

**ECC.MO CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE**

**Sez. IV – RG 10607/2015 – Udienza 10 maggio 2018**

**MEMORIA DI REPLICA**

nell'interesse del Sig. **BRUNO FALZEA** (avv.ti Ignazio Tranquilli e Lorenzo Coraggio)

**contro**

il **COMUNE DI GROSSETO** (Avv. Giovanni Gulina)

\* \* \*

**FATTO DIRITTO**

1.- Il Comune di Grosseto, con memoria depositata il 4 aprile 2018, ripropone le eccezioni preliminari già sollevate in primo grado e ritenute assorbite dalla sentenza impugnata, ovvero: difetto di giurisdizione del giudice amministrativo; inammissibilità del ricorso in quanto avente ad oggetto atti di natura non provvedimentale; inammissibilità del ricorso perché risolvendosi in un'istanza di riedizione autotutelativa del provvedimento.

1.1- Trattasi tuttavia di eccezioni che, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., l'Amministrazione resistente avrebbe dovuto sollevare a pena di decadenza entro il termine di costituzione in giudizio: ne deriva la loro insanabile tardività.

Peraltro, in grado d'appello il difetto di giurisdizione non è rilevabile d'ufficio, come afferma Parte avversaria, ma solo se dedotto con specifico motivo (nei suddetti termini di decadenza), ai sensi dell'art. 9, c.p.a..

In ogni caso, si deposita (doc. 1) decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 4093/2010, che in identica materia (decadenza di convenzione PEEP) ha espressamente dichiarato la sussistenza della giurisdizione amministrativa.

Non v'è infine alcuna norma o principio che affermi la (ex adverso affermata) rilevanza d'ufficio delle residue eccezioni preliminari.

2.- Nel merito, il Comune di Grosseto ribadisce la correttezza della decisione del TAR, laddove ha rilevato: che, trattandosi di contratto a favore di terzi, fosse onere del Sig. Falzea di richiedere la prestazione di fidejussione a garanzia del versamento degli acconti di prezzo (prevista dall'art. 8 della Convenzione): che a tale riguardo, il Comune non avesse alcun obbligo di vigilanza e/o di revoca della Convenzione.

2.1- Tale tesi – e invero appare singolare che il TAR non lo abbia rilevato - è tuttavia destituita di fondamento, stante il disposto inequivocabile dell'art. 8 della predetta Convenzione, ove si stabiliva quanto segue: “*Qualora il concessionario*

*stipuli contratti preliminari di vendita, il promittente acquirente **dovrà** essere garantito per eventuali insolvenze del concessionario, da una fidejussione bancaria o assicurativa [...] Copia della fideiussione **deve** essere inviata al Comune, il quale ne valuterà la congruità e la corrispondenza alla presente Convenzione.*

*Il versamento di acconti e/o di caparra è subordinato alla preventiva approvazione delle fideiussioni da parte dell'amministrazione comunale".*

È di tutta evidenza che non v'è alcuna previsione a carico del cittadino acquirente di **chiedere** all'interno dell'atto preliminare di compravendita la previsione della garanzia della fideiussione, essendo al contrario un obbligo/dovere ("dovrà") posto all'epoca dal Comune a carico dell'impresa costruttrice. Stante il dovere pubblicistico di vigilanza del rispetto dell'accordo con l'impresa costruttrice in capo al Comune, quest'ultimo aveva anche previsto a carico dell'impresa l'obbligo di inviare al Comune stesso la fideiussione stipulata in favore del cittadino acquirente per una valutazione di congruità rispetto alla Convenzione medesima.

In sintesi: il Comune concede all'impresa costruttrice il diritto di superficie di aree edificabili nel PEEP; per la realizzazione degli alloggi in tale area, l'impresa costruttrice dichiara che "*intende assumere i relativi impegni*" (pag. 4 penultima riga della Convenzione). Tra gli impegni previsti quelli indicati all'art. 8 comma 3 della predetta Convenzione; il mancato rispetto di tali impegni/obblighi previsti a carico del Comune comporta (art. 12 Convenzione) la risoluzione dell'atto di concessione con conseguente decadenza del diritto di superficie. Alcuna sanzione è prevista a carico dell'acquirente che non è parte contraente nella stipula della Convenzione; né alcun dovere di vigilanza/segnalazione poteva essere previsto in capo all'acquirente medesimo, essendo il Comune l'organo deputato alla verifica dell'adempimento ai propri obblighi da parte della Biemme Costruzioni, dovere di natura pubblicistica e non privatistica.

L'art. 12 della Convenzione prevedeva infatti: "*La violazione o l'inadempimento da parte del concessionario o i suoi aventi causa, degli obblighi di cui ai precedenti articoli, determina, in aggiunta all'applicazione delle sanzioni penali e amministrative previste dalle vigenti leggi e dai regolamenti comunali, le seguenti sanzioni:*

*A) Risoluzione dell'atto di concessione con conseguente estinzione del diritto di superficie:*

[...]

3 – qualora si riscontrino gravi inadempimenti delle clausole circa la vendita o la locazione degli alloggi”.

