

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 421 del 2014, proposto da Società Sammartino Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Mario Sanino, Gianpaolo Ruggiero, Lorenzo Aureli, con domicilio eletto presso Pasquale Rizzi in Campobasso, corso Bucci n. 78/C;

contro

Comune di Agnone in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Marco Marinelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Tommaso Bucci in Campobasso, Via Principe di Piemonte n. 29;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Felice Colaizzo, rappresentato e difeso dall'avv. Enrico Ceniccola, con domicilio ex lege presso la segreteria del Tar Molise in Campobasso, Via San Giovanni - Palazzo Poste;

per l'annullamento

a) della deliberazione di Giunta Comunale n. 111 del 11 agosto 2014 notificata in data 27 ottobre 2014 con la quale la Città di Agnone ha dichiarato definitivamente risolta la convenzione rep. n. 641 del 25.10.2001 stipulata con la ditta Sammartino Costruzioni s.r.l per la compravendita del lotto n. 1 ricadente per gli insediamenti produttivi del Comune di Agnone;

b) della determina Dirigenziale n. 201 del 4 agosto 2014 con la quale la P.A. ha dichiarato risolto, tra gli altri, la convenzione per la compravendita del lotto 1 assegnato al ricorrente ricadente nell'Area degli insediamenti produttivi;

c) del verbale di deliberazione di Giunta Comunale n. 67 del 23.05.2014 avente ad oggetto "Accertamenti dei contratti conclusi per l'assegnazione dei lotti nella zona PIP e conseguenti adempimenti - Direttive agli Uffici";

d) della comunicazione di avvio del procedimento volto al recupero della disponibilità del lotto assegnato alla ricorrente sulla base del disposto dell'art. 14 della convenzione che regola il rapporto tra le parti;

e) di ogni altro atto presupposto, preparatorio, conseguente e comunque connesso ad oggi non conosciuto dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 novembre 2015 il dott. Luca Monteferrante e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Con delibera di Giunta comunale n. 1 del 4.1.2001, la Società Sammartino Costruzioni S.r.l. otteneva l'assegnazione del lotto n. 1 della zona P.i.p. del Comune di Agnone. In data 25.10.2001 veniva stipulato il contratto di compravendita del lotto n. rep. 641 tra il Comune di Agnone e la predetta ditta.

L'art. 14 della predetta convenzione sancisce l'obbligo di dare inizio ai lavori nel termine di due anni dalla sottoscrizione della convenzione medesima, pena la decadenza dell'assegnazione del lotto e l'incameramento, a titolo di penale, delle somme versate. Sennonché, la ditta ricorrente non dava corso ai lavori, a causa di un contenzioso insorto con la ditta proprietaria del lotto confinante per la costruzione di un muro di contenimento da porre a confine dei due lotti ed il Comune di Agnone, all'esito di apposita verifica in contraddittorio circa le cause del ritardo, dichiarava la risoluzione della convenzione di assegnazione del lotto, ritenendo violato il termine biennale di inizio dei lavori.

Con ricorso notificato il 26 novembre 2014 e depositato il 2 dicembre 2014, la società ricorrente è insorta per impugnare gli atti indicati in epigrafe nella parte in cui il Comune di Agnone ha disposto l'immediata risoluzione della convenzione anzidetta e l'incameramento delle somme versate dalla esponente.

La ricorrente deduce i seguenti motivi di censura: violazione e falsa applicazione dell'art. 14 della convenzione rep. n. 641 del 25.10.2001 nonché del principio di buon andamento ed imparzialità. Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, confusione e perplessità dell'azione amministrativa, illogicità manifesta, grave sviamento di potere, contraddittorietà.

1. La ricorrente assume di aver dato inizio ai lavori nel termine biennale previsto dall'art. 14 della convenzione, unica fattispecie, a suo dire, sanzionata, per il caso di inadempimento, con la clausola risolutiva espressa. In particolare allega di aver provveduto all'integrale sbancamento dell'area, alla realizzazione dei lavori di protezione delle scarpate e della strada di accesso al piazzale ed alla messa in sicurezza delle pareti libere di scavo, oltre che alla predisposizione dei calcoli delle gabbionate, così manifestando pienamente la seria intenzione di realizzare il manufatto assentito, salvo poi arrestarsi stante la necessità di realizzare un muro di sostegno tra il lotto 1 ed il lotto 2 per evitare probabili fenomeni di dissesto evidenziati dalla perizia geologica commissionata per la realizzazione del capannone; il confinante, infatti, nonostante reiterati solleciti, si rifiutava di realizzare il muro a sostegno della parete di scavo da questi creata artificialmente tra i due lotti posti a dislivello e necessaria al fine di attenuare la instabilità del terreno del lotto superiore di proprietà della esponente. L'aver omesso di accertare tali circostanze configurerebbe un difetto di istruttoria.

L'effettivo inizio dei lavori sarebbe anche comprovato dal fatto che l'amministrazione non dichiarava la decadenza per tali ragioni della concessione edilizia n. 133 del 30.9.2002 rilasciata per la realizzazione del capannone industriale ma anzi in data 12.12.2005 prorogava di tre anni il termine per la ultimazione dei lavori e, ancora, in data 6.5.2009 ne autorizzava il completamento con nota n. 1630.

2. Il Comune di Agnone avrebbe errato nel ritenere irrilevante il contenzioso in essere con il proprietario del lotto n. 2 posto a valle del lotto n. 1, divisi da una scarpata di circa 5 m., tenuto conto che la mancata realizzazione del muro di contenimento avrebbe potuto pregiudicare la sicurezza dell'intero intervento alla luce delle caratteristiche geologiche del sito, già interessato da un importante fenomeno franoso nel novembre 2008, come peraltro evidenziato da apposita perizia geologica di parte depositata in atti. Avrebbe errato anche nel ritenere tardiva la prospettazione della problematica da parte della esponente che, al contrario, si attivava sin dal maggio 2002, in occasione dei lavori di sbancamento realizzati dal proprietario del lotto 1 mediante il taglio artificiale del pendio, sollecitando invano la costruzione di un muro di contenimento tanto che la stessa amministrazione comunale si induceva a convocare le parti nel dicembre 2004 e, ancora, nel febbraio 2005 per tentare di dirimere bonariamente la questione. Inoltre il Comune di Agnone concedeva ripetutamente provvedimenti di proroga della concessione edilizia n. 133 del 30.9.2002 mentre non riscontrava la richiesta di proroga della convenzione avanzata dalla esponente in data 16.1.2006.

3. Il Comune avrebbe omesso anche di accertare l'effettiva sussistenza della condizione di pericolo reiteratamente denunciata dalla ricorrente.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione comunale intimata, eccependo il difetto di giurisdizione, l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso e concludendo per la sua reiezione nel merito.

E' intervenuto in giudizio ad opponendum il signor Colaizzo Felice proprietario del lotto confinante n. 2 per sostenere le ragioni del Comune di Agnone e per argomentare in ordine alla piena imputabilità del ritardo alla società esponente.

All'udienza del 5 novembre 2015, la causa è stata trattenuta in decisione.

In via preliminare occorre prendere in esame l'eccezione di difetto di giurisdizione articolata dalla difesa comunale che è tuttavia infondata.

La convenzione sottoscritta dalla ricorrente è, nella forma, un contratto di compravendita di lotto ricadente nel piano di stralcio delle aree per insediamenti produttivi del Comune di Agnone (area attrezzata per l'artigianato). Sennonché, agli artt. 10 e 16, l'atto negoziale qualifica il proprio contenuto come "convenzione" avente per oggetto la disciplina per l'utilizzazione dell'area relativa al lotto 1, quale individuata nella planimetria allegata alla delibera di G.C. n. 17/1998. Nei successivi artt. 12 e 13, la detta convenzione reca prescrizioni e obblighi delle parti - relativi alle opere di urbanizzazione, alla destinazione urbanistica e alle norme edilizie - che evidentemente esulano dal contenuto di un ordinario contratto privato di compravendita e ne fanno, a tutti gli effetti, una convenzione di assegnazione di area produttiva, rientrando nel modello dell'accordo sostitutivo, ai sensi dell'*art. 11 della L. 7 agosto 1990, n. 241*, per il quale sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, dovendosi tenere distinti i contenuti di un contratto privatistico da quelli di natura pubblicistica caratterizzati dall'esercizio di poteri finalizzati al perseguimento di interessi pubblici (cfr.: T.a.r. Lazio Roma III, 22.7.2014 n. 8001; Cass. civile, sez. unite, 22.5.2012 n. 8081; T.a.r. Calabria Catanzaro I, 14.4.2014 n. 614). Anche l'art. 14 della menzionata convenzione fornisce un contributo per la qualificazione dell'atto, poiché - al secondo comma - esso obbliga la ditta acquirente del lotto p.i.p. e tutti i successivi aventi causa ad utilizzare le aree assegnate per la costruzione di opere e strutture necessarie al ciclo produttivo e funzionale dell'azienda, conformemente alle indicazioni del piano per insediamenti produttivi, che forma "parte integrante e sostanziale della convenzione". In altri termini, il contenuto prescrittivo e autoritativo del piano urbanistico secondario viene "travasato" nella convenzione e da questa negli atti di acquisto in via derivativa, di guisa che essa perde i caratteri di autonomia contrattuale privatistica, in favore di un marcato profilo di consensualità nell'esercizio di pubbliche funzioni. Fa propendere per una qualificazione dell'atto come accordo ex art. 11, anche il contenuto del successivo art. 16, a tenore del quale "la convenzione scadrà al termine dei lavori interessanti le aree cedute in proprietà e, comunque, non oltre i 5 (cinque) anni dalla stipula del presente atto", di guisa che è davvero improbabile che possa qualificarsi come contratto di compravendita immobiliare ad tempus un atto che, a tutti gli effetti, prefigura un'assegnazione temporanea di un suolo pubblico in area di insediamenti produttivi.

Invero, ai fini della qualificazione dell'atto come accordo sostitutivo, piuttosto che come contratto privatistico, occorre avere riguardo al suo contenuto, non già alla sua forma. Atteso che l'atto in esame possiede i requisiti dell'accordo di cui al citato *art. 11 L. 7 agosto 1990, n. 241*, avendo ad oggetto la disciplina di un potere pubblico, deve ritenersi prevalente la sua sostanza sul nomen juris (cfr.: T.a.r. Lazio Roma III, 13.7.2012 n. 6424).

Neanche la presenza, nell'atto in esame, di una clausola compromissoria (art. 17) induce questo Tribunale a declinare la propria giurisdizione. Nella vicenda, invero, per le ragioni già esposte, coesistono in capo alla ditta assegnataria posizioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo. Sono qualificabili come interessi legittimi le posizioni soggettive della ditta assegnataria del lotto che la vedono assoggettata ai vincoli autoritativi del p.i.p., considerato parte integrante della convenzione, ivi compreso il vincolo di realizzare tempestivamente l'insediamento produttivo, la qual cosa - peraltro - consente di assimilare la risoluzione contrattuale in esame ad una vera e propria revoca decadenza dall'assegnazione, tenuto conto che il ritardo nella realizzazione delle opere dedotte in convenzione pregiudica le finalità pubblicistiche del p.i.p. ed impone all'ente concedente di rientrare nella disponibilità del lotto per assicurarne la destinazione a finalità pubblicistiche di sviluppo economico e di tutela dei livelli occupazionali, come peraltro espressamente evidenziato nei provvedimenti impugnati. Ne consegue che la presente controversia avendo ad oggetto una posizione di interesse legittimo che si assume lesa da un non corretto esercizio del potere di revoca dell'assegnazione, non è compromettibile per arbitri, stante il limite di cui all'art. 12 c.p.a., a tenore del quale solo "le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto, ai sensi degli artt. 806 e seguenti del codice di procedura civile".

In definitiva, quanto sopra rilevato impone di interpretare restrittivamente la clausola arbitrale per renderla conforme al disposto di cui all'art. 12 cod. proc. amm., pena la nullità parziale della stessa e consente di radicare la controversia nell'alveo della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e di sottoporla alla cognizione di questo Tribunale.

Si tratta di conclusioni cui è già pervenuto sul punto questo TAR con sentenza n. 285/2015 e che possono essere sul punto confermate anche in considerazione della assorbente circostanza per cui, a ben vedere, la disciplina della clausola compromissoria contenuta nell'art. 17 della convenzione è, per espressa volontà delle parti, derogabile dalle parti medesime e quindi non vincolante, tant'è che nel presente giudizio nessuno dei contraente ne ha eccepito la violazione.

Quanto all'intervento in giudizio del signor Colaizzo esso è inammissibile, come eccepito dalla difesa del ricorrente con memoria di replicata depositata il 7 maggio 2015, in quanto la copia notificata è stata depositata solo in data 4 maggio 2015 oltre il termine massimo di 30 giorni dall'udienza di merito - fissata per il 28 maggio 2015 - previsto dall'art. 50, comma 3, cod. proc. amm. a mente del quale "3. Il deposito dell'atto di intervento di cui all'articolo 28, comma 2, è ammesso fino a trenta giorni prima dell'udienza."

E' evidente infatti che, a garanzia del diritto di difesa delle parti del giudizio, il termine di deposito in questione si riferisce all'atto di intervento già notificato e quindi già conosciuto da tutte le parti del giudizio e non alla copia che la parte ha facoltà di depositare anche prima del perfezionamento delle notifiche, ai sensi dell'art. 45, comma 2 cod. proc. amm., atto nella specie depositato in data 27 aprile 2015 con riguardo alla copia da notificare al Comune di Agnone.

Nel merito i motivi di ricorso sono fondati.

Come già osservato, l'art. 14 della menzionata convenzione, ai commi 2 e 3, obbliga la ditta assegnataria del lotto p.i.p. ad utilizzare le aree assegnate, per la costruzione di opere e strutture necessarie al ciclo produttivo e funzionale dell'azienda, conformemente alle indicazioni del piano per insediamenti produttivi. La vincola altresì "a realizzare le opere e gli impianti necessari all'espletamento della propria attività produttiva entro il termine massimo di 5 (cinque) anni dalla data del presente atto, con l'obbligo di dare inizio ai lavori entro 2 (due) anni dalla predetta data", aggiungendo che "qualora i lavori non inizieranno entro il termine suddetto di anni 2 (due) dalla data del presente atto, il Comune riacquisterà la piena disponibilità dell'area in questione ed incamererà, a titolo di penale, tutte le somme versate dalla ditta acquirente".

Con determina dirigenziale n. 201 del 4 agosto 2013, successivamente recepita e confermata con delibera di Giunta n. 111/2014, alla ricorrente, come pure ad altre imprese assegnatarie, è stato specificamente contestato "il decorrere infruttuoso del termine di inizio lavori fissato nell'art. 14 dei contratti di compravendita sottoscritti tra il Comune di Agnone e le ditte medesime" e ciò facendo seguito ad un invito-diffida "ad applicare la clausola risolutiva espressa dei contratti di compravendita di alcuni lotti del PIP per mancato inizio dei lavori entro il termine di due anni a firma dell'Avv....procuratore legale dei signori Colaizzo Felice...", richiamata nelle premesse giustificative della determina dirigenziale impugnata. Non è stato invece contestato il decorso del distinto termine quinquennale previsto dal menzionato art. 14 della convenzione per la conclusione dei lavori.

La ricorrente, per le ragioni di seguito esposte, ha invero rispettato il termine di due anni imposto dalla convenzione per l'inizio dei lavori e decorrente dalla sottoscrizione della originaria convenzione risalente al 25.10.2001, sicché deve escludersi la ricorrenza nel caso di specie dei presupposti di operatività della clausola risolutiva espressa e ciò anche a motivo della non imputabilità, quanto al rispetto di tale termine, dei ritardi contestati dall'amministrazione comunale alla ditta assegnataria del lotto.

La questione controversa verte in ordine alla idoneità o meno, a configurare un inizio dei lavori, delle opere di sbancamento e di avvio del cantiere pacificamente e tempestivamente realizzate dalla ricorrente nel biennio dalla sottoscrizione della convenzione.

Il Comune nega che vi sia stato un inizio concreto dell'attività costruttiva mancando persino il deposito dei calcoli sismici necessari a realizzare le fondamenta ed escludendo che possano giovare a tale fine mere attività di "sbancamento/decoficamento", pacificamente poste in essere dalla ricorrente.

Assume invece la ricorrente che l'entità della sbancamento realizzato (pari a circa 6.033 metri cubi di terreno su una superficie complessiva pari a 3.540 mq), unitamente ad ulteriori attività di avvio del cantiere precisate in premessa (realizzazione dei lavori di protezione delle scarpate, della strada di accesso al piazzale, alla messa in sicurezza delle pareti libere di scavo, oltre che alla predisposizione dei calcoli delle gabbionate), debbano ritenersi idonei a configurare un inizio dei lavori.

La questione è oggettivamente opinabile e deve essere risolta attraverso una puntuale verifica in concreto circa le attività materiali poste in essere.

Sul punto occorre innanzitutto rammentare che secondo un costante insegnamento giurisprudenziale, l'effettivo inizio dei lavori può ritenersi sussistente quando le opere intraprese siano tali da evidenziare l'effettiva volontà del titolare di realizzare l'intervento assentito, tenuto conto della sua consistenza e, dunque, alla stregua di una valutazione in concreto.

E' indubbiamente vero, come sostiene il Comune di Agnone, sia nella motivazione del provvedimento impugnato che nelle memorie difensive che a tal fine non è sufficiente il semplice sbancamento del terreno e la predisposizione degli strumenti e dei materiali di costruzione, in mancanza di altri indizi idonei a comprovare il reale proposito di proseguire i lavori sino alla loro ultimazione (Cons. Stato, IV, 27.4.2015 n. 2093; T.A.R. Campania, Napoli, II, 9.7.2015 n. 3654; TAR Catania, II, 6.11.2015, n. 2585).

Tuttavia sempre la giurisprudenza amministrativa ha precisato che configura un inizio lavori lo sbancamento realizzato che si estenda su un'area di vaste dimensioni (Cons. Stato, V 15 luglio 2013, n. 3823; Cons. Stato,.... 2013, n. 4855; TAR Venezia, II, n. 299/2015) come accade nel caso di specie, tenuto conto del volume di terra movimentato, non contestato dal Comune, nonché dell'entità dello scavo realizzato, come comprovato dalla documentazione fotografica versata in atti.

Inoltre la giurisprudenza richiamata precisa che, in ogni caso, ai fini di un tale accertamento, occorre valorizzare ogni altro indizio idoneo a comprovare il reale proposito di dare avvio e proseguire i lavori sino alla loro ultimazione.

Il collegio ritiene di poter ravvisare tali indizi nelle seguenti circostanze: la tempestiva predisposizione nel 2002 di una relazione tecnica per fronteggiare le criticità geologiche emerse in seguito alle opere di sbancamento realizzate dal proprietario del lotto n. 2 posto a valle; le reiterate e documentate richieste rivolte dal ricorrente al proprietario del lotto n. 2 per ottenere la realizzazione del muro di contenimento tra i due lotti onde evitare possibili eventi franosi del terreno posto a monte e cioè del lotto n. 1; il coinvolgimento e l'interessamento dello stesso Comune di Agnone nella vicenda; le reiterate richieste di proroga della concessione edilizia n. 36/2001 ottenuta per la costruzione del capannone industriale, sempre concesse dal Comune di Agnone; la richiesta di proroga del termine quinquennale di efficacia della convenzione peraltro non riscontrata dal Comune; da ultimo, la proposizione nel 2011 di un'azione civile nei confronti del proprietario del lotto n. 2 per dirimere la problematica.

Si tratta di circostanze dalle quali è certamente possibile evincere la concreta e persistente volontà del ricorrente di realizzare i lavori previsti in convenzione ed autorizzati con concessione edilizia n. 36/2001.

Da quanto precede emerge dunque che v'è stato inizio dei lavori nel termine biennale dalla sottoscrizione della convenzione sicché, non ricorrendo la condizione di operatività della clausola risolutiva espressa specificamente azionata con il provvedimento impugnato (mancato inizio dei lavori nel termine biennale) il ricorso deve essere accolto.

Peraltro anche a voler accedere alla tesi del Comune di Agnone per cui, in fatto, non vi sarebbe stato avvio dei lavori, il ricorrente in giudizio ha comunque fornito ampia prova circa la non imputabilità del ritardo, avendo dimostrato mediante deposito di documentazione probante (stralcio relazione geologo Salzano) oltre che di una perizia di parte, la effettiva sussistenza di una problematica di carattere geologico - peraltro ben nota al Comune - tale da generare una situazione di effettivo e concreto pericolo in caso di edificazione del capannone in assenza della preventiva messa in sicurezza della zona di confine tra i due lotti.

Accedendo a tale prospettazione il ricorrente avrebbe comunque dimostrato la non imputabilità del ritardo nel rispetto del termine biennale, ai sensi e per gli effetti dell'*art. 1218 c.c.*, in applicazione del canone generale sull'onere della prova che in materia contrattuale onera il debitore della prestazione della relativa dimostrazione di incolpevolezza.

E' indubbiamente vero che il lungo lasso di tempo trascorso dalla assegnazione del lotto, ben tredici anni, imponeva all'Amministrazione comunale ogni sollecitudine possibile nella cura dell'interesse pubblico proprio per non vanificare le finalità pubblicistiche del p.i.p., tuttavia per le ragioni espresse, deve escludersi nel caso di specie la sussistenza dei presupposti in fatto ed in diritto per avvalersi della clausola risolutiva espressa in relazione allo specifico profilo di inadempimento dedotto.

Resta naturalmente fermo il potere in capo all'amministrazione di svolgere tutte le verifiche del caso necessarie ad accertare e, se del caso, a contestare, un inadempimento imputabile in relazione al mancato rispetto del termine quinquennale di conclusione dei lavori, anche in relazione alle possibili iniziative, concretamente esigibili, che il ricorrente avrebbe potuto assumere per evitare il protrarsi, per ben 13 anni, di una situazione di incertezza certamente pregiudizievole per le finalità di interesse pubblico comunque intrinseche alla causa della convenzione di acquisto del lotto.

In conclusione il ricorso dev'essere accolto con conseguente annullamento degli atti impugnati limitatamente alla posizione della ditta ricorrente. Si ravvisano tuttavia giustificate ragioni per disporre la compensazione delle spese del giudizio tra tutte le parti, stante la particolarità della vicenda in fatto.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla, in parte qua, gli atti impugnati e compensa le spese di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Luca Monteferrante, Consigliere, Estensore

Domenico De Falco, Referendario