

N. 00037/2011 REG.PROV.COLL.

N. 00855/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 855 del 2009, proposto da:

Bica S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Massimo Pavan, Gianluca Morello, con domicilio eletto presso Gianluca Morello in Venezia-Mestre, vicolo Rapisardi, 4;

contro

Comune di Cortina D'Ampezzo in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dagli avv. Guido Barzazi, Romano Morra, con domicilio eletto presso Guido Barzazi in Mestre-Venezia, corso del Popolo, 89;

nei confronti di

Luigi Rizzolo, non costituito;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Condominio Casa Otto e Condominio Ca' del Giglio, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Mazzaroli, con domicilio eletto presso Francesco Mazzaroli in Padova, via Filiberto, 3;

per l'annullamento

del provvedimento prot. 1314/09 del 23 gennaio 2009 con il quale il Commissario ad acta presso il Comune di Cortina ha disposto il diniego della richiesta del permesso di costruire presentata da Bica s.r.l. per la realizzazione di una rimessa interrata, nonché di ogni eventuale atto presupposto, tra cui il parere della CEC del 26.2.2008.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Cortina D'Ampezzo in Persona del Sindaco pro tempore;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 novembre 2010 il dott. Angelo De Zotti e uditi per le parti i difensori Pavan per la parte ricorrente, Barzazi per il Comune intimato e Mazzaroli per il Condominio Casa Otto e Condominio Ca' del Giglio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ditta Bica s.r.l. presentava in data 21 maggio 2007 al Comune di Cortina d'Ampezzo richiesta di permesso di costruire un'autorimessa interrata su area di sua proprietà, progetto conforme alle previsioni dello strumento urbanistico edilizio che ha previsto, nell'area in questione la possibilità di un intervento diretto con concessione convenzionata per "la costruzione di un piano interrato destinato a parcheggio" con la particolare prescrizione che "il piano di campagna deve essere sistemato a verde con uno spessore di almeno 50 cm. di terreno vegetale sopra il solaio del parcheggio".

Successivamente, in data 1 agosto 2007, alla società Bica veniva recapitata, con comunicazione del 27 luglio 2007 il verbale della Commissione edilizia integrata del 26/7/2007 che disponeva "la sospensione della richiesta di permesso al fine di eseguire un sopralluogo previa modanatura del sito".

Quindi, effettuato il sopralluogo, la Commissione edilizia, nella riunione del 31 ottobre 2007, assumeva una decisione opposta rispetto a quella del mese di luglio, prescrivendo: "il piano di campagna deve essere sistemato a verde con uno spessore di almeno 50 cm. di terreno vegetale con eliminazione di qualsiasi struttura di arredo e altro"; inoltre veniva richiesto che in sede di ripresentazione del progetto venisse "dimostrata la disponibilità dell'accesso in quanto risulta vi sia un contenzioso sul diritto di passaggio".

Nonostante la documentazione comprovante la materiale disponibilità del diritto di passaggio (segnatamente l'ordinanza 20.12.2006 emessa dal Tribunale di Pieve di Cadore su ricorso d'urgenza ex art. 700 c.p.c. proposto nel contenzioso civile R.G. 108/C/2005 da BICA s.r.l. contro i condomini Casa 8 a Casa 10) fosse già nel fascicolo della pratica amministrativa unitamente ad altro provvedimento del Tribunale di Pieve di Cadore reso tra le stesse parti, la ricorrente Bica – secondo quanto espone - provvedeva a depositare nuovamente i documenti richiesti assieme al progetto, rivisto, quest'ultimo, secondo le ultime prescrizioni della CEC.

Seguivano, prosegue il ricorso, altre riunioni della Commissione edilizia comunale senza che la richiesta di Bica fosse presa in esame, quantomeno sino al 21.01.2008, data in cui veniva richiesta alla ricorrente, in aggiunta all'integrazione effettuata in data 29.11.2007 la modifica del progetto mediante un riposizionamento delle griglie.

Ottemperata anche questa richiesta, il Comune di Cortina d'Ampezzo dava impulso all'iter procedimentale rilasciando l'autorizzazione ai fini ambientali che, in data 28.2.2008, veniva trasmessa alla competente Sovrintendenza unitamente al progetto, al fine di consentire l'esercizio del previsto controllo di legittimità, che interveniva positivamente per silenzio.

