo sfruttamento della volumetria ricadente nell'area di sua proprietà, limitandosi a censurare la circostanza del rilascio in favore di terzi di una concessione eventualmente comprensiva anche dei diritti edificatori ad essa spettanti.

La doglianza non ha pregio.

La lesione della situazione giuridica soggettiva del titolare di una pretesa viene incisa non solamente dal provvedimento che ne nega direttamente l'utilizzazione giuridica, ma anche dagli atti che precludano, anche in futuro, il suo godimento. L'attualità del danno è tale anche quando le conseguenze lesive saranno concretamente visibili in un momento futuro e ciò non impedisce, anzi legittima pienamente, la tutela al momento del fatto eziologicamente rilevante.

È quindi del tutto influente la circostanza che la Ciemme costruzioni s.n.c. non abbia richiesto alcuna concessione edilizia, in quanto il danno da essa subito deve essere ponderato in relazione all'esistenza di provvedimenti idonei ad intaccare le proprie pretese sostanziali, siano esse attuali come pure future.

L'ipotesi che la potenzialità edificatoria di un lotto venga lesa unicamente al momento del diniego della concessione appare quindi non condivisibile e va respinta.

2.5. - Con la quinta eccezione, viene lamentata la carenza di giurisdizione del giudice adito, perché il giudizio andrebbe ad incidere sulla volumetria assentita, e quindi comporterebbe l'imposizione di una comunione iussu iudicis, esorbitante dai poteri concessi in questa sede.

Ancora una volta, la Sezione è costretta a rimarcare che l'oggetto del ricorso è la legittimità della concessione edilizia n. 16 del 3 aprile 2001, la cui valutazione spetta al giudice amministrativo quale giudice naturale della funzione amministrativa non paritetica.

L'eccezione è inconsistente.

2.6. - Con la sesta eccezione, si lamenta la carenza di interesse della ricorrente, atteso che l'opera realizzata è in avanzato stato di realizzazione e non potrebbe essere modificata senza compromettere l'intero assetto del piano di recupero.

Anche questa doglianza va ritenuta del tutto inaccoglibile.

L'ipotesi che la mera realizzazione in fatto di un'opera possa in sé escludere la valutazione di diritto sulla sua legittimità è argomento che si scontra con le ragioni stesse della funzione giurisdizionale. La circostanza che l'eventuale esito favorevole debba comportare un nuovo riassetto degli interessi, lungi dal rendere impossibile il giudizio, avrà infatti conseguenze unicamente in sede di ottemperanza, comportando obblighi esecutivi in capo alla pubblica amministrazione.

2.7. - Con la settima eccezione, viene evidenziata l'esistenza di un assenso espresso o comunque di una acquiescenza alla situazione di fatto e di diritto da parte della ricorrente.

In particolare, si deduce che tale circostanza emerga dalla consapevolezza dei contenuti del PUR e dall'aver acquistato la particella sapendo come la volumetria sarebbe stata asservita per la realizzazione degli immobili previsti in piano.

Anche questa doglianza non ha pregio.

Il sostrato argomentativo di questa affermazione postula, facendo seguito alla ricostruzione operata dal T.A.R., non solo che sia possibile una negoziazione separata del diritto dominicale e della volumetria ad esso relativo, ma che questa negoziazione possa aver luogo anche in contrasto con la volontà di uno dei soggetti titolari del diritto di proprietà, ed in assenza di provvedimenti autoritativi.

Si tratta di una tesi che, come sarà meglio chiarito di seguito, non può essere condivisa e che incide sul merito della questione, che si va subito ad esaminare.

3. - Venendo agli aspetti di doglianza proposti dall'appellante, va rilevata la fondatezza dell'appello, che va accolto per i motivi di seguito precisati. Con un unico motivo di diritto, si denuncia errore di fatto e di diritto nella valutazione della fattispecie, violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, omessa applicazione dell'art. 4 della legge n. 10 del 1977, sostanziale disapplicazione del principio di ricomprensione dello ius aedificandi nel diritto di proprietà.

Nel dettaglio, l'appellante lamenta come la decisione del T.A.R. non abbia considerato il regime proprietario esistente al momento del rilascio della concessione edilizia n. 16 del 3 aprile 2001, di fatto consentendo la dislocazione dell'intera volumetria assentibile in una sola area del programma urbanistico, senza che fosse stata valutata la mutata situazione di fatto dell'area.

3.1. - La doglianza è fondata e va accolta.

Occorre in via preliminare ricostruire la situazione di fatto determinatasi nell'area in questione al momento del rilascio del titolo abilitativo in oggetto:

- a) in data 22 aprile 1997 veniva approvato dalla giunta comunale di Cosenza il programma urbanistico di recupero PUR, presentato dalle parti private;
- b) in data 9 settembre 1999, la Ciemme costruzioni s.n.c. acquistava un quoziente di terreno, di cui alla particella 798, compreso nella consistenza del PUR in questione;
- c) in data 19 ottobre 1999, era sottoscritta la convenzione PUR con il Comune di Cosenza;
- d) successivamente, veniva rilasciata alla A.L.E. s.r.l., avente causa dagli stessi danti causa della Ciemme costruzioni s.n.c., la concessione edilizia n. 16 del 3 aprile 2001 di cui è causa.

Come emerge dalla scansione cronologica, in modo implicitamente emergente anche dalla sentenza gravata, senza che su tale profilo vi sia stato alcun motivo di impugnazione diretto o incidentale in merito, al momento del rilascio del titolo abilitativo, la proprietà dell'area era divisa tra la Ciemme costruzioni s.n.c. e la A.L.E. s.r.l., e che sul terreno di proprietà di quest'ultima, in base al citato PUR, veniva ad essere allocata l'intera volumetria indicata dal programma.

