

Pubblicato il 01/10/2019

N. 06561/2019REG.PROV.COLL.

N. 03565/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3565 del 2018, proposto dal Comune di Bernareggio, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Umberto Grella e Guido Francesco Romanelli, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Cosseria, n. 5;

contro

la Regia Immobiliare S.r.l. (già Penta Re s.r.l.), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Giavazzi, con domicilio presso PEC da Servizi di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Lombardia, Sede di Milano, Sezione Seconda, n. 718 del 13 marzo 2018.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regia Immobiliare S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2019 il Cons. Roberto Caponigro e uditi per le parti l'avvocato Romanelli, anche su delega dichiarata dell'avvocato Umberto Grella, e l'avvocato Massimo Giavazzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il T.a.r. per la Lombardia, Sede di Milano, Sezione Seconda, con la sentenza 13 marzo 2018, n. 718, ha accolto il ricorso proposto dalla Penta Re s.r.l. (ora Regia Immobiliare s.r.l.) e, per l'effetto, ha condannato il Comune di Bernareggio al pagamento, in favore della ricorrente, delle somme di cui in motivazione (somme a suo tempo versate per le opere non effettivamente realizzate, a titolo di oneri di urbanizzazione secondaria e di contributo per lo smaltimento dei rifiuti, per un totale di euro 198.555,92), maggiorate degli interessi legali dalla domanda giudiziale sino al soddisfo.

Di talché, il Comune di Bernareggio – nel premettere, tra l'altro, come la convenzione urbanistica del 1998 abbia previsto che il rilascio della prima concessione edilizia facesse insorgere un obbligo complessivo di pagamento degli oneri secondari, mentre non avrebbe mai previsto che l'obbligo potesse ridursi in proporzione a quanto effettivamente edificato entro il periodo di validità della convenzione – ha proposto il presente appello, articolando i seguenti motivi di impugnativa:

- la sentenza sarebbe erronea laddove ha escluso l'acquiescenza mostrata dall'appellata quale evidente conseguenza della stipula di una nuova convenzione urbanistica in data 20 febbraio 2018, relativa al comparto D, che rimodulava per questa parte gli accordi urbanistici, disciplinando sostanzialmente le stesse

edificazioni previste dalla convenzione del 1998 e dalla SCIA del 16 ottobre 2013 per cui erano stati già versati i relativi oneri;

- la convenzione del 20 febbraio 2018 non ha affrontato il tema della restituzione delle somme versate in precedenza, né contiene clausole di riserva relative all'esito del giudizio allora pendente al Tar, sicché la Società avrebbe implicitamente rinunciato a coltivare l'azione ed il relativo preteso diritto di rimborso, autovincolandosi a rispettare i nuovi accordi convenzionali per il comparto D;

- rispetto ad alcune bozze iniziali della convenzione, in cui l'appellata espressamente chiedeva venisse inserito il rimborso degli oneri oggetto del contenzioso, in compensazione degli oneri dovuti, oppure una clausola di salvezza degli esiti del presente giudizio, nella versione finale approvata e sottoscritta non risulterebbe nulla di tutto questo, per cui la modifica delle bozze e l'accettazione della versione finale da parte dell'appellata assumerebbero un significato inequivoco;

- la sentenza appellata sarebbe erronea laddove riconosce il diritto in capo all'appellata alla restituzione degli oneri secondari e della tassa di smaltimento proporzionalmente alle quote di superficie lorda non effettivamente edificate rispetto a quanto in origine autorizzato, atteso che, secondo una giurisprudenza costante, il contenuto della convenzione urbanistica, una volta sottoscritta, sarebbe vincolante tra le parti anche qualora preveda oneri più elevati di quelli tabellari usualmente previsti nel caso di rilascio di permessi singoli;

- negli interventi soggetti a pianificazione attuativa e convenzione urbanistica non sussisterebbe un principio generale di rigida proporzionalità tra quanto si edifica e quanto si deve pagare;

- il principio *pacta sunt servanda* opererebbe persino quando non si edifichi un metro cubo, mentre, nel caso di specie, si sarebbe edificato il 97% del totale;

- non potrebbe sostenersi l'inesistenza di differenze sostanziali tra permesso semplice e convenzione urbanistica, in quanto, in tal modo, il privato potrebbe sottrarsi liberamente ed unilateralmente ai propri obblighi, lasciando all'amministrazione comunale complesse problematiche di "buco di cassa", nonostante la trasformazione territoriale sia avvenuta per la quasi totalità;
- gli oneri secondari sarebbero stati quantificati di comune accordo in sede di rilascio del permesso di costruire del 2009, in attuazione di un superiore legame contrattuale che ha vincolato l'operatore a corrispondere tutte le somme come esattamente calcolate secondo l'accordo convenzionale, per il solo effetto della presentazione di una concessione edilizia e senza alcun vincolo proporzionale all'edificazione in conclusione realizzata;
- la convenzione del 1998 avrebbe previsto che il semplice rilascio della concessione edilizia per attuare le volumetrie convenzionate comporti l'obbligo di pagare tutti gli oneri concordati;
- in via subordinata, dovrebbe essere fatto valere il diritto del Comune di Bernareggio di estinguere parzialmente, mediante compensazione ex art. 1241 c.c., eventuali crediti vantati dalla appellata in relazione al credito vantato dal Comune in riferimento agli oneri secondari e alla tassa smaltimento che la Società si è impegnata a versare, sempre in relazione al comparto D, con la convenzione urbanistica del 2018.

La Regia Immobiliare s.r.l. ha eccepito l'inammissibilità di *nova* in appello, vale a dire delle nuove produzioni documentali, peraltro ritenute inconferenti, e, in particolare, ha eccepito l'inammissibilità dell'eccezione di compensazione dedotta per la prima volta in appello, essendo la stessa, ai sensi dell'art. 1242 c.c., non rilevabile d'ufficio e, quindi, soggetta a decadenza se non proposta dalla parte nei termini di legge. Nel merito, con ampie ed analitiche memorie, ha contestato la fondatezza delle doglianze proposte, concludendo per il rigetto del gravame.

Il Comune di Bernareggio ha prodotto altre memorie a sostegno ed illustrazione delle proprie ragioni.

All'udienza pubblica del 4 aprile 2019, la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. L'appello è fondato e va di conseguenza accolto.

In particolare, sono fondate le doglianze - in relazione alle quali non assumono rilievo le eccezioni di inammissibilità formulate dalla Regia Immobiliare s.r.l. - secondo cui la convenzione del 1998 avrebbe previsto che il semplice rilascio della concessione edilizia per attuare le volumetrie convenzionate comporti l'obbligo di pagare tutti gli oneri concordati, per cui, in base al principio *pacta sunt servanda*, l'appellata avrebbe dovuto pagare integralmente i detti oneri sebbene non avesse ultimato l'edificazione prevista dalla convenzione.

A tale conclusione si perviene attraverso un'analisi sistematica, e non atomistica, della complessiva operazione posta in essere, onde individuare, in ragione degli interessi pubblici (di titolarità del Comune di Bernareggio) e privati (di titolarità dell'impresa stipulante) tutelati dalle parti, i diritti e le obbligazioni a loro carico che in essa trovano la propria fonte e la propria giustificazione causale.

2.1. In linea generale, occorre chiarire che gli impegni assunti in sede convenzionale - al contrario di quanto si verifica in caso rilascio del singolo titolo edilizio, in cui gli oneri di urbanizzazione e di costruzione a carico del destinatario sono collegati alla specifica trasformazione del territorio oggetto del titolo, con la conseguenza che ove, in tutto o in parte, l'edificazione non ha luogo, può venire in essere un pagamento indebito fonte di un obbligo restitutorio - non vanno riguardati isolatamente, ma vanno rapportati alla complessiva remuneratività dell'operazione, che costituisce il reale parametro per valutare l'equilibrio del sinallagma contrattuale e, quindi, la sostanziale liceità degli impegni assunti (Cons. Stato, IV, 15 febbraio 2019, n. 1069).

La causa della convenzione urbanistica, e cioè l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare, quindi, va valutata non con riferimento ai singoli impegni assunti, ma con riguardo alla oggettiva funzione economico-sociale del negozio, in cui devono trovare equilibrata soddisfazione sia gli interessi del privato sia quelli della pubblica amministrazione (Con. Stato, Sez. V, 26 novembre 2013, n. 5603).

Inoltre, occorre sottolineare che non è affatto escluso dal sistema che un operatore, nella convenzione urbanistica, possa assumere oneri anche maggiori di quelli astrattamente previsti dalla legge, trattandosi di una libera scelta imprenditoriale (o, anche, di una libera scelta volta al benessere della collettività locale), rientrante nella ordinaria autonomia privata, non contrastante di per sé con norme imperative.

La giurisprudenza di questa Sezione, pertanto, con sentenza n. 6339 del 12 novembre 2018, ha affermato che il principio generale, secondo cui l'obbligo di contribuzione è indissolubilmente correlato all'effettivo esercizio dello *ius aedificandi*, non vale rispetto ai casi in cui la partecipazione agli oneri di urbanizzazione costituisce oggetto di un'obbligazione non già imposta *ex lege*, ma assunta contrattualmente nell'ambito di un rapporto di natura pubblicistica correlato alla pianificazione territoriale.

2.2. L'esegesi della convenzione stipulata in data 8 aprile 1998 tra il Comune di Bernareggio e la Prefabbricati Robbiati s.p.a. (cui è succeduta la Società appellata) porta ad affermare che, nella fattispecie in esame, l'impresa avrebbe dovuto versare, a seguito del rilascio della prima concessione edilizia, l'intera somma per oneri di urbanizzazione secondaria e per tassa di smaltimento rifiuti, sicché, contrariamente a quanto statuito dal giudice di primo grado, nessun obbligo restitutorio grava sul Comune di Bernareggio.

Nelle premesse alla convenzione, costituenti parte integrante dell'atto, gli stipulanti hanno rappresentato che:

- il Comune di Bernareggio, con deliberazione del Consiglio Comunale n. 3 del 15 febbraio 1980, ha adottato un Piano delle aree da destinare ad insediamenti produttivi (P.I.P.) ai sensi dell'art. 27 della legge n. 865 del 1971;
- il suddetto P.I.P. è stato approvato ai sensi di legge;
- il Comune, conseguentemente, intende dare esecuzione allo stesso assegnando in proprietà le aree a favore dei soggetti interessati alla realizzazione delle opere previste dal P.I.P.;
- la società Prefabbricati Robbiati s.p.a. ha chiesto ed intende accettare l'assegnazione in proprietà di alcune aree oltre individuate, assumendo tutte le conseguenti obbligazioni, giusta delibera n. 76 del 28 novembre 1997.

Pertanto, il Comune di Bernareggio, ai sensi dell'art. 2 della convenzione, ha trasferito ed assegnato in proprietà alla Prefabbricati Robbiati s.p.a. un'area, facente parte del P.I.P., convenzionalmente denominata lotto 1 e l'assegnatario, ai sensi dell'art. 3, si è impegnato a realizzare e mantenere sulla detta area tutte le costruzioni di cui al progetto e relative descrizioni.

Ciò che maggiormente interessa in questa sede, però, è il contenuto del combinato disposto degli artt. 4 e 7 della convenzione.

L'art. 4 stabilisce che *“la domanda di concessione edilizia per realizzare le opere di cui al presente art. 3 dovrà essere presentata entro e non oltre dieci anni da oggi, salvo proroga da concedersi dietro valutazione dell'Autorità Comunale in caso di giustificato ritardo”* e che *“la domanda di concessione edilizia potrà riguardare, anziché tutte le opere previste dal progetto, parte di dette opere purché la consistenza delle stesse non sia inferiore a ...”*, mentre l'art. 7 dispone che *“a fronte del rilascio della concessione edilizia di cui al precedente art. 4 l'assegnatario corrisponderà al Comune il 100% degli oneri afferenti l'urbanizzazione secondaria e lo smaltimento rifiuti solidi urbani”*.

Di talché, l'opzione ermeneutica più plausibile, in quanto più coerente con la lettera e con la *ratio* dell'accordo stipulato, è quella di ritenere che l'obbligazione di pagamento del 100% degli oneri di urbanizzazione e di smaltimento rifiuti solidi urbani abbia la propria fonte nel rilascio della concessione edilizia e sia perciò dovuta nella sua interezza, ancorché l'edificazione prevista non sia poi completamente realizzata dall'impresa.

Decorsi dieci anni dalla stipula della convenzione, il Comune, con deliberazione del Consiglio Comunale n. 23 del 22 aprile 2009, con ampia motivazione, ha concesso una proroga dei termini di validità della convenzione, ai sensi dell'art. 4 della stessa, limitatamente al tempo massimo necessario previsto dalle norme in materia di edificazione corrispondente a 3 anni, nonché l'ulteriore spazio temporale dalla data di scadenza della validità della convenzione alla data di rilascio del permesso di costruire.

La decisione è stata assunta:

“ritenuta la opportunità di prorogare per le motivazioni sopra esposte il termine di validità della convenzione, al solo fine di consentire il completamento delle attività edilizie oggetto della richiesta di permesso di costruire pervenuta al prot. n. 5956 del 20/04/2009 in quanto senza la proroga del termine di validità della convenzione mancherebbe il presupposto per l'edificazione nell'ambito del PIP;

considerato inoltre che la proroga della convenzione viene concessa limitatamente al tempo massimo necessario previsto dalle norme in materia di edificazione corrispondente a 3 anni, nonché l'ulteriore spazio temporale dalla data di scadenza della validità della convenzione alla data di rilascio del permesso di costruire”.

Il permesso di costruire è stato rilasciato in data 23 giugno 2009, sicché in tale data è sorta l'obbligazione a carico dell'impresa per il pagamento integrale degli oneri di urbanizzazione secondaria e tassa di smaltimento dei rifiuti.

In tale contesto la sentenza di primo grado ha rappresentato come la ricorrente abbia affermato che:

- la SLP (superficie lorda di pavimento) prevista dal permesso di costruire del 2009 e in relazione alla quale sono stati corrisposti a suo tempo gli oneri di urbanizzazione secondaria e il contributo per lo smaltimento dei rifiuti era pari a 16.685,76 mq;
- a seguito delle varianti al titolo, la superficie in progetto si è ridotta a 13.420,41 mq, dei quali 1.853,40 mq imputabili al lotto D, non realizzato;
- la superficie non effettivamente realizzata, rispetto a quanto previsto dal permesso di costruire originario, ammonterebbe a mq 4.896,74 (al netto di due atti di cessione di volumetria agli acquirenti degli immobili effettivamente realizzati, per complessivi mq 220,00);
- conseguentemente, la società sarebbe creditrice del Comune per il complessivo importo di euro 189.944,54 derivante dalla somma dei maggiori oneri di urbanizzazione secondaria (la parte ha poi precisato l'importo del credito in euro 198.555,92).

In senso contrario a tale conclusione va, tuttavia, ribadito che, a fronte “del rilascio della concessione edilizia di cui al precedente art. 4” era, ormai, sorta l’obbligazione per l’assegnatario di corrispondere al Comune “il 100% degli oneri afferenti l’urbanizzazione secondaria e lo smaltimento rifiuti solidi urbani”, e in tale momento, alla stregua della chiara previsione dell’art. 7 della convenzione, non solo era sorto l’obbligo ma era stata definitivamente cristallizzata la determinazione del suo importo. In relazione a tali premesse, in un contesto convenzionale nel quale – come anticipato - l’obbligo di contribuzione non è indissolubilmente correlato alla esatta misura dell’effettivo esercizio dello *ius aedificandi*, vicende successive al rilascio della concessione, quali parziali varianti in diminuzione della superficie in progetto, non altrimenti recuperata, non assumono pattiziamente

rilievo ai fini della riduzione del *quantum debeatur*, né viene in considerazione, nella fattispecie, l'ipotesi estrema in cui tutto l'intervento edificatorio previsto dalla convenzione divenga del tutto o in misura largamente prevalente irrealizzabile.

La Regia Immobiliare s.r.l., nelle proprie memorie difensive, nel sostenere di non essere tenuta al pagamento degli oneri per la parte non edificata, ha, poi, posto in rilievo che il Comune ha impedito di proseguire nell'edificazione, ritenendo (a torto, secondo la prospettazione dell'impresa) che la sopraggiunta norma del piano territoriale di coordinamento provinciale della Provincia di Monza e Brianza fosse a ciò di impedimento, sicché l'inadempimento della convenzione, in caso di incompatibilità con il PTCP, sarebbe imputabile all'Amministrazione, ovvero l'inadempimento sarebbe quantomeno giustificato da impossibilità sopravvenuta della prestazione.

La tesi non è persuasiva.

Con provvedimento del 9 agosto 2013, emesso in relazione a un'istanza di permesso di costruire in variante presentata dalla società Penta Re s.r.l., il Comune ha affermato che la proroga del permesso di costruire non può essere concessa in quanto non motivata da fatti sopravvenuti estranei alla volontà del titolare del permesso.

La realizzazione dell'intervento sarebbe stata poi preclusa dalla sopravvenienza del Piano Territoriale di Coordinamento Provinciale (PTCP) di Monza e della Brianza, che avrebbe reso l'area inedificabile.

Il ricorso proposto dalla Regia Immobiliare Srl e dalla Penta Re srl per l'annullamento della deliberazione del Consiglio provinciale della Provincia di Monza e della Brianza n. 16 del 10 luglio 2013, avente ad oggetto l'approvazione del Piano territoriale di coordinamento della Provincia di Monza e della Brianza è stato dichiarato in parte improcedibile ed in parte respinto con la sentenza del

T.a.r. per la Lombardia, Sede di Milano, Sezione Seconda, 30 giugno 2017, n. 1474 e avverso tale sentenza non risulta proposto appello.

Pertanto – fermo quanto detto circa la particolare natura del sinallagma nel caso della presente convenzione, che la rende nel caso di specie insensibile alle predette parziali riduzioni della superficie edificata - deve ritenersi che l'obbligazione di integrale pagamento degli oneri non si sia estinta neppure a seguito di una qualche forma di risoluzione, totale o parziale, della convenzione per impossibilità sopravvenuta dovuta a causa non imputabile ai sensi degli artt. 1463 o 1464 c.c., non essendo stata integrata alcuna di tali fattispecie risolutorie; parimenti è da escludere che si sia in presenza di un inadempimento della convenzione imputabile al Comune.

In proposito va ribadito che il PTCP della Provincia di Monza e della Brianza, come rilevato, è stato approvato ben oltre dieci anni dopo la stipula della convenzione in data 8 aprile 1998.

Di talché, l'impossibilità di eseguire per intero l'edificazione può essere imputata all'imprenditore, il quale, ai sensi del richiamato art. 4 della convenzione stessa ben avrebbe potuto e dovuto chiedere la concessione o le concessioni per tutti gli interventi nel termine di dieci anni originariamente previsto e completare tempestivamente la loro realizzazione (o eventualmente, per effetto, della proroga, realizzare tempestivamente tutte le opere a seguito dell'effettivo rilascio della prima concessione).

3. Per tutto quanto esposto, assorbite le ulteriori doglianze, l'appello proposto dal Comune di Bernareggio deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado dalla Regia Immobiliare s.r.l.

4. Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e, complessivamente liquidate in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, sono poste a carico dell'appellata ed a favore del Comune appellante.

5. Va posto a carico della parte soccombente, ai sensi dell'art. 13, comma 6-bis.1, d.P.R. n. 115 del 2002, il contributo unificato corrisposto per la proposizione del ricorso di primo grado e del ricorso in appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando, accoglie l'appello in epigrafe e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado.

Condanna l'appellato al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio, liquidate complessivamente in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, in favore del Comune appellante.

Pone a carico della parte appellata, quale parte soccombente, il contributo unificato corrisposto per la proposizione del ricorso di primo grado e del ricorso in appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Troiano, Presidente

Luca Lamberti, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Roberto Caponigro

IL PRESIDENTE
Paolo Troiano

IL SEGRETARIO