Senonchè, ancora una volta, l'amministrazione comunale con nota del 15 maggio 2008 chiedeva il deposito di ulteriore documentazione, tra cui la convenzione urbanistica prevista dalla scheda F/2, richiesta che Bica evadeva depositando la documentazione richiesta, ivi compresa la convenzione predisposta in conformità con altra già utilizzata dal Comune in analogo procedimento.

Ciononostante, l'amministrazione persisteva nel silenzio e malgrado la commissione edilizia si fosse riunita più volte dopo l'avvenuto deposito documentale, gli uffici preposti non prendevano più in esame la pratica per concludere il procedimento.

Bica s.r.l. si vedeva quindi costretta, a fronte dell'inerzia dell'amministrazione comunale, a richiedere la nomina del commissario ad acta alla Regione Veneto (istanza inoltrata con raccomandata del 23.7.2008).

Peraltro, prima della formale nomina del commissario ad acta (avvenuta l'8.10.2008) con raccomandata dell'8.9.2008, Bica s.r.l. conveniva il Comune di Cortina davanti al notaio Francesca Ruggiero per formalizzare la stipula della succitata convenzione.

Senonchè nessuno si presentava per il Comune di Cortina che, con raccomandata del 16.9. 2008, comunicava che non avrebbe presenziato "perché sarà la Regione Veneto nella persona del Commissario ad acta a definire e/o completare l'esito della pratica".

Per quanto attiene al contenzioso pendente presso il tribunale di Pieve di Cadore, rubricato al n. 108/C/2005, promosso da Bica contro i condomini di Casa 8 e di Casa 10 la prossima udienza è stata fissata per la precisazione delle conclusioni.

Nell'ambito di tale procedimento, peraltro, sono state disposte dal Tribunale due consulenze, le quali sono giunte alla stessa conclusione, ovvero che il fondo di Bica è intercluso in modo assoluto e che il passaggio, secondo le previsioni dell'art. 1051 c.c. è quello individuato sul terreno posto in mezzo ai due condomini.

Ottenuta la nomina del Commissario ad acta con il decreto della Regione Veneto del 3.10.2008 Bica s.r.l. attendeva quindi la definizione della pratica, ormai completamente istruita e necessitante solo della firma del provvedimenti conclusivo.

Ma, sostiene Bica, il commissario designato, dopo il suo insediamento ritardava la conclusione del procedimento ed ometteva di deliberare anche dopo aver espletato un ulteriore esame della pratica, in contraddittorio, presso gli uffici comunali e in seguito presso il dipartimento urbanistica della Regione Veneto in Venezia.

Infine, dopo che Bica aveva trasmesso all'organo straordinario, in data 13.1. 2009, una formale diffida a provvedere, quest'ultimo adottava il provvedimento qui impugnato, con il quale ha disatteso la richiesta di rilascio del permesso di costruire non già sulla scorta di un'accertata contrarietà del progetto alle normative urbanistiche ed edilizie vigenti, ma unicamente per la dichiarata esistenza della controversia tra i privati in ordine alla contestata esistenza di una servitù di passaggio a favore del fondo di proprietà Bica s.r.l., della cui pendenza dinanzi all'A.G.O. sono state riportate in premessa tutte le vicende..

Ritenendo illegittimo il prefato diniego, Bica s.r.l lo impugna e ne chiede l'annullamento con vittoria di spese per i seguenti motivi:

1) violazione di legge per mancata applicazione dell'art. 12 del DPR 616/2001 n. 380 nonché dell'art. 822 del c.c.; eccesso di potere per sviamento.

2) eccesso di potere per travisamento dei fatti in relazione al disposto dell'art. 1051 c.c. e per contraddittorietà manifesta della motivazione.

3) violazione di legge per mancata applicazione dell'art. 10 bis della legge 241/1990.

Si è costituito in giudizio il Comune di Cortina d'Ampezzo che ha contrastato i motivi di ricorso chiedendone la reiezione con vittoria di spese.

Sono intervenuti in giudizio il Condominio Casa 8 e il condominio Cà del Giglio, ambedue per chiedere il rigetto del ricorso siccome inammissibile ed infondato.

All'udienza pubblica del 5 novembre, previa audizione dei difensori delle parti il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente va delibata l'eccezione di inammissibilità del ricorso opposta dagli intervenienti Condomini Casa 8 e Cà del Giglio, i quali, nella veste di proprietari dell'area su cui la società ricorrente ha chiesto di costituire una servitù coattiva di passaggio, assumono di rivestire la qualità di terzi controinteressati cui il ricorso non sarebbe stato notificato.