La questione in scrutinio allora può essere individuata, con maggiore precisione, nella valutazione degli effetti che ha avuto la cessione a soggetti diversi dell'area in esame rispetto alle previsioni del PUR e se tale piano fosse di fatto impermeabile

alle mutazioni della situazione dominicale, rendendo così legittimo ex se il rilascio della concessione edilizia.

Occorre sottolineare come sia consolidato nel sistema normativo l'esigenza di un collegamento tra il rilascio del provvedimento abilitativo edilizio e la proprietà del bene o il possesso di altro titolo idoneo. Lo affermava la legge n. 10 del 28 gennaio 1977, che all'art. 4 prevedeva che la concessione edilizia potesse essere rilasciata al proprietario del bene sul quale incideva l'opera come pure a chi abbia titolo per richiederla. Tale previsione risulta ora contenuta, negli stessi termini, nel comma 1 dell'art. 11 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, seppure facendo riferimento dal diverso titolo del permesso di costruire.

L'elaborazione giurisprudenziale ha quindi dovuto confrontarsi con la nozione di titolarità diversa dalla proprietà, evidenziando singoli casi in cui, in disparte le situazioni di presenza di un diritto reale, potesse evincersi l'esistenza di un nesso tra richiedente ed area da edificare tale da giustificare il rilascio del provvedimento favorevole. Pur senza voler redigere un catalogo delle situazioni legittimanti, basterà ricordare che si sono ritenuti autorizzati alla presentazione dell'istanza soggetti legati al proprietario ed esercenti le potestà a questo attribuite (come nel caso del suo rappresentante), titolari di diritti reali paritari o minori ricadenti nella stessa area (il comproprietario, l'enfiteuta, l'usufruttuario, il superficiario); o anche titolari di diritti obbligatori ricomprendenti anche il diritto di fruire del bene (come nel caso del conduttore di azienda). Infine, sempre nell'ambito della titolarità di diritti obbligatori, l'attenzione si è soffermata, con soluzioni alterne, sulla possibilità per il promissario acquirente ad essere considerato legittimato.

Tuttavia, in tutte queste vicende, si discuteva della possibilità di estendere la nozione di soggetto avente titolo a titolari di posizioni giuridiche diverse. La vicenda attuale è invece imperniata su una vicenda specularmente opposta, ovvero dalla situazione in cui il soggetto proprietario ha visto attribuire il proprio diritto

edificatorio a terzi in ragione di un pregresso atto amministrativo, seppur fondato su una base negoziale, che è stato ritenuto a questi opponibile dal T.A.R..

La ricostruzione operata non ha pregio.

Argomentando come ha fatto il giudice di prime cure, si viene di fatto ad attribuire ad un atto amministrativo, non emanato in esplicitazione di una espressa potestà in tal senso, un atipico contenuto in fatto di carattere espropriativo, tanto forte da privare la parte richiedente di un diritto attribuitole direttamente dalla legge.

Affermare, come fa il giudice di prime cure, che “il Programma di Riqualificazione ha in tal modo assoggettato la particella in questione e ne ha conformato in maniera definitiva la valenza giuridica, asservendone le potenzialità edificatorie alla realizzazione del fabbricato ricadente su di un terreno contiguo”, significa indicare nella convenzione a base del piano un titolo idoneo a privare il privato della disponibilità della volumetria gravante nell’area. La conseguenza normativa di tale impostazione è quindi quella di dover andare ad individuare un appiglio normativo, una fonte che giustifichi tale potere atipico.

Tuttavia il T.A.R., evidenziato che “non vi è dubbio che la qualificazione giuridica conferita dal Programma di Riqualificazione alla particella de qua possessa l’attitudine a delimitare le utilità che il suo successivo acquirente è legittimamente in grado di ricavarne”, ritiene di poter affermare che la fonte di tale potere sia rinvenibile “nella efficacia autoritativa e conformativa degli atti che concorrono a delineare la disciplina urbanistica del territorio e ad orientarne lo sviluppo”.

La tesi prova troppo, assicurando ad ogni tipologia di intervento pianificatorio una valenza latamente espropriativa che invece il legislatore ha ritenuto mantenere, giusta il canone di tassatività degli effetti degli atti amministrativi, in tipologie ben indicate di provvedimenti. In assenza di previsioni di legge espresse, attribuire all’intera compagine degli atti amministrativi a valenza pianificatoria la possibilità di incidere sui contenuti del diritto di proprietà rappresenta una tesi non

condivisibile, ponendosi in contrasto con la tutela costituzionale del diritto dominicale.

Pertanto, acclarato che il mero PUR non potesse legittimare il rilascio di una concessione edilizia in contrasto con le volontà del proprietario dell'area, non vi è alcuna incertezza a rilevare come sia corretta l'impostazione dell'atto di appello che ha visto, nel rilascio della concessione edilizia n. 16 del 3 aprile 2001, una violazione del canone sopra indicato, e normativamente previsto dall'allora vigente art. 7 della legge n. 10 del 1977, del raccordo tra diritto dominicale e possibilità edificatoria.

4. - L'appello va quindi accolto. Sussistono peraltro motivi per compensare integralmente tra le parti le spese processuali, determinati dalla parziale novità della questione decisa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Accoglie l'appello n. 9356 del 2004 e per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione seconda, n. 95 del 14 gennaio 2004, accoglie il ricorso di primo grado;
2. Compensa integralmente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2011, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Guido Romano, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/08/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)