

SILVANO TOZZI
LUCA TOZZI
ALFREDO MARIA SERRA
DARIO BRIN
ANTONIO CAIAZZO
ALESSANDRO PAGANO
LUCIA DI CAPRIO
ANTONIO ERRA

Napoli li 8/04/2021
Prot.n. 378 /is

Spett.le
Comune di Sant'Arpino
c.a. Sindaco – dott. G. Dell'Aversana
c.a. Segretaria Generale – dott.ssa F. Lucadamo
c.a. Giunta Comunale
c.a. Responsabile Contenzioso/Affari Legali –
Tenente F. Dell'Aversa
c.a. Responsabile del Servizio Urbanistica
Geom Vito Buonomo
Piazza Umberto I
81030 Sant'Arpino (CE)
Pec: protocollo@pec.comune.santarpino.ce.it

E p.c. Spett.le
Prefettura – U.T.G. di Caserta
Piazza della Prefettura, 2
81100 CASERTA
Pec: prefetto.prefce@pec.interno.it

Spett.le
ANAC
Via M. Minghetti 10
00187 ROMA
Pec: protocollo@pec.anticorruzione.it

Oggetto: Parere sulla legittimità della determina n. 67 del 17.3.2021 del Comune di Sant'Arpino – alloggi destinati ad *Housing sociale* – permesso di costruire n. 19 del 2016 – convenzione rep. n. 43/2012 del 22.12.2012.

Il sottoscritto avv. Luca Tozzi è stato incaricato, giusta Determina n. 131 del 26.3.2021 nonché convenzione del 30.2.2021 di fornire un parere stragiudiziale in ordine alla legittimità della determina n. 67 del 17.3.2021.

La richiesta di redazione del parere sorge a valle della richiesta di chiarimenti formulata dal Consigliere Comunale e Assessore del Comune di Sant'Arpino, Salvatore Lettera, con nota prot. n. 4908 del 24.3.2021 la quale ha rilevato di essere “*venuto a conoscenza della pubblicazione della determina n. 67 del 17.03.2021, a firma del Geom. Vito BUONOMO,*

pubblicata sull'albo pretorio del Comune di Sant'Arpino, con la quale, quest'ultimo, nella Sua qualità di responsabile del Servizio Urbanistica, modificava, non è chiaro se legittimamente i subalterni inizialmente individuati nel permesso di costruire n. 19/2016, e precisamente quelli recanti i numeri 77, 86 e 95, nonché i box individuati con i subalterni 17, 9 e 20, con nuove e diverse unità immobiliari identificate con i subalterni 75, 102, 92 e 82 nonché i box auto individuati nei subalterni 21, 46, 53 e 52, e ciò a seguito dell'istanza avanzata da D'Ambra Santolo – prot. in arrivo n. 2016 del 05.02.2021.

A riguardo, dalla lettura della determina, apparentemente sprovvista di istruttoria e relazione tecnica dettagliata, il Geom. Buonomo afferma di voler procedere alla sostituzione delle unità immobiliari sopra richiamate in quanto, senza averne alcuna contezza oggettiva, ritiene che le particelle identificate con i sub 75, 102, 92 e 82 abbiano un “valore leggermente superiore a quello degli immobili originariamente previsti”. Purtroppo tale affermazione, come detto, non appare supportata da alcuna documentazione, ovvero relazione peritale, o relazione estimativa allegata alla determina che possa dare contezza di questo maggior favore ottenuto dall'Amministrazione Comunale di Sant'Arpino”.

Occorre preliminarmente rilevare quanto segue:

- con la convenzione rep n. 43/2012, a firma dell'ex responsabile urbanistica arch. Filippo Frippa, si è pattuito all'art. 17, rubricato “Cessione Housing Sociale”, che “I Proprietari si impegnano, così come da progetto di riqualificazione, alla cessione gratuita al Comune di un numero di unità residenziali, con eventuali pertinenze (box auto, cantinola, posto auto scoperto), tale che il loro valore di mercato corrisponda all'incremento del valore di trasformazione di cui ha beneficiato l'ambito C2 Nord/Ovest a seguito dell'approvazione del Progetto di Riqualificazione.

Il valore dell'Housing Sociale da cedere al Comune, così come determinato dalla stima del Responsabile del Servizio Urbanistica del Comune di S.Arpino, corrisponde al 5,235% (cinquevirgola duecentotrentacinqueper cento) dell'intero valore della consistenza immobiliare prevista dal progetto di riqualificazione, quindi per un valore presunto di € 2.979.238,50.

Ogni Permesso di Costruire conterrà l'individuazione delle unità residenziali da cedere al Comune per essere destinate all'Housing Sociale attraverso la pubblicazione di bandi per l'assegnazione ad evidenza pubblica”;

- successivamente, è stato rilasciato il Permesso di Costruire n. 19 del 22.07.2016, a firma dell'avv. Compagnone, al sig. Santolo D'Ambra per la realizzazione di “complesso di edifici a destinazione abitativa con alloggi di Social Housing ed attività commerciali nell'ambito del Comparto Urbanistico C2 – Via della Libertà”, particelle 5509, 5511, 5525, 5523 del Foglio 1 del catasto terreni – lotto IM (formato dall'accorpamento dei Lotti 1/B, 1/D, 1/E)” il tutto come da progetto a firma dell'ing. Lettera Giuseppe, iscritto all'ordine della Provincia di Caserta al n. 2637, che in n. 12 tavole grafiche e relazione tecnica viene allegato al presente permesso di costruire”;

- con il detto Permesso di Costruire n. 19 del 22.07.2016, pratica edilizia prot. n. 11579, rif. D/83 si previsto che “il richiedente del Permesso di Costruire per l'intero compendio residenziale da realizzare sul lotto IM si obbliga a realizzare in housing sociale tre unità abitative di cui una al primo piano e una al terzo piano del fabbricato identificato con la lettera “E” ed i rispettivi box auto”;

- la tavola n. 10 allegata al p.d.c. sopra citato ha previsto il seguente computo dei volumi degli alloggi di Social Housing:

Piano	Quota	Superficie	Volume
-------	-------	------------	--------

	m	mq	Mc
Primo	+ 4.00	111.47	334.41
Secondo	+ 7.00	97.47	292.41
Terzo	+ 10.00	67.13	201.39

- con nota assunta al protocollo comunale al n. 18484 del 30.11.2020 il sig. Santolo D'Ambra ha individuato i box auto, precedentemente non individuati dall'allora responsabile avv. Compagnone, nei subalterni 9, 17 e 21, successivamente individuati dal geom. Vito Buonomo a mezzo della determina n. 215 del 30.11.2020 (avente ad oggetto "Permesso di costruire 19/2016 – Modifica d'ufficio della allegata Tavola 10");

- ha fatto seguito la trasmissione da parte del sig. Santolo D'Ambra della nota assunta al protocollo comunale n. 2016 del 5.2.2021 con cui ha rappresentato al Comune che "in ossequio all'impegno assunto con la sottoscrizione della convenzione rep. 43/2012 del 22/12/2012 art. 17, tenuto conto che gli edifici relativi a 1° permesso di costruire e successive SCIA in Variante, non ultima quella del 31/12/2019 prot. n. 18348, relativamente al solo Lotto 1/M, risultano ultimati ed agibili, trasmette la documentazione necessaria per il trasferimento degli alloggi di housing sociale così come individuati nell'allegata Tavola H, rappresentando che in ragione della volumetria realizzata viene ceduta una percentuale maggiore di quella prevista dal medesimo art. 17 pari al 5,235%";

- con determina n. 67/2021 a firma del Geom. Buonomo, nel premettere che "la nota n. 2016 del 5 febbraio 2021 con la quale si è chiesto di cedere le unità abitative come quota housing sociale individuate al catasto ai subalterni 75, 102, 92 e 82 ed anche i box auto 21, 46, 53 e 52 invece dei previsti subalterni 77, 86 e 95 oltre ai tre box auto individuati con i subalterni 17, 9 e 20" e che "le superfici complessive dei quattro alloggi da cedere al Comune di Sant'Arpino come housing sociale sono leggermente superiori a quelle previste nell'atto autorizzativo 19/2016 e conseguentemente il valore degli stessi e palesemente superiore al previsto", si è preso atto "che le unità abitative che il sig. Santolo D'Ambra dovrà cedere al Comune di Sant'Arpino quale quota relativa all'housing sociale per il rilascio del P.d.C. n. 19 del 2016 sono individuate nei subalterni 75, 102, 92 e 82 ed i box auto sono individuati nei subalterni 21, 46, 53 e 52";

- con la successiva nota prot. n. 5000 del 25.3.2021 il responsabile dell'Area IV Tecnica, geom. Vito Buonomo, ha dato atto che le superfici lorde e i volumi delle quattro unità rispetterebbero le condizioni previste nell'atto di convenzione ed ha effettuato "ad abundantiam" anche il raffronto delle superfici siano essere residenziali e non provvedendo anche a ragguagliarle", raffronto da cui ha desunto che la superficie totale delle precedenti tre unità è pari a mq 304,67 a fronte di quelle proposte dal sig. D'Ambra pari ad una superficie totale di mq. 307,70 per una superficie leggermente superiore di mq 3,03. Da quanto sopra esposto si può evidenziare un primo profilo di criticità della determina n. 67/2021 (nonché di quanto rappresentato con la successiva nota prot. n. 5000 del 25.3.2021) in particolare nella parte in cui è stato preso atto che le superfici complessive dei nuovi subalterni indicati come housing sociale sarebbero leggermente superiori a quelle previsti nel p.d.c. n. 19/2016 e si è quindi ritenuto, in maniera automatica, che la semplice maggiore volumetria degli edifici determini che "il valore degli stessi è palesemente superiore al previsto" (vd. determina n. 67/2021).

Si rammenta sul punto che l'art. 17 della convenzione rep. 43/2012 àncora il valore dell'housing sociale non alla superficie in sé **bensì al valore della consistenza immobiliare**. La disposizione in parola è infatti chiara laddove prevede che "Il valore dell'Housing Sociale da cedere al Comune ... corrisponde al 5.235% ... dell'intero valore della consistenza

immobiliare prevista dal progetto di riqualificazione, quindi per un valore presunto di € 2.979.238,50.

Ogni permesso di costruire conterrà l'individuazione delle unità residenziali da cedere al Comune per essere destinate all'housing sociale attraverso la pubblicazione di bandi per l'assegnazione ad evidenza pubblica".

Non può ritenersi che il mero aumento di superficie determini un corrispondente aumento di valore in assenza di una specifica istruttoria sul punto ed in assenza di una specifica motivazione conseguente.

Ciò anche in considerazione della circostanza per cui, da quanto emerge anche dal grafico contenuto nella nota prot. n. 5000 del 25.3.2021, l'aumento di superficie riguarderebbe unicamente i garages mentre le singole abitazioni (sebbene siano quattro e non più tre) registrerebbero una sensibile diminuzione di superficie, elemento che incide chiaramente sul valore delle stesse.

Parimenti incidente sul valore è il piano in cui sono collocati i detti immobili i quali inizialmente erano collocati ai piani primo (111,47 mq), secondo (97,47 mq) e terzo (67,13 mq) mentre, a valle della presa d'atto, risultano così collocati: due immobili al primo piano (rispettivamente di mq 62,38 e 95,51), uno al secondo piano (62,38) ed uno al terzo piano (62,38) (le superfici indicate sono riportate nel valore complessivo di cui alla prima tabella di pag. 6 della nota prot. n. 5000/2021 e dunque comprensive delle superfici di balconi e terrazzi, ulteriore elemento da tenere in debita considerazione).

Ben potrebbero configurarsi dunque:

- sia la violazione e falsa applicazione del richiamato art. 17 della convenzione.
- sia il vizio istruttorio, in quanto la determina n. 67/2021 ha disposto la mera ed acritica presa d'atto della variazione dei subalterni senza alcuna istruttoria specifica volta ad appurare se le nuove superfici fossero o meno compatibili con il valore di cui all'art. 17 della convenzione.

Sotto altro profilo desta non poche perplessità la circostanza per cui la determina n. 67/2021 si sia limitata a disporre una mera presa d'atto di quanto rappresentato dal sig. Santolo D'Ambra con la nota prot. n. 2016/2020 nonostante non sia stato previamente appurato se sono state apportate delle variazioni delle quote di valore destinate all'housing sociale così come previste dal combinato disposto di cui all'art. 17 della convenzione e del p.d.c..

L'Amministrazione avrebbe potuto avallare la variazione richiesta dal sig. D'Ambra solo a valle di adeguata istruttoria tecnica ed economica e, a seconda degli esiti della stessa in ordine al contenuto della variazione apportata, agire con un atto amministrativo di secondo grado e con un provvedimento di variante del p.d.c. già rilasciato.

Occorre a tal fine tenere in adeguata considerazione quanto statuisce la giurisprudenza in ordine alla differenza tra variazioni essenziali e varianti, ritenendo che *“Il concetto di variazione essenziale, che attiene alla modalità di esecuzione delle opere, va distinto dalle «varianti», che riguardano la richiesta di una variazione del titolo autorizzativo; mentre dunque le varianti in senso proprio, ovvero le modificazioni qualitative o quantitative di non rilevante consistenza rispetto al progetto approvato, tali da non comportare un sostanziale e radicale mutamento del nuovo elaborato rispetto a quello oggetto di approvazione, sono soggette al rilascio di permesso in variante (rectius, a D.I.A.), complementare ed accessorio, anche sotto il profilo temporale della normativa operante, rispetto all'originario permesso a costruire; le varianti essenziali, ovvero quelle caratterizzate da incompatibilità quali-quantitativa con il progetto edificatorio originario rispetto ai parametri indicati dall' art. 32, d.P.R. n. 380 del 2001 , sono soggette al rilascio di permesso di costruire del tutto nuovo ed autonomo rispetto a quello originario e per il*

quale valgono le disposizioni vigenti al momento di realizzazione della variante.” (C.d.S., 2[^], 11/12/2019, n. 8414; Cfr. C.d.S., 6[^], 30/03/2017, n. 1484).

Chiarite dunque le criticità della determina n. 67/2021 si ritiene opportuno in primo luogo procedere all'avvio del procedimento di annullamento in autotutela (con comunicazione ex art.7 L 241/1990) della stessa al fine di rifare una adeguata istruttoria tecnica.

Detta istruttoria è necessaria ed appurare se vi sono state o meno:

- delle variazioni del valore cristallizzato al punto 17 della convenzione n. 43/2012;
- delle varianti essenziali (ai sensi dell'art. 32 DPR 380/01);
- delle mere modifiche dei subalterni a pari valore degli immobili destinati all'*housing* sociale.

Solo all'esito della detta istruttoria tecnica si potrà determinare la legittimità o meno del cambio dei subalterni.

Nel caso in cui siano avvenute di fatto delle variazioni del valore sopra esposto ovvero delle varianti essenziali sarà chiaramente necessario intervenire in autotutela disponendo l'annullamento ovvero la revoca della sopra citata determina ed adottare gli atti consequenziali (ad es., come anticipato, la variante del p.d.c.).

La giurisprudenza è infatti pacifica laddove ritiene che, nell'ambito di fattispecie assimilabili a quella in oggetto, non è sufficiente intervenire con la sola variante senza porre in essere il necessario intervento in autotutela del provvedimento presupposto viziato (Cfr. C.d.S., 2[^], 28.8.2020, n. 5288).

Per mera completezza di esposizione, al fine di evitare di porre in essere un'azione amministrativa frammentaria, si suggerisce di approfondire in altra sede (rispetto a quella del presente parere) anche ulteriori aspetti della vicenda in analisi.

Vi sono infatti delle discrepanze tra quanto dichiarato dal sig. Santolo D'Ambra con la nota prot. n. 2016/2020, con cui ha rappresentato che gli edifici in parola risultano *ultimati ed agibili* e quanto invece rilevato da Codesto Comune con la nota prot. n. 5000/2020 secondo cui l'acquisizione delle dette unità immobiliari non è ad oggi potuta avvenire in quanto *“formalmente ancora non agibili quand'anche non ultimate. Per attestare l'agibilità bisogna prima acquisire il certificato di collaudo delle opere di urbanizzazione primaria”*.

Si ritiene dunque necessario che Codesta Amministrazione proceda a verificare la conformità urbanistica del comparto edificatorio ed il rispetto della clausole della convenzione urbanistica a monte.

In particolare si ritiene opportuno che Codesta Amministrazione provveda a verificare l'avvenuta realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria e la tempistica realizzativa delle stesse che, ai sensi dell'art. 12 della Convenzione, devono essere realizzate dal Soggetto Attuatore, al collaudo delle stesse ai sensi dell'art. 14 della Convenzione che, per espressa previsione, deve avvenire *“entro sei mesi dalla ultimazione dei lavori”*, alla approvazione del collaudo finale, alla conseguente sottoscrizione del verbale di trasferimento nonché al certificato di agibilità degli immobili.

Ciò anche alla luce della specifica attività di vigilanza e controllo in capo al competente Dirigente o Responsabile Comunale che, ai sensi dell'art. 27, comma 1, del DPR 380/01 *“... esercita, anche secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente, la vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale per assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi.”*

La necessità di effettuare approfondimenti istruttori si evince anche da un'ulteriore circostanza.

Come noto l'art. 15 della convenzione n. 43/2012 ha previsto i tempi di realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria stabilendo che *“il rilascio dei vari permessi di costruire è subordinato all'inizio dei lavori da parte del soggetto attuatore delle opere di urbanizzazione. Le opere di urbanizzazione primaria dovranno avere inizio entro il 28/02/2013 previo rilascio del relativo Permesso di Costruire.*

La ultimazione della rete idrica e fognaria dovrà avvenire entro il 31/05/2013.

Il mancato rispetto del termine di ultimazione della rete fognaria e idrica comporterà la risoluzione della presente convenzione.”.

A fronte delle sopra citate tempistiche, il permesso di costruire rilasciato al Consorzio C2 Nord Ovest di via Libertà per la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria (rete viaria, parcheggi pubblici, impianto di illuminazione stradale, rete fognaria, rete idrica, rete metano, rete elettrica, rete “telecom”) risulta datato 7.6.2013 (P.d.C. n. 63 del 7.6.2013, pratica edilizia prot. 2180, rilasciato a firma dell'allora responsabile del servizio arch. Filippo Frippa) ovvero allorquando le tempistiche disposte dalla sopra citata convenzione erano già state ampiamente superate.

La sopra citata circostanza sembrerebbe pacifica anche alla luce della comunicazione di inizio lavori delle opere di urbanizzazione primaria di cui al sopra citato p.d.c. la quale è avvenuta solo a mezzo della nota prot. n. 6875 del 12.7.2013, con la quale il sig. Pezzella Elpidio, in qualità di Presidente del Consorzio C2 Nord Ovest, ha comunicato che i lavori avrebbero avuto inizio solo in data 18.7.2013 (data anch'essa successiva al termine di ultimazione delle opere in parola stabilito dall'art. 15 della convenzione).

Né risulta, dalla documentazione in possesso dello scrivente, che l'Amministrazione abbia prorogato i termini di cui al sopra citato art. 15 e ss. della convenzione prima del rilascio del p.d.c. n. 63/2013.

Difatti risulta agli atti unicamente la richiesta di “proroga” di sei mesi dei termini del detto art. 15 della convenzione, formulata dal sig. Elpidio Pezzella, richiesta di cui non si conosce il seguito, non essendo dato sapere se l'Amministrazione abbia effettivamente modificato i detti termini e con che modalità siffatta modifica sia avvenuta.

Le criticità sopra rilevate appaiono ancor maggiormente rilevanti in considerazione del successivo rilascio della variante al p.d.c. n. 63/2013 con variante n. 43 del 24.6.2015, a firma dell'allora responsabile del Servizio arch. Pietro D'Angelo, con cui è stata autorizzata la variante alle opere di urbanizzazione primarie, anche al fine di realizzare un cavedio multiservizi.

Nell'ambito della premessa del sopra citato p.d.c. si cita unicamente il *“parere favorevole espresso dal Responsabile del Servizio Urbanistica ed Edilizia Privata espresso in data 17.06.2015 prot. n. 196 URB/2015”* ma, ancora una volta, non viene fatta menzione di eventuali modifiche dei termini di cui all'art. 15 della convenzione rep. n. 43/2012.

Sarà quindi importante verificare prima di adottare qualsiasi atto amministrativo:

- il rispetto dei tempi di realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria stabiliti dall'art. 15 della sopra citata convenzione in quanto la disposizione in parola è chiara laddove prevede che *“il mancato rispetto del termine di ultimazione della rete fognaria e idrica comporterà la risoluzione della presente convenzione”*, termine stabilito dalla medesima disposizione alla data del 31.5.2013. Ciò anche alla luce della circostanza per cui la disposizione in parola prescrive espressamente che *“il rilascio dei vari permessi di costruire è subordinato all'inizio dei lavori da parte del soggetto attuatore delle opere di urbanizzazione. Le opere di urbanizzazione primaria dovranno avere inizio entro il 28/02/2013 previo rilascio del relativo Permesso di Costruire”*;

- la sussistenza di eventuali inadempienze come disposto dall'art. 16 della convenzione;

- la sussistenza e la vigenza delle garanzie di cui agli artt. 18 e 19 della richiamata convenzione non richiamate né allegate alla stessa ma risulterebbe solo al permesso di costruire;

- l'eventuale intervenuta vendita o meno degli immobili del comparto *housing* sociale, anche tramite visure on-line che possono essere effettuate dall'Ufficio preposto anche senza conferire incarichi esterni tramite la consultazione dei siti specializzati (vd. Agenzia delle Entrate, Conservatoria dei registri immobiliari, Catasto).

Sul punto infatti la Corte di Cassazione ha avuto modo di statuire che l'omessa produzione della documentazione relativa all'agibilità costituisce inadempimento di non scarsa importanza del venditore, tale da legittimare pienamente il recesso della controparte (Cfr. **Cass. Civ., 2[^], 20.5.2020 n. 9226**).

Secondo un diverso orientamento, peraltro più severo di quello sopra citato, *“In materia di vendita d'immobile destinato ad abitazione integra l'ipotesi di consegna di aliud pro alio il difetto assoluto della licenza di abitabilità ovvero l'insussistenza delle condizioni necessarie per ottenerla in dipendenza della presenza di insanabili violazioni della legge urbanistica.*

Il venditore di un immobile destinato ad abitazione ha l'obbligo di consegnare all'acquirente il certificato di abitabilità, senza il quale l'immobile stesso è

incommerciabile; *la violazione di tale obbligo può legittimare sia la domanda di risoluzione del contratto, sia quella di risarcimento del danno, sia l'eccezione di inadempimento; tale violazione non è sanata dalla mera circostanza che il venditore, al momento della stipula, abbia già presentato una domanda di condono per sanare l'irregolarità amministrativa dell'immobile.”* (**Cass. Civ., 2[^], 30/01/2017, n. 2294**).

Ritenendo di aver assolto all'incarico affidatomi, nel restare disponibile per qualsiasi ulteriore chiarimento invio distinti saluti.

Avv. Luca Tozzi