

Publicato il 14/11/2017  
N. 05369/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00955/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 955 del 2017, proposto da:  
A. C., nato a Caserta il X1984, e A. C., nato a Villaricca il X.1985, rappresentati e difesi dagli avvocati Renato Labriola e Antonio Nunziante, con domicilio eletto presso lo studio dall'avv. Francesco Landolfi, in Napoli alla via Melisurgo, 4;

contro

Comune di Marcianise, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Maria Caianiello, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, viale Gramsci, 19;

per l'annullamento

- del Provvedimento prot. X del 22.12.2016 con cui si "esprime parere negativo al beneficio della S.C.I.A. edilizia presentata in data 14.12.2016 ed acquisita al protocollo generale al n. X";
- dell'ordinanza di annullamento di P.C. in sanatoria n. 9 del 16 gennaio 2017;
- dell'ordinanza di ingiunzione alla demolizione n.17 del 2.2.2017;

nonché per il risarcimento del danno subito.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Marcianise;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 ottobre 2017 il dott. Fabrizio D'Alessandri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con atto di Convenzione sottoscritto in data 26.2.2008 (rep. n. 17), i dante causa degli attuali ricorrenti si sono impegnati a cedere a titolo gratuito in favore del Comune di Marcianise una fascia di terreno al fine della realizzazione di una strada pubblica e di un parcheggio, lungo il confine est del lotto sul quale insiste un centro sportivo polifunzionale di loro proprietà.

In particolare, l'art. 8 della Convenzione in questione prevedeva che "Il soggetto attuatore assume i seguenti impegni nei confronti del Comune: a) abbattimento a sue spese e cura, quando il Comune ne farà richiesta, della recinzione attualmente esistente lungo la strada vicinale posta ad est del lotto di sua proprietà (particelle X e X del Foglio X), di lunghezza di ml 15,00 confinante con il lotto oggetto d'intervento; b) cessione a titolo gratuito, quando il Comune ne farà richiesta per l'allargamento della strada vicinale, di una fascia di profondità ml 9,00 ricavata dal lotto confinante di proprietà del soggetto attuatore (F. 15, p.lle X e X) lungo tutto il confine est e formazione di parcheggi a servizio degli impianti progettati degli ulteriori ml 6,00 di profondità come riportato nella Tavola n. 1 del progetto di variante presentato presso lo SUAP, cui la presente convenzione si riferisce; c) utilizzazione da parte del Comune delle piscine e dei relativi servizi da regolamentare, circa modalità e tempi, mediante atto successivo".

A seguito di irregolarità edilizie commesse ed accertate dall'ente locale, veniva presentata, in data 7.1.2016, un'istanza per il rilascio di un permesso di costruire in sanatoria, in relazione ad alcuni interventi edilizi afferenti all'immobile destinato a centro sportivo polifunzionale con piscina scoperta, oltre ad attività per il tempo libero.

Il Comune di Marcianise, con la nota prot. n. 11365 del 12.5.2016, rilevava la sussistenza dell'obbligo per i proprietari dei suoli di dare seguito alla Convenzione edilizia precedentemente stipulata e di trasferire le aree ivi indicate.

Conseguentemente, con atto notarile del 24.05.2016 (rep. 4758), in attuazione della convenzione sopra indicata, venivano trasferite a titolo gratuito in favore del Comune di Marcianise le relative porzioni di terreno, richiamando espressamente l'art. 8 della convenzione rep. n. 17 del 26.2.2008.

Le parti ricorrenti ottenevano, in data 14.06.2016, il rilascio del permesso di costruire in sanatoria n. 925/2016 per le opere indicate.

Il permesso di costruire in sanatoria in questione conteneva, all'art. 5, la prescrizione speciale, a carico dei titolari, che "entro e non oltre il termine di 120 gg. dal rilascio del presente P.d.C. sia realizzata recinzione che delimiti i confini delle due proprietà (proprietà della ditta richiedente e del Comune) mediante richiesta di apposito titolo abilitativo, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 8 lettera a) dell'atto di convenzione rep. N. 17 del 26.02.2008, registrato a Caserta il 27.02.2008, al n. 224".

Il medesimo art. 5 prevedeva che l'inosservanza di qualsiasi delle prescrizioni, clausole e condizioni inserite nel permesso di costruire rendessero inefficace il permesso e, di conseguenza, il lavori realizzati fossero perseguibili a norma del D.P.R. n. 380/2001.

Parte ricorrente, sul presupposto che sull'area gravava sequestro penale, ha presentato un'istanza di dissequestro all'Autorità giudiziaria, poi rigettata, e nel contempo ha richiesto al Comune di Marcianise la proroga dei termini assegnati per la realizzazione della recinzione tra il terreno di proprietà e l'area ceduta al medesimo Comune.

L'istanza di proroga non veniva accolta sul presupposto dell'insussistenza delle ragioni ostative all'esecuzione dell'indicata prescrizione contenuta nel permesso di costruire in sanatoria ed era nel contempo avviato un procedimento preordinato all'annullamento del titolo edilizio rilasciato, per il contestato inadempimento degli obblighi prescritti dal permesso in sanatoria (nota prot. 30255 del 22.11.2016).

Le parti ricorrenti presentavano, inoltre, in data 14.12.2016, una s.c.i.a. per la realizzazione della recinzione.

Il Comune adottava, quindi, il provvedimento prot. 33520 del 22.12.2016, con il quale esprimeva parere negativo sulla s.c.i.a., in quanto prevedeva la collocazione della recinzione in difformità da quanto previsto negli allegati grafici del permesso di costruire e dall'atto di cessione delle aree; adottava, inoltre, l'ordinanza di annullamento del permesso di costruire in sanatoria n. 9 del 16 gennaio 2017, nonché la conseguenziale ingiunzione alla demolizione n.17 del 2.2.2017 delle opere oggetto del permesso in sanatoria annullato.

Parte ricorrente ha impugnato i suddetti provvedimenti chiedendone l'annullamento.

Ha formulato tre motivi di ricorso, in particolare vertenti:

- 1) sull'illegittimità del diniego di proroga per incongruità della motivazione e sull'illegittimità del provvedimento di annullamento di ufficio del permesso di costruire per l'assenza di una motivazione di interesse pubblico all'esercizio del potere di autotutela;
- 2) sull'erronea interpretazione della convenzione, da cui è poi derivato l'atto di cessione, che in realtà avrebbe previsto la cessione di solo nove metri di terreno e la realizzazione dei parcheggi su un'area di proprietà dei ricorrenti (non quindi la cessione di quindici metri comprensivi anche della fascia da destinare a parcheggio);
- 3) sull'illegittimità della prescrizione contenuta nel permesso di costruire che ha imposto la costruzione del muro.

Ha chiesto, altresì, il risarcimento del danno subito.

Si è costituito in giudizio il Comune di Marcianise resistendo al ricorso.

## DIRITTO

- 1) Il ricorso è solo in parte fondato, nei termini di seguito indicati.
- 2) In via preliminare il Collegio ritiene di precisare come il provvedimento di annullamento d'ufficio, nonostante il nomen iuris contenuto nell'atto del Comune, sia in sostanza un

provvedimento di decadenza del permesso di costruire pronunciato a seguito dell'inadempimento alla prescrizione di realizzare la recinzione divisoria al confine del terreno ceduto al Comune. Il giudice può, infatti, qualificare esattamente l'atto dell'amministrazione, in base al suo contenuto sostanziale, senza fermarsi al "titolo" attribuito dall'amministrazione.

L'atto gravato non è, infatti, stato motivato sulla base di un profilo di illegittimità sussistente al momento dell'adozione del permesso di costruire in sanatoria, ma in base a un fatto sopravvenuto e, in particolare, per l'inottemperanza di una prescrizione contenuta nello stesso permesso di costruire rilasciato in sanatoria.

Sempre in via preliminare, il medesimo Collegio ritiene di indicare che la cessione effettuata dai ricorrenti con atto notarile, in esecuzione della Convenzione indicata nella parte in fatto, è stata effettivamente di quindici metri e non di soli nove metri e come, conseguentemente, alla distanza di quindici metri è posto il confine dell'area risultate dalla cessione, dove doveva essere realizzata la recinzione; ciò peraltro in conformità con quanto previsto nelle tavole grafiche allegate al permesso di costruire in sanatoria.

Infine, ancora in via preliminare, si deve indicare come la s.c.i.a. presentata ai fini della realizzazione della recinzione sia stata oggetto di un provvedimento negativo in quanto la recinzione stessa risultava posizionata come se la cessione fosse stata di soli nove metri e non di quindici. In sostanza, il Comune ha adottato il provvedimento prot. 33520 del 22.12.2016 con il quale ha espresso parere negativo sulla s.c.i.a., in quanto quest'ultima prevedeva la collocazione della recinzione in difformità da quanto previsto negli allegati grafici del permesso di costruire in sanatoria e dalla situazione dei luoghi risultante dall'atto di cessione delle aree.

Infatti, la recinzione, invece di essere collocata a quindici metri dal limite della strada vicinale (a delimitare l'intera area ceduta), è stata posta a soli nove metri prevedendo quindi che gli altri sei metri ricadessero nel perimetro dell'impianto e fossero devoluti a parcheggio per esclusivo uso di quest'ultimo.

Il medesimo provvedimento ha, altresì, ulteriormente motivato il parere negativo con la circostanza che la s.c.i.a. era appunto in contrasto con il permesso di costruire in sanatoria n. 925/2016 e con le convenzioni sottoscritte e non prevedeva la demolizione della recinzione attualmente posta lungo il confine est; risultava inoltre carente una dettagliata documentazione fotografica dello stato dei luoghi riferita allo stato attuale e del contratto con l'impresa incaricata di effettuare la raccolta, il trasporto, le operazioni di recupero e smaltimento dei rifiuti in ottemperanza dell'art. 5 della legge regionale n. 20/2013.

Fatte queste premesse si passa allo scrutinio dei motivi di ricorso.

3) Il primo motivo di ricorso lamenta l'illegittimità dell'annullamento del permesso di costruire e, conseguentemente dell'ordine di demolizione, in quanto alle parti ricorrenti sarebbe stata illegittimamente denegata la proroga del termine previsto per la realizzazione della recinzione.

La richiesta di proroga era stata motivata con la presenza di un sequestro penale sull'area e con la necessità di ottenere il dissequestro per iniziare i lavori. Il Comune non ha concesso la proroga in quanto in realtà il sequestro non gravava sull'intera area bensì solo su una parte e non sulla porzione interessata dalla realizzazione della recinzione e, pertanto, nulla ostava alla realizzazione dell'opera.

Le parti ricorrenti indicano che dal provvedimento di sequestro non si evinceva chiaramente la delimitazione dello stesso a determinate aree del terreno e che il Comune, avendo concluso per

l'insussistenza del sequestro sulla porzione di terreno solo dopo una complessa istruttoria, avrebbe dovuto agire secondo criteri di buona fede e accordare comunque la proroga.

Il motivo appare fondato nei termini che seguono.

Ragionevole appare il comportamento di parte ricorrente che, nel dubbio sull'estensione del sequestro penale, ha ritenuto di presentare una istanza di dissequestro e una richiesta di proroga dei termini per la realizzazione della recinzione.

D'altra parte, la circostanza che potessero sussistere dei dubbi sulla estensione del sequestro penale risulta avvalorata dal fatto che il Comune, dopo aver ricevuto il provvedimento in questione, ha comunque espressamente richiesto, "per meglio comprendere quale parte dell'intero immobile fosse sottoposta a sequestro da parte dell'Autorità Giudiziaria", al Comandante della P.M., anche nella qualità di custode giudiziario, di comunicare se il provvedimento di sequestro riguardasse solo il fabbricato o anche l'area pertinenziale e l'impianto di piscina.

Giustificato appare, quindi, l'atteggiamento prudentiale dei ricorrenti.

Al riguardo, in considerazione dei criteri di comportamento secondo buona fede e leale collaborazione che dovrebbero improntare il rapporto tra il cittadino e la pubblica amministrazione e in considerazione, altresì, della concreta situazione delineatasi, non appare ragionevole e volto a un uso appropriato della discrezionalità amministrativa il rifiuto da parte del Comune di prorogare il termine. Ciò tanto più in quanto non espresso in un provvedimento diretto bensì evincibile in via indiretta dalla comunicazione di avvio del procedimento dell'annullamento in autotutela del permesso di costruire di cui alla nota prot. 30255 del 22.11.2016.

Infatti, considerato il criterio prudentiale che aveva ispirato la condotta dei ricorrenti, il Comune, una volta avuta certezza che il sequestro non inficiava la possibilità del ricorrente di eseguire i lavori, avrebbe potuto ragionevolmente comunicarlo agli interessati e concedere una breve proroga per consentire loro di realizzare l'opera.

La proroga avrebbe dovuto avere a oggetto la realizzazione della recinzione così come risultante da quanto indicato nell'atto di cessione e dall'allegato al permesso di costruire in sanatoria, ovvero sia al limite dei quindici metri, non potendo trovare ingresso, anche per quanto si argomenterà più avanti, la doglianza avverso il parere negativo sulla s.c.i.a. e la pretesa di parte ricorrente di realizzare la recinzione sei metri più indietro escludendo l'area da destinare a parcheggio, già ceduta al Comune.

Infondata è la doglianza, sempre contenuta nel primo motivo di ricorso, inerente al mancato vaglio dell'eventuale pregiudizio per l'interesse pubblico conseguente alla condotta inadempiente dei ricorrenti.

Al riguardo, il provvedimento appare compiutamente motivato con il riferimento all'inadempienza della prescrizione contenuta nel permesso di costruire, né appariva necessaria una ulteriore specifica motivazione circa il profilo dell'interesse pubblico, stante che, come indicato, il provvedimento in esame non è un vero e proprio atto di annullamento in autotutela soggetto alle condizioni di cui all'art. 21 nonies L. n. 241 del 1990, bensì un provvedimento di decadenza.

4) Il secondo motivo di ricorso è infondato.

Parte ricorrente ha indicato come l'atto di cessione dell'area, effettuato con rogito notarile, che aveva trasferito una fascia di quindici metri di terreno, fosse in contrasto con quanto disposto dall'art. 8 della Convenzione rep. n. 17 del 26.2.2008 e come, pertanto, quest'ultimo dovesse prevalere.

Sempre secondo la prospettazione della parte ricorrente, il testo della Convenzione (indicato nella parte in fatto), qualora correttamente interpretato, si sarebbe limitato alla previsione della cessione di soli nove metri, prescrivendo per il resto la sola necessità di realizzazione di parcheggi a servizio degli impianti progettati per ulteriori sei metri.

Vi sarebbe stato, quindi, un errore di fatto o interpretativo in sede di stipula della cessione.

Al riguardo il Collegio evidenzia che, in primo luogo, non è chiarissimo all'impugnativa di quale provvedimento sia riferito il motivo, né quale sia lo specifico interesse delle parti ricorrenti a sollevarlo.

L'annullamento del permesso di costruire è stato, infatti, motivato dalla mancata realizzazione della recinzione e tale circostanza non ha a che fare, se non solo indirettamente, con l'identificazione dell'entità della fascia di terreno.

Il parere negativo sulla s.c.i.a. è stato motivato, come indicato, oltre che dalla situazione dei luoghi risultante dall'atto di cessione e dalle convenzioni sottoscritte, anche dalla difformità da quanto previsto negli allegati grafici del permesso di costruire in sanatoria n. 925/2016 e dagli ulteriori profili, non gravati da motivi di impugnativa, relativi alle circostanze che la s.c.i.a. non prevedeva la demolizione della recinzione attualmente posta lungo il confine est; risultava, inoltre, carente una dettagliata documentazione fotografica dello stato dei luoghi riferita allo stato attuale e non vi era evidenza del contratto con l'impresa incaricata di effettuare la raccolta, il trasporto, le operazioni di recupero e smaltimento dei rifiuti in ottemperanza.

Trattandosi, quindi, di atto plurimotivato, i ricorrenti non avrebbero interesse all'accoglimento di una censura che riguarda solo una delle questioni che sorreggono l'atto.

Nel merito il Collegio rileva come, in ogni caso, il rapporto tra la convenzione di natura urbanistica che prevede il trasferimento delle aree e il diverso e distinto atto notarile, con il quale viene effettuata la cessione, non si pone in termini gerarchici e di prevalenza (come invece nel caso del rapporto tra diverse norme di differente rango), né tantomeno può dirsi che l'eventuale contrasto della convenzione con un atto successivo e strutturalmente autonomo, quale l'atto di cessione, possa risolversi nell'inefficacia del secondo o nella sua disapplicazione, al pari, si ripete, del rapporto tra norma di rango superiore e inferiore.

Il rapporto tra la Convenzione e l'atto di trasferimento, per quanto il secondo si ponga in termini attuativi del primo, è un rapporto che può dare eventualmente luogo a fenomeni di invalidità negoziale, con gli eventuali rimedi previsti per i contratti, come ad esempio l'annullamento per errore, in modo non dissimile, sebbene la convenzione in materia urbanistica appartenga alla sfera pubblicistica, dal rapporto tra contratto preliminare e contratto definitivo.

Al di là della formula non chiarissima dell'art. 8 della Convenzione sull'entità della porzione di terreno da trasferire, l'eventuale errore interpretativo, del tutto da dimostrare, che avrebbe inficiato la stipula del rogito di trasferimento (perché redatto in termini differenti dal contenuto della Convenzione), avrebbe dovuto semmai condurre a una domanda di caducazione dell'atto di

cessione - rogito, articolata secondo i vizi negoziali di quest'ultimo, o comunque ad un rimedio di carattere "negoziale", previa dimostrazione della sussistenza dei relativi presupposti.

Tra l'altro, nel caso di specie, la piena consapevolezza da parte dei ricorrenti di aver trasferito la fascia di quindici metri è evidenziata anche negli allegati grafici del permesso di costruire in sanatoria.

In conclusione, quindi, anche a voler considerare la stipula del rogito notarile come un atto di esecuzione della convenzione urbanistica, e considerare la fattispecie ricompresa nell'ambito della giurisdizione esclusiva prevista dall'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2 del c.p.a. "sull'esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo" quali vengono considerate le convenzioni in materia urbanistica, il motivo non assume comunque pregio.

Parte ricorrente non ha formulato alcuna specifica domanda di caducazione del rogito notarile di trasferimento, nei termini e con le modalità suindicate, essendosi limitato a evidenziare il supposto contratto tra i due atti e a sostenere che la previsione della Convenzione debba prevalere, come se l'atto di trasferimento potesse essere disapplicato.

La censura sollevata non può, quindi, avere alcuna rilevanza.

5) Il terzo motivo di ricorso è infondato.

Parte ricorrente ha incentrato il motivo di ricorso, formulato avverso il provvedimento che ha previsto la decadenza del permesso di costruire, sull'illegittimità della condizione apposta al permesso di costruire in sanatoria e, in particolare, sul fatto che tale titolo abilitativo non avrebbe potuto prescrivere la realizzazione della recinzione e, comunque, che dalla sua inosservanza non poteva derivare la decadenza del titolo.

Al riguardo il Collegio rileva che le parti ricorrenti non hanno impugnato la condizione posta al permesso di costruire in sanatoria, né al momento del suo rilascio, né in questa sede; non possono, pertanto, sollevare il profilo inerente all'illegittimità del titolo per sostenere l'invalidità dell'atto di decadenza.

Tra l'altro un'impugnativa in questa sede sarebbe stata da considerarsi ormai tardiva.

Inoltre, solo in sede di successive memorie le parti ricorrenti hanno sollevato una questione relativa all'illegittimità della pronuncia di decadenza in assenza di una specifica previsione legislativa in tal senso. Tale profilo quindi non può essere esaminato perché non facente parte dei motivi di ricorso.

In ogni caso, inoltre, la sopravvenienza dell'inefficacia nel caso di inadempienza alle condizioni inserite nel permesso di costruire è stata anch'essa prevista dall'art. 5 del medesimo permesso di costruire, con una statuizione non impugnata.

6) Va respinta, infine, l'istanza risarcitoria, nessuna prova essendo stata fornita dei danni di cui si invoca il ristoro per equivalente monetario (v., ex multis, TAR Campania, Salerno, Sez. I, 14 luglio 2017 n. 1194).

Per le suesposte ragioni il ricorso va parzialmente accolto.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di

corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Alla luce delle peculiarità della fattispecie e delle oggettive difficoltà di qualificazione degli atti posti in essere dall'amministrazione, il Collegio ritiene sussistano gravi ed eccezionali motivi per disporre la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla l'ordinanza n. 9/2017 e l'ordinanza n.17/2017.

Compensa le spese di giudizio, ma con rimborso ai ricorrenti di quanto versato a titolo di contributo unificato, da attribuirsi ai procuratori antistatari.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 4 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Michelangelo Maria Liguori, Consigliere

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE  
Fabrizio D'Alessandri Italo Caso

IL SEGRETARIO