

Pubblicato il 29/10/2020

N. 06642/2020REG.PROV.COLL.

N. 07718/2010 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7718 del 2010, proposto dalla Cooperativa Edificatrice Piazzetta Verde Società Cooperativa a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Cecchi, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avvocato Claudia Molino in Roma, via Panama, n. 58,

***contro***

il Comune di Montignoso, in persona del Sindaco in carica *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Lenzetti, elettivamente domiciliato presso la segreteria della Sezione in Roma, piazza Capo di Ferro, n.13,

***per la riforma***

della sentenza del T.a.r. per la Toscana (Sezione III), n. 1359 del 7 agosto 2009, resa *inter partes*, concernente il diritto allo scomputo degli oneri di urbanizzazione secondaria.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Montignoso;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 15 settembre 2020, il consigliere Giovanni Sabato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso n. 2173 del 2004, proposto innanzi al T.a.r. per la Toscana, la Cooperativa Edificatrice Piazzetta Verde Società Cooperativa a r.l. (di seguito la cooperativa) aveva chiesto quanto segue:

a) l'annullamento della concessione edilizia n. 2251, rilasciata il 25 settembre 2003, nella parte in cui non ha previsto lo scomputo degli oneri di urbanizzazione secondaria, dei provvedimenti con cui sono stati determinati gli oneri di concessione, nonché - per quanto potesse occorrere - della deliberazione della Giunta Municipale n. 73 del 22 marzo 2002;

b) l'accertamento del diritto della Cooperativa di ottenere l'integrale scomputo degli oneri di urbanizzazione secondaria;

c) la condanna del Comune alla restituzione della somma di euro 224.666,8, indebitamente percepita a titolo di oneri di urbanizzazione secondaria - unitamente alla somma di euro 34.305,06 corrisposta a titolo di sanzioni per ritardato versamento della terza rata degli oneri, oltre interessi legali dal dì del dovuto fino al saldo;

d) la condanna dell'Amministrazione comunale al risarcimento delle spese sostenute dalla Cooperativa medesima - pari a euro 2.911,66 - per la presentazione della polizza fideiussoria richiesta dal Comune a garanzia delle somme non dovute.

2. A sostegno dell'impugnativa la cooperativa aveva dedotto che l'edificio destinato ad attrezzature di interesse comune, che la stessa si era impegnata a realizzare e

cedere gratuitamente al Comune, costituiva un'opera di urbanizzazione secondaria, come tale, da scomputarsi per intero nella determinazione degli oneri concessori e che comunque, anche in considerazione del rilevante importo delle opere di urbanizzazione primaria (oltre euro 670.000,00), aveva diritto allo scomputo anche delle opere di urbanizzazione secondaria.

3. Costituitasi l'Amministrazione comunale al fine di resistere, il Tribunale adito (Sezione III) ha così deciso il gravame al suo esame:

- lo ha dichiarato, su eccezione di parte resistente, irricevibile per la parte impugnatoria e lo ha respinto per il resto;
- ha compensato le spese di lite.

4. In particolare, il Tribunale ha ritenuto che:

- *“La determinazione degli oneri e la concessione edilizia del 25.09.2003, che la menziona espressamente nella parte dedicata al contributo - di cui si indica l'importo - per il rilascio, si fondano su detta delibera, la quale, pubblicata il 28.03.2002 e nota alla ricorrente quantomeno a decorrere dal rilascio della concessione (dichiarazione di accettazione del concessionario sottoscritta il 3.11.2003, ma si veda anche la richiesta 9.10.2003 di rateizzazione degli oneri di urbanizzazione secondaria), è stata tardivamente impugnata solo il 4.11.2004”;*
- *“Il diritto allo scomputo presuppone, infatti, una determinazione, di carattere discrezionale, dell'amministrazione, che consenta al concessionario di realizzare direttamente le opere di urbanizzazione, scomputandone i relativi oneri, ma tale condizione è esclusa, nella specie, dalla scelta – che, legittima o meno, è divenuta ormai incontestabile da parte della ricorrente – di stabilire che gli oneri di urbanizzazione secondaria sono dovuti, ammettendosi lo scomputo dei soli oneri di urbanizzazione primaria, pur nella constatata circostanza che l'onere relativo alla realizzazione delle opere di urbanizzazione previste in ogni singolo comparto contemplato dal R.U. comporta “una spesa di gran lunga superiore rispetto all'intervento edilizio concesso””.*

5. Avverso tale pronuncia la cooperativa ha interposto appello, notificato il 6 settembre 2010 e depositato il 13 settembre 2010, lamentando, attraverso due

motivi di gravame (pagine 8-18) ai quali ha fatto seguito la riproposizione dei motivi di prime cure (pagine 18-26), quanto di seguito sintetizzato:

I) avrebbe errato il Tribunale nel dichiarare irricevibile il ricorso di primo grado per la parte definita “*impugnatoria*” non avendo considerato che la posizione soggettiva della ricorrente in relazione allo scomputo degli oneri di concessione edilizia è di diritto soggettivo e non di interesse legittimo, anche con riferimento alla Deliberazione di G.M. n. 73/2002, trovando diretto fondamento nella normativa sia nazionale che regionale;

II) sarebbe erronea la sentenza impugnata anche nella parte in cui ha respinto le domande di accertamento e di condanna alla restituzione di quanto indebitamente percepito, oltre al risarcimento dei danni, stante il diritto dell'appellante di vedersi scomputare integralmente gli oneri di urbanizzazione (primaria e secondaria) relativi alla concessione edilizia e pertanto si reitera la domanda di restituzione delle somme indebitamente percepite dal Comune al predetto titolo (euro 224.666,85) oltre alle spese (euro 2.911,66) per la polizza fideiussoria richiesta dalla stessa Amministrazione a garanzia del pagamento di somme.

6. L'appellante ha concluso chiedendo, in riforma dell'impugnata sentenza, l'accoglimento del ricorso di primo grado e quindi delle domande con lo stesso avanzate.

7. In data 26 giugno 2013 si è costituito il Comune di Montignoso chiedendo il rigetto dell'opposto gravame.

8. In vista della trattazione nel merito del ricorso la parte appellata ha depositato memoria articolando eccezione di difetto di legittimazione dell'appellante per la mancata consegna dell'edificio ed insistendo per il rigetto dell'appello

9. La causa, chiamata per la discussione alla pubblica udienza del 15 settembre 2020, è stata ivi trattenuta in decisione.

10. Ritiene il Collegio che il ricorso sia infondato e sia pertanto da respingere.

10.1. L'eccezione di difetto sopravvenuto di legittimazione, fondata sulla pretesa applicazione dell'art. 1460 c.c., non è meritevole di accoglimento.

10.2. Essa, così come sollevata dal Comune, si fonda sul riferimento all'inadempienza della società odierna appellante all'obbligo convenzionale di cedere al Comune l'edificio ad uso attrezzature pubbliche, ma l'eccezione disciplinata dalla norma testé richiamata, in linea generale, serve a legittimare nei contratti a prestazioni corrispettive l'inadempimento di una delle parti, facendo leva sul correlativo inadempimento della controparte secondo l'antico brocardo *inadimplenti non est adimplendum*, quale forma, forse la più emblematica, di autotutela del credito. Nel caso di specie, tuttavia, l'azione proposta dalla società in primo grado non lamentava l'inadempimento del Comune a uno o più degli obblighi a suo carico discendenti dalla convenzione, ma aveva ad oggetto l'accertamento di un proprio diritto allo scomputo degli oneri di urbanizzazione richiesti in una al rilascio della concessione edilizia sulla base di una diretta applicazione delle norme di legge in materia, e quindi al di là di (e forse anche contro) quanto previsto dalla convenzione sul punto. Pertanto, l'inadempimento della parte privata (ammesso che essa non ritenga a sua volta di giustificarlo col richiamo all'art. 1460 c.c.) potrà semmai legittimare autonome e separate iniziative giudiziali da parte del Comune, come sembra in effetti sia avvenuto, ma non può incidere sul presente giudizio.

11. Venendo al motivo con cui si contesta la statuizione di parziale irricevibilità del ricorso di primo grado, si deve riscontrare l'infondatezza dell'appello.

11.1. L'impostazione argomentativa che connota il gravame si basa sull'assunto per cui le controversie relative al pagamento degli oneri concessori hanno ad oggetto diritti soggettivi, nell'ambito della giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di governo del territorio, e quindi rispetto ad esse – anche qualora formalmente il ricorrente chieda l'annullamento di atti amministrativi – non trovano applicazione i

termini decadenziali per l'impugnazione; è vero che la posizione del privato torna ad atteggiarsi a interesse legittimo a fronte di eventuali provvedimenti con cui il Comune abbia disciplinato in via generale le modalità di calcolo dei predetti oneri, ma non sarebbe questo il caso della delibera di Giunta n. 73 del 22 marzo 2002, la quale non aveva tale oggetto, ma regolava in via generale – senza nulla dire in ordine al *quantum* – ciò che i soggetti attuatori avrebbero dovuto corrispondere. Pertanto, trattavasi di provvedimento che, se certamente conformava il contenuto delle future convenzioni attuative, non incideva sulla quantificazione degli oneri concessori, e la cui eventuale tardiva impugnazione non incideva così in alcun modo sulla facoltà della società ricorrente di far valere il proprio diritto soggettivo a una corretta quantificazione delle somme dovute.

11.2. Tale percorso argomentativo conduce a conclusioni che il Collegio non condivide.

11.3. L'appello infatti postula la natura di diritto soggettivo della posizione giuridica azionata quando invece costituisce *ius receptum* in giurisprudenza il principio secondo cui l'ammissione allo scomputo delle opere realizzate dal lottizzante costituisce oggetto di una valutazione ampiamente discrezionale della p.A. e che un vero e proprio diritto ad ottenere lo scomputo sorge per il privato, a fronte della realizzazione di opere di urbanizzazione primaria ovvero all'impegno di realizzarle, solo a seguito di un'accettazione espressa e consensuale da parte della stessa Amministrazione. In difetto di autorizzazione o di accordo espresso di questa sullo scomputo delle nuove opere, il titolare del titolo edilizio non dispone, pertanto, di alcuna pretesa tutelata diretta a portare in detrazione il valore delle opere eseguite dal contributo di urbanizzazione dovuto (di recente, T.a.r. Bari, sez. III, 4 febbraio 2019, n. 158; T.a.r. Milano, sez. I, 10 aprile 2018, n. 954).

11.4. Il Comune evidenzia in memoria conclusionale che controparte non ha mai consegnato l'edificio, da adibire ad asilo comunale, all'Amministrazione; trattasi di

circostanza fattuale forse non significativa sul piano giuridico ma pur sempre rilevante per meglio lumeggiare il comportamento dell'appellante che in questa sede lamenta, di fatto, un indebito arricchimento dell'Amministrazione derivante dalla corresponsione di un contributo di così rilevante importo.

11.5. Se è vero però che l'edificio è senz'altro suscettibile di essere qualificato come opera di urbanizzazione secondaria (Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2018 , n. 5372; Cons. Stato, sez. IV, 16 agosto 2017, n. 4008) e che pertanto, in quanto tale, è suscettibile di dare diritto allo scomputo (T.a.r. Ancona, sez. I, 26 agosto 2019, n. 555), quest'ultimo non nasce *ex se* ma solo se vi è stata accettazione da parte del Comune, accettazione che nel caso di specie non risulta essere mai avvenuta. Per vero, il Comune addirittura nega che l'edificio ad uso attrezzature pubbliche costituisca effettivamente un'opera di urbanizzazione secondaria, semplicemente perché non era così qualificato in convenzione, ma la natura di opera di urbanizzazione discende direttamente dalla legge indipendentemente dalla qualificazione che ne diano le parti, e inoltre, se si accedesse alla tesi del Comune, si dovrebbe concludere trattarsi di opera della quale la società si era consapevolmente assunta l'obbligo di realizzazione e cessione al Comune al di fuori del sinallagma convenzionale, quindi in nome di un poco plausibile spirito di liberalità.

11.6. L'ostacolo tuttavia posto al preteso diritto allo scomputo si deve al fatto che, con la delibera n. 73/2002, l'Amministrazione aveva escluso che le opere di urbanizzazione secondaria dessero diritto allo scomputo: tale delibera andava quindi tempestivamente impugnata. Infatti, anche se essa si esprimeva in termini generali, senza quindi indulgere nella enucleazione di precisi criteri di computo, nel momento in cui escludeva le opere di urbanizzazione secondaria dal novero di quelle scomputabili imponeva alla parte di provvedere alla sua contestazione in sede giudiziale perché poneva un ostacolo altrimenti insuperabile alla sua pretesa.

12. L'appellante fonda le sue considerazioni sulla sproporzione dell'importo delle opere di urbanizzazione pari a ben € 245.508,71 (332.808,11 - 87.299,40) + € 224.666,85, ma trascura che l'obbligo di cessione dell'edificio si fondava sulla convenzione (T.a.r. Parma, sez. I, 25 ottobre 2017, n. 330) conclusa col Comune e pertanto sfuggiva ad un criterio di proporzionalità trattandosi di un obbligo liberamente assunto in esecuzione della propria autonomia negoziale. La pretesa dell'appellante sembra porre un problema di eccessiva onerosità della prestazione a suo carico, che tuttavia non riflette il nucleo delle proprie contestazioni siccome inquadrato in una visione pubblicistica della vicenda informata al rispetto di criteri legali piuttosto che ad un'esigenza immanente di equilibrio tra le rispettive prestazioni secondo la disciplina di matrice civilistica. Non si deve ad ogni modo trascurare che *“Gli oneri di urbanizzazione come è noto non hanno natura sinallagmatica e il relativo regime è interamente pubblicistico”* (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, Ad. plen. n. 24 del 2016; sez. IV, 30 luglio 2012, n. 4320). Inoltre, fra l'impegno ad eseguire le opere di urbanizzazione e l'ammontare degli oneri di urbanizzazione dovuti in base alla consistenza dell'intervento non sussiste alcun nesso di corrispettività o di proporzionalità, essendo la sua assunzione esclusivamente finalizzata a rimuovere la condizione ostativa che la legge frapponne al rilascio del titolo data dalla assenza delle opere di urbanizzazione (T.a.r. Firenze, sez. III, 11 ottobre 2016, n. 1451).

13. In conclusione, l'appello è infondato e deve essere respinto.

14. La particolarità della vicenda, in uno alla risaleza della vicenda di causa, consente di compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (n.r.g. 7718/2010), lo respinge.

Spese del presente grado di giudizio compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.  
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 settembre 2020 con  
l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Italo Volpe, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere, Estensore

Cecilia Altavista, Consigliere

Francesco Guarracino, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Giovanni Sabato**

**IL PRESIDENTE**  
**Raffaele Greco**

IL SEGRETARIO