In realtà ciò è vero solo in parte poiché il ricorso è stato notificato all'amministratore del Condominio Casa 8, che ha sottoscritto la ricevuta di ritorno e quindi l'eccezione di inammissibilità è infondata, o quantomeno si porrebbe, astrattamente, un problema di integrazione del contraddittorio nei confronti del secondo controinteressato, che peraltro è intervenuto in giudizio spontaneamente; ciò che rende ultroneo tale incumbente nei confronti di tale soggetto.

Questa conclusione rende peraltro superflua, privandola di rilievo, la disamina della questione se gli intervenienti che si qualificano controinteressati al ricorso siano effettivamente tali, sia perché emergono, in quanto tali, dal provvedimento sia perché sono titolari di un interesse personale e diretto a contrastare l'azione proposta in giudizio dal terzo.

Ciò in quanto, nella specie, il diniego della concessione riguarda la richiedente Bica e quantunque esso contenga un riferimento al contenzioso relativo alla servitù di passaggio, ritenuta condizione necessaria per rilasciare il permesso di costruire, il provvedimento non menziona i terzi proprietari dell'area potenzialmente oggetto di servitù coattiva di passaggio, il cui unico interesse non è quello di contrastare il rilascio del titolo edilizio in quanto tale, quanto quello di opporsi, in sede civile, nel contenzioso già instaurato nel 2005 da Bica e volto ad ottenere il riconoscimento della servitù coattiva di passaggio quale proprietario di fondo intercluso (ex art. 1051 c.c.) e non (ancora) come titolare di permesso di costruire, permesso richiesto solo nel 2007.

Il Collegio dubita, quindi, che i terzi intervenienti siano effettivamente qualificabili processualmente come controinteressati.

In ogni caso la questione è dubbia e quindi, non essendo dirimente per le ragioni spiegate in premessa, è sufficiente ribadire che la notifica nei confronti di uno dei potenziali controinteressati e l'intervento volontario del secondo esclude, nella specie, l'effetto auspicato dagli oppositori, indipendentemente dalla qualifica di controinteressati, ad essi effettivamente spettante.

Infondata e da respingere è, nell'ordine, anche la seconda eccezione di inammissibilità, opposta dal Comune di Cortina sul rilievo che il provvedimento impugnato è, nell'assunto di parte, sostanzialmente riproduttivo di un precedente diniego del permesso di costruire, emesso in data 8 agosto 2008, al quale la ricorrente avrebbe prestata acquiescenza.

In realtà il supposto provvedimento definitivo altro non è che una comunicazione interlocutoria con la quale l'amministrazione procedente ha dichiarato di voler condizionare il rilascio del permesso di costruire all'assenso del terzo al libero accesso all'area ovvero al deposito del titolo autorizzativo per la specifica destinazione funzionale del sito.

Ne consegue, all'evidenza, che non si tratta né di provvedimento conclusivo del procedimento né, comunque, di atto implicito di rigetto della domanda, posto che esso subordina la decisione sul permesso di costruire all'acquisizione futura ed eventuale di ulteriori atti di parte.

Le eccezioni preliminari vanno, per questo, respinte.

Nel merito il ricorso è fondato e va accolto per le ragioni che seguono.

Con il primo motivo, la ricorrente Bica s.r.l., richiedente il permesso di costruire, deduce la violazione dell'art. 12 del D.P.R. 380/2001, assumendo che il permesso di costruire è atto vincolato all'accertamento dei presupposti di legge, che il DPR 380/2001 ha analiticamente e tassativamente elencato nello stesso art. 12 già citato: in particolare, evidenzia che in base a detta norma il permesso di costruire deve essere rilasciato se esso "risulta conforme alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti e della disciplina urbanistico edilizia vigente".

E poichè, nella specie, il progetto presentato da Bica s.r.l. come espressamente riconosciuto nel provvedimento impugnato, è conforme alle previsioni dello strumento urbanistico edilizio, il quale ha previsto, nell'area in questione la possibilità di un intervento diretto con concessione convenzionata per la costruzione di un piano interrato destinato a parcheggio" con la sola particolare prescrizione che "il piano di campagna deve essere sistemato a verde con uno spessore di almeno 50 cm. di terreno vegetale sopra il solaio del parcheggio" il permesso di costruire non avrebbe potuto essere denegato – e comunque non lo è stato con riferimento ai presupposti normativi citati - essendo irrilevante quanto erroneamente ritenuto dal Commissario ad acta, e in particolare la circostanza che "allo stato non risulta dagli atti alcuna determinazione civilistica sulle controversie tra i privati in merito alle eventuali servitù serventi in favore del fondo intercluso".

La questione decisiva verte quindi solo su tale aspetto della motivazione e più in sintesi sul se il proprietario di un fondo intercluso debba dimostrare di disporre del diritto di accesso – nella specie oggetto del contenzioso con i proprietari del fondo servente – ovvero se questo costituisca un presupposto meramente civilistico sul quale l'amministrazione non può e non deve fondare alcuna preclusione al rilascio del titolo edilizio se ed in quanto il sottostante intervento sia, indipendentemente dalla controversia civile in atto, legittimamente assentibile in quanto " conforme alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti e della disciplina urbanistico edilizia vigente".

Orbene, il Collegio, premesso che sul punto non sono reperibili che pochi precedenti e che gli indirizzi giurisprudenziali non sono uniformi, ritiene, aderendo alla tesi sostenuta dal ricorrente, che il motivo di ricorso sia fondato e meritevole di condivisione.

In questo senso, peraltro, in un caso che presenta evidenti analogie rispetto a quello in esame, si è pronunciato il Consiglio di Stato (cfr. C.d.S. sez. 4^a n. 7263/2005) affermando che la concessione edilizia si configura come un provvedimento amministrativo di conformità del progetto alla disciplina urbanistica ed edilizia della zona, di natura assolutamente vincolata e non discrezionale e escludendo che il rilascio della concessione edilizia possa essere denegato, in presenza di intervento perfettamente conforme alle norme urbanistiche edilizie, per il fatto, nella specie assunto a motivo del diniego della domanda, che i realizzandi parcheggi, interessando un'area che i privati avevano ceduto al Comune ai fini di standard, creavano, di fatto, una servitù a carico di un bene pubblico.

E ancora (cfr. parere C.d.S. sez. 2^a n. 2559 del 27 febbraio 2002 reso in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato) “che una volta accertata la conformità dell'intervento agli strumenti urbanistici e ai regolamenti edilizi, l'assumere a presupposto del diniego un elemento estraneo a tale verifica, qual'è la viabilità di accesso al lotto sul quale si chiede di costruire, esula dai poteri assegnati al Comune dalla legge in sede di rilascio del permesso di costruire”.

Non appare invece conferente il richiamo alla giurisprudenza invocata dalle parti resistenti (TAR Puglia Bari 3^a sezione n. 2994/2004 e TAR Piemonte 1^a sez. 7 maggio 2003 n. 673) che assumono che il rilascio del permesso di costruire deve ritenersi subordinato all'accertata insussistenza di posizioni soggettive di terzi suscettibili di essere pregiudicate dalle opere assentite, come comprova la clausola “salvi i diritti dei terzi” che è ritualmente apposta nei provvedimenti concessori.

Tale clausola, infatti, ritiene il Collegio, indebolisce, anziché rafforzare, la tesi che il permesso di costruire, come ogni altro provvedimento suscettibile di incidere sulla proprietà privata, in quanto rilasciato, sempre e comunque espressamente, senza pregiudizio di eventuali diritti di terzi sui beni che ne sono oggetto, sia condizionato dalla pax inter cives e quindi da eventuali pretese avanzate da soggetti estranei al rapporto amministrativo. (cfr. C.d.S. sez. 4^a n. 3201/2006), quali, in ipotesi i terzi che si oppongono al riconoscimento della servitù coattiva di accesso al fondo e solo ad esso

In realtà tale clausola, ad avviso del Collegio, nella fattispecie non rileva perché il permesso di costruire denegato a Bica, se assentito, non avrebbe comportato ex se alcuna lesione di diritti di terzi, né in atto né in prospettiva, poiché l'intervento edilizio si realizza sulla proprietà esclusiva ed incontrovertibile di Bica e non lede, sotto tale profilo, alcun diritto dei terzi.

In particolare non lede il diritto dei condomini intervenienti che restano proprietari e fruitori del varco di accesso sul quale Bica ha chiesto, in quanto proprietario di fondo intercluso, di acquisire la servitù coattiva di transito sin dal 2005, e cioè ben prima di richiedere il permesso di costruire e indipendentemente da esso.

D'altra parte sarebbe paradossale, a giudizio del Collegio, sostenere che l'azione civile intrapresa da Bica per il riconoscimento della servitù coattiva, che assume come presupposto la necessità di accedere al fondo intercluso per poterne sfruttare le potenzialità in funzione della destinazione ammessa dallo strumento urbanistico (rappresentata dal permesso di costruire il garage interrato) possa essere ostativa ex se del rilascio della stessa concessione perché la servitù, e quindi il c.d. diritto di accesso al fondo, non è stato ancora riconosciuto.

Il Commissario ad acta, va aggiunto, confonde peraltro, l'accesso materiale al fondo, che naturalmente esiste (ed anzi esistono più soluzioni virtuali, tra cui quella ritenuta “più breve e meno

onerosa per il fondo servente” nella CTU dep. come doc. n. 16 il 12 giugno 2008) con il diritto d’esercizio del passaggio con automezzi, che è subordinato all’acquisizione della necessaria servitù coattiva oggetto del ricordato giudizio intrapreso da Bica sin dall’anno 2005, che tuttavia è, come sopra chiarito, irrilevante in sede di rilascio della concessione edilizia, poiché l’interclusione del fondo non è, salvo che una determinata strada accesso rilevi come opera di urbanizzazione specificamente richiesta ai fini dell’approvazione del permesso di costruire, una condizione ostativa per il rilascio del titolo stesso, se il progetto edilizio è, in quanto tale, conforme alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti e della disciplina urbanistico edilizia vigente relative all’area in questione.

Non solo ma a rafforzare tale conclusione concorre: per un verso, il fatto che la costituzione della servitù coattiva di passaggio costituisce un diritto del proprietario del fondo privo di accesso e quindi, salvo stabilire il tracciato meno oneroso per il fondo servente e il relativo indennizzo (cfr. art. 1051 c.c.) è acquisito alle condizioni di legge coattivamente e non per concessione volontaria, posto che altrimenti i fondi interclusi non sarebbero mai utilizzabili dai proprietari secondo la destinazione assegnata dalle norme urbanistico- edilizie e per altro verso che anche se, come nella specie, penda un giudizio inter partes diretto alla costituzione della servitù, non spetta all’amministrazione né il compito di sostituirsi all’autorità giudiziaria per stabilire se tale diritto sussista o meno né di sospendere o negare il permesso di costruire in attesa che tale controversia sia definita, se l’intervento che il privato intende realizzare è del tutto conforme a quella che è la destinazione dell’area e quindi se non sussistono specifici motivi per denegare l’intervento di trasformazione previsto dallo strumento urbanistico e dalle norme edilizie che ne fissano i contenuti (cfr. Cass. Civ. 2^a sez. 9 febbraio 1980 n. 908)..

Né vale, infine, obiettare che se l’azione intrapresa da Bica per far accertare il diritto di passaggio coattivo (il cui prolungarsi sembra, allo stato, giustificata più da questioni di indennizzo che dall’esistenza di soluzioni di accesso diverse e meno impattanti, già escluse dalla C.T.U. dimessa in atti) non dovesse avere successo, quantomeno nei confronti dei soggetti aditi, o comunque prolungarsi, lo sfruttamento dell’intervento (il parcheggio interrato) sarebbe vanificato, poiché questo rischio non attinge le condizioni di legittimità dell’intervento edilizio e non esclude che per l’amministrazione l’approvazione del progetto costituisca attività vincolata, tale quindi, come sostiene la ricorrente nel motivo in disamina, da non potere essere ostacolata o condizionata da eventuali controversie tra soggetti privati, estranee e ininfluenti sulla legittimità del titolo edilizio..

Il motivo è pertanto fondato e il diniego del permesso di costruire, per come motivato, illegittimo.

Ne consegue che, assorbito quant’altro, il ricorso va accolto con conseguente annullamento del diniego impugnato e obbligo per l’amministrazione di rivalutazione della domanda edilizia in conformità al principio decisorio enunciato in sentenza.

Le spese e le competenze di causa, attesa la particolarità della controversia e la rilevata presenza di indirizzi giurisprudenziali non univoci, possono essere parzialmente compensate in ragione della metà e per il resto poste a carico dell’amministrazione intimata, nella misura di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto annulla il provvedimento impugnato.

Compensa tra le parti le spese e le competenze di causa, in ragione della metà, con il Comune di Cortina d'Ampezzo e per l'intero con gli intervenienti .

Condanna il Comune di Cortina d'Ampezzo al pagamento, in favore della parte ricorrente, della metà residua, che liquida in euro 2500,00 (euro duemila cinquecento/00) oltre ad iva e cpa.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente, Estensore

Italo Franco, Consigliere

Angelo Gabbricci, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/01/2011

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO