Pubblicato il 19/04/2018

N. 02366/2018REG.PROV.COLL.
N. 00795/2016 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 795 del 2016, proposto dal Comune di Genova, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Paola Pessagno, Aurelio Domenico Masuelli e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso lo studio Gabriele Pafundi in Roma, V. Giulio Cesare, n. 14;

contro

Kerfindora S.p.A, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Silvia Villani, Giovanni Gerbi e Carlo Bilanci, con domicilio eletto presso lo studio Silvia Villani in Roma, via Asiago, n. 8;

nei confronti

Condominio di Corso Paganini 21 A, Condominio di via Cancellieri 18 A, Condominio di Salita Superiore San Geromalo 55 A, Paolo Traverso non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Liguria – Sezione I - n. 561 dell'11 giugno 2015, resa tra le parti, concernente il rilascio del permesso di costruire con prescrizioni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Kerfindora S.p.A;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 marzo 2018 il Cons. Alessandro Verrico e uditi per le parti gli avvocati Gabriele Pafundi e Silvia Villani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso dinanzi al T.a.r. Liguria (R.G. n. 167/2012) la Kerfindora s.p.a. ha impugnato il permesso di costruire n. 1032/2011 del Comune di Genova del 6 dicembre 2011, avente ad oggetto la realizzazione di opere finalizzate all'ampliamento volumetrico dell'edificio residenziale di proprietà, ubicato al civico n. 1 di passo Caporali Barsanti, e alla realizzazione di un'autorimessa, sviluppantesi su cinque livelli interrati, per un totale di 40 box auto. In particolare, la ricorrente ha impugnato il titolo edilizio limitatamente alla parte in cui prevede la prescrizione (contraddistinta con il n. 1), secondo cui, prima dell'avvio dei lavori di costruzione dell'autorimessa interrata, venga acquisita una relazione univoca sulla fattibilità dell'intervento sotto il profilo strutturale concordata con i condomini confinanti.

1.1. Con autonomi ricorsi dinanzi al medesimo Tribunale sia alcuni condomini del civico 21/A di corso Paganini (R.G. n. 145/2012) che il condominio di salita san Gerolamo 55/A (R.G. n. 158/2012) hanno impugnato il medesimo permesso di costruire, deducendo censure di differente natura miranti alla cassazione dell'intero titolo edilizio.

1.2. Nelle more del giudizio la società, presentando nell'ottobre 2012 apposita D.I.A. in variante (n. 7023/2012), ha stralciato l'autorimessa dal permesso di costruire, proponendo una soluzione progettuale diversa per i relativi spazi.

2. Con sentenza n. 561 dell'11 giugno 2015, il T.a.r. per la Liguria, Sezione Prima, ha accolto il ricorso presentato dalla Kerfindora s.p.a. e, per l'effetto, ha annullato il permesso di costruire n. 1032/2011 nella parte impugnata.

In particolare il giudice di primo grado:

a) ha respinto l'eccezione di improcedibilità del ricorso avanzata dall'amministrazione resistente;

b) ha ritenuto illegittima l'apposizione di una condizione sospensiva che subordina l'efficacia del permesso di costruire ad una successiva analisi della situazione di fatto sostanzialmente finalizzata, in sostanza, "*a precostituire forme di tutela dei terzi in sede di esecuzione dei lavori*";

c) ha condannato il Comune di Genova al pagamento delle spese del giudizio, liquidate in euro 3.000,00, oltre accessori di legge.

3. Con ricorso in appello il Comune di Genova ha impugnato la sentenza n. 561 del 2015 – con ricorso ritualmente notificato e depositato - chiedendone l'annullamento sulla base dei seguenti motivi:

I) difetto di istruttoria e violazione di legge: sopravvenuta improcedibilità del ricorso di primo grado;

II) violazione di legge e difetto di istruttoria: necessità di riunione del ricorso di primo grado con gli altri due promossi dai controinteressati per l'integrale annullamento dello stesso permesso di costruire.

III) travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, contraddittorietà: non qualificabilità della prescrizione impugnata in termini di "condizione" del permesso, attenendo essa alle modalità esecutive dell'opera;

IV) Contraddittorietà, travisamento dei fatti e difetto di istruttoria sotto altro profilo, in quanto la prescrizione in realtà riguarda le modalità esecutive a tutela dell'interesse pubblico alla corretta realizzazione dell'opera;

V) Travisamento dei fatti e difetto di istruttoria sotto altro profilo: la prescrizione non concreta una subordinazione dell'esecuzione delle opere al "consenso dei proprietari confinanti", ma un'ulteriore verifica progettuale relativa, in particolare, all'aspetto strutturale;

VI) Ancora travisamento dei fatti e difetto di istruttoria, non essendo stato concretizzato, con la detta prescrizione, alcun aggravio del procedimento.

VII) Travisamento e difetto di istruttoria, in relazione ad un ultimo profilo, consistente nell'erronea affermazione dell'indeterminatezza della prescrizione, essendo, al contrario, sufficientemente determinati nel permesso impugnato gli intervenienti.

5. Si è costituita in giudizio la Kerfindora s.r.l., contestando punto per punto le censure di cui all'appello e chiedendo il rigetto dello stesso.

6. Sono state presentate dalle parti ulteriori memorie, nelle quali, ognuna di esse ha insistito su quanto già dedotto ed eccepito.

7. All'udienza del 29 marzo 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Preliminarmente il Collegio dichiara inammissibili i documenti depositati per la prima volta in questa sede di appello dal Comune di Genova in data 25 gennaio 2018, in violazione del divieto sancito dall'art. 104, comma 2, c.p.a.; nella specie, infatti, non si tratta di documenti correlati al provvedimento impugnato che, ex art. 46, comma 2, c.p.a., possono essere sempre depositati dall'Amministrazione anche nel corso del giudizio di appello (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. V, n. 3462 del 2015).

9. E' infondato il primo motivo con cui l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza di primo grado laddove non ha dichiarato il ricorso improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, in considerazione dell'espressa rinuncia da parte della Kerfindora s.r.l. alla realizzazione dell'autorimessa

9.1. Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa è solita affermare che:

a) in linea generale il giudice, nell'accertare una causa di improcedibilità della domanda cassatoria, deve essere guidato in generale da un particolare rigore (v. Cons. Stato, sez. V, n. 1603/2015);

b) è possibile dichiarare improcedibile la domanda cassatoria avente ad oggetto un titolo edilizio solo quando non sia stato richiesto l'accertamento della illegittimità ai fini risarcitori ex art. 34, comma 3, c.p.a. (v. da ultimo Cons. Stato, sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 1247; conf. Cons. Stato, sez. IV, 15 giugno 2016, n. 2637; Ad. plen., n. 4

del 2015; sez. IV, 28 dicembre 2012, n. 6703, 7 novembre 2012, n. 5674 cui si rinvia a mente dell'art. 88, co. 2, lett. d), cod. proc. amm.).

9.2. Condividendo pertanto quanto sostenuto dal giudice di primo grado, alla sopravvenuta carenza di interesse del ricorrente risulta ostativa la dichiarazione, resa dallo stesso con memoria depositata il 27 aprile 2015, con cui si manifesta l'intenzione di rinunciare alla parte di progetto relativa all'autorimessa, stante la mancanza del consenso di tutti i soggetti a ciò legittimati, e si precisa altresì di conservare l'interesse all'impugnazione in funzione dell'azione risarcitoria da esercitarsi in separato giudizio per il ristoro dei danni cagionati dalla prescrizione.

10. Parimenti inaccoglibile è il secondo motivo con cui l'appellante censura la sentenza impugnata per non aver disposto la riunione del presente ricorso con i ricorsi presentati dinanzi al medesimo Tribunale da alcuni condomini del civico 21/A di corso Paganini (R.G. n. 145/2012) e dal condominio di salita san Gerolamo 55/A (R.G. n. 158/2012).

10.1. Invero, la riunione dei ricorsi, ai sensi dell'art. 70 c.p.a., rappresenta una facoltà rimessa alla discrezionalità del Collegio, il cui mancato esercizio, sebbene ne sussistano i presupposti, non può di per sé costituire vizio della pronuncia, essendo sindacabile soltanto per manifesta abnormità (Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2017 n. 6081; sez. IV, 30 novembre 2015, n. 5415; sez. IV, 4 marzo 2014, n. 999).

11. Nel merito, si osserva che con i restanti motivi di appello - che il Collegio ritiene di dover esaminare congiuntamente in quanto intimamente connessi - il Comune di Genova censura la sentenza impugnata per non avere correttamente interpretato, sotto vari

profili, la prescrizione inserita nel permesso di costruire, oggetto di specifica impugnazione.

In particolare, l'appellante sostiene:

a) che la prescrizione non è qualificabile in termini di "condizione" del permesso, in quanto attiene alle modalità esecutive dell'opera;

b) che la prescrizione, piuttosto che riguardare il progetto architettonico, in realtà riguarda il progetto strutturale, quindi le modalità esecutive a tutela dell'interesse pubblico alla corretta realizzazione dell'opera;

c) che la prescrizione non concreta una subordinazione dell'esecuzione delle opere al "consenso dei proprietari confinanti", ma un'ulteriore verifica progettuale relativa, in particolare, all'aspetto strutturale;

d) con la detta prescrizione non è stato concretizzato alcun aggravio del procedimento, essendo emersa nel corso di questo la necessità della stessa;

e) che la prescrizione non è indeterminata, dovendosi ritenere, al contrario, sufficientemente individuati nel permesso impugnato gli intervenienti.

Tutti i motivi sono infondati.

11.1. In relazione alla questione oggetto del giudizio, si richiamano i principi elaborati da questo Consiglio in forza dei quali:

a) "*in via di principio, e fatti salvi i casi espressamente stabiliti dalla legge, una condizione, sia essa sospensiva o risolutiva, non può essere apposta ad una concessione edilizia, stante la natura di accertamento costitutivo a carattere non negoziale del provvedimento; ne consegue che, a parte tali limitazioni, la concessione edilizia, una volta riscontratane la conformità alla vigente disciplina urbanistica, deve essere rilasciata dal comune senza condizioni che non siano*

espressamente previste da una norma di legge" (Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2001, n. 1702; conforme Cons. Stato, sez. IV, 16 aprile 2014, n. 1891; sez. IV, 06 giugno 2011, n. 3382);

b) con specifico e limitato riferimento all'ipotesi del permesso condizionato all'acquisizione di un atto da altra pubblica amministrazione, "*la modalità procedurale di rilasciare permessi di costruire condizionati deve considerarsi legittima, avuto riguardo alle esigenze generali di complessiva speditezza ed efficienza dell'azione amministrativa, nonché per l'effetto non neutro del passaggio del tempo per i destinatari dell'atto. Infatti, in applicazione del generale principio di proporzionalità, implicante minimo possibile sacrificio degli interessi coinvolti, l'amministrazione pubblica deve responsabilmente scegliere, nell'esercizio delle proprie funzioni, il percorso — ove necessario coordinato con quello di altre amministrazioni — teso a non aggravare inutilmente la situazione dei destinatari dell'azione amministrativa, come prescritto anche dall'art. 1, comma 2, l. 7 agosto 1990 n. 241; mentre, costituisce inutile aggravio procedurale (perché non bilanciato da una sufficiente ragione di interesse pubblico) l'arresto di un procedimento, che può invece proseguire sotto la condizione sospensiva del perfezionamento di altra procedura presupposta*" (Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5615; conforme Cons. Stato, sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3447).

11.2. Con riferimento al caso di specie, occorre premettere che il titolo edilizio in esame prevede la prescrizione, secondo cui, prima dell'avvio dei lavori di costruzione dell'autorimessa interrata, sia predisposta "*una relazione congiunta, a firma dello strutturista della società titolare del permesso di costruire e dello strutturista degli esponenti oppure del solo strutturista della società titolare del permesso di costruire con "visto" di quello degli esponenti o altra forma dalla quale risulti comunque l'accordo delle parti stesse che, dopo aver espletato le eventuali ulteriori verifiche del caso, riconosca la*

fattibilità dell'intervento sotto il profilo strutturale; tale accordo dovrà anche riguardare l'esecuzione dei lavori e consentire che venga svolta un'attività di controllo da parte del professionista incaricato dagli amministratori dei palazzi soprastanti. Nel caso di mancato accordo tra le parti, dovrà essere onere delle stesse affidare la soluzione dei punti controversi ad un terzo "arbitro" ed i lavori potranno iniziare solo nel caso di valutazione favorevole di questo ultimo".

11.3. Alla luce della previsione di dettaglio, e tenendo in debita considerazione le richiamate coordinate giurisprudenziali, risulta che:

a) non sussistono i presupposti per ritenere integrata una delle ipotesi eccezionali per le quali viene ammesso il rilascio condizionato del titolo (seppur subordinatamente alla permanenza del monitoraggio da parte del Comune, che, ad ogni modo, deve restare il titolare del procedimento autorizzatorio). Invero:

a.1) non si ravvisa nessuna finalità di risparmio procedimentale, non essendo necessario, ai fini del completamento dell'istruttoria procedimentale, acquisire atti da altra amministrazione, con conseguente attivazione di altra fase procedimentale o di subprocedimento;

a.2) non vi è neanche specifica necessità di conseguire effetti di economia procedimentale, essendo in realtà già stati acquisiti nel corso del procedimento, tenuto dal Comune, gli atti utili per ritenere satisfattivo l'approfondimento istruttorio (si vedano, al riguardo, i pareri favorevoli resi dai vari uffici, tra i quali, in particolare, quello dell'Ufficio geologico del Comune, nei quali non vengono indicate esigenze straordinarie che in ipotesi richiedono ulteriori adempimenti istruttori);

a.3) l'aver condizionato la produzione degli effetti del permesso di costruire alla conclusione di un futuro accordo si risolve, per

converso, in un ingiustificato aggravamento del procedimento, in antitesi ai principi di efficienza ed economicità ex art. 97 Cost. e art. 1 legge n. 241/1990;

b) la prescrizione, nel caso di specie, subordina il permesso all'esecuzione di lavori da effettuarsi secondo modalità non determinate preventivamente (ipotesi al limite ammissibile, secondo quanto previsto da Cons. Stato, sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3447), ma, al contrario, determinabili solo in un momento successivo. Tale decisione, peraltro non risulta essere stata rimessa all'Amministrazione titolare del procedimento, in quanto viene attribuita allo stesso istante unitamente ad altri soggetti controinteressati, mediante la conclusione di un accordo tra essi, tuttavia ancora non esistente al momento dell'adozione del provvedimento concessorio.

Pertanto:

b.1) l'Amministrazione sostanzialmente assegna il potere decisorio sulla concreta operatività del permesso a soggetti diversi da essa, finendo sostanzialmente per abdicare all'esercizio della funzione pubblica e, conseguentemente, per dismettere la titolarità del procedimento di cui è investita *ex lege*;

b.2) l'efficacia del permesso risulta in tal modo permeata da incertezza, essendo subordinata alla conclusione di un accordo futuro (ed eventuale) avente ad oggetto le modalità esecutive dell'intervento;

b.3) l'efficacia del permesso di costruire viene rimessa alla decisione, se non all'arbitrio, di soggetti terzi controinteressati, in quanto la conclusione dell'accordo dipende dal consenso dei proprietari confinanti in ordine alla fattibilità dell'intervento.

11.4. Conclusivamente, il Collegio riscontra che la produzione degli effetti del permesso impugnato risulta subordinata al verificarsi di una condizione, di carattere sospensivo, futura ed incerta, in quanto tale inammissibile nonché dimostrativa di una carente istruttoria procedimentale.

12. Le spese del grado seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo, tenuto conto dei parametri di cui al regolamento n. 55 del 2014 e di cui all'art. 26, comma 1, c.p.a. ricorrendone nella specie i presupposti applicativi (cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. IV, 24 maggio 2016, n. 2200; Cass. civ., Sez. VI, 2 novembre 2016, n. 22150).

P.Q.M.

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

Condanna parte appellante al pagamento in favore di Kerfindora s.r.l. delle spese del giudizio che liquida in euro 6.000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere

Luca Lamberti, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandro Verrico

IL PRESIDENTE
Vito Poli

IL SEGRETARIO