Proprio in virtù delle suesposte considerazioni, il Difensore Civico della Toscana nella nota del 30.5.2008 (cfr. Fasc. I° grado - doc. 39) deduce: “**...non solo il Comune avrebbe dovuto verificare l'esistenza della fideiussione, ma senza dubbio risulta verificatasi una delle ipotesi - a prescindere dal momento nel quale è intervenuto il fallimento della società - che consente di recuperare la proprietà dell'immobile tutelando in primo luogo l'interesse pubblico e, in via indiretta, le legittime aspettative dell'esponente”.**

Peraltro, poiché la fideiussione era prevista non solo a garanzia delle somme versate a titolo di acconto o di caparra, ma anche di eventuali anticipi successivamente versati (cfr. Conv., art. 8, cit.: *"Qualora il concessionario stipuli contratti preliminari di vendita, il promittente acquirente dovrà essere garantito per eventuali insolvenze del concessionario, da una fidejussione bancaria o assicurativa corrispondente all'importo delle somme versate a titolo di acconto e/o di caparra; ove vengano versati ulteriori anticipi, l'importo della fideiussione dovrà essere conseguentemente elevato"*), la circostanza che il Sig. Falzea, all'epoca della segnalazione trasmessa al Comune (1994) avesse già corrisposto quasi per intero l'importo pattuito per l'acquisto dell'alloggio, non valeva ad escludere l'obbligo del Comune di intervenire a tutela del promissario acquirente (mediante l'immediata risoluzione della Convenzione).

In ogni caso, risulta *per tabulas* che il Comune avesse fornito riscontro alla richiesta dell'attivazione dei poteri di vigilanza formulata dal ricorrente in data 12.12.1994 (v. nota prot. 09298D del 27.12.1994 - Fasc. II° grado, doc. 2) con la quale si faceva presente quanto segue: *“a) contestualmente all’invio della presente, la Soc. “Biemme Costruzioni S.N.C. di Bardi e Milani” è stata invitata a produrre copia della fideiussione bancaria o assicurativa prevista all’art. 8 della Convenzione repertorio n° 691 stipulata in data 6.9.1991 rogito Dott. A Marchio di Grosseto”*); ciò nonostante, il Comune stesso non perveniva ad alcuna determinazione sanzionatoria nei confronti del costruttore, venendo meno alla propria funzione pubblicistica di protezione degli acquirenti.

2.2- Pertanto, la circostanza che il ricorrente non avesse preteso tale ulteriore garanzia all'atto della stipula del contratto preliminare (onere, peraltro, che nessuna

disposizione convenzionale o codicistica poneva a carico dell'acquirente), non vale ad escludere o a rendere prive di conseguenze gli obblighi di stampo pubblicistico che la ditta costruttrice, in qualità di concessionaria, si era assunta nei confronti del Comune, né il corrispondente dovere di vigilanza dell'Ente territoriale.

Ciò è quanto a suo tempo correttamente evidenziato dal Difensore Civico della Toscana – ovvero un organo terzo - in altra nota del 23.7.2008 (cfr. Fasc. I° grado - doc. 42), ove lo stesso precisava che "*è necessario distinguere tra due differenti rapporti: quello tra la Biemme Costruzioni e Comune e quello tra Biemme Costruzioni e acquirente. Non vi è dubbio che una richiesta tardiva di garanzia fideiussoria non è efficace, ma appare altrettanto certo che la sottoscrizione di tale garanzia rappresentava una facoltà per l'esponente ma un obbligo per la ditta costruttrice che, non avendo provveduto, si è resa responsabile di una grave violazione della convenzione che avrebbe dovuto essere sanzionata da parte del Comune ai sensi dell'art. 12 della convenzione stessa*".

2.3- Risulta pertanto confermato che il Comune aveva il preciso onere di dichiarare la risoluzione della Convenzione, per violazione dell'obbligo del concessionario di prestare la fideiussione a garanzia di tutti promissari acquirenti (che ignoravano quest'obbligo ricadente sul concessionario e quindi non avrebbero dovuto e potuto esercitare questo diritto: infatti, nessuno dei 16 promissari acquirente è stato garantito dalla prestazione fideiussoria), ai sensi dell'art. 8 della Convenzione medesima.

La prestazione fideiussoria in sintesi era un obbligo gravante sul concessionario, un dovere di vigilanza da parte del Comune e il promissario acquirente non doveva esercitare alcun diritto per fare rispettare questa clausola convenzionale.

2.4- Si rende altresì opportuno ricordare che l'allora consigliere di minoranza, avv. Fabrizio Rossi, il 29.11.11 (cfr. Fasc. I° grado) aveva presentato un'interrogazione al Sindaco Emilio Bonifazi, con la quale chiedeva la risoluzione della Convenzione. Anche la nuova amministrazione comunale, con lettera riservata del 02.02.18, ha manifestato la volontà di addivenire alla risoluzione della convenzione, ma con modalità non percorribili perché in violazione alla convenzione stessa. A mezzo di legale il sig. Bruno Falzea (che in data 15.05.17 aveva già inviato al sindaco del Comune di Grosseto istanza di diffida – doc. 2), rispondeva con lettera del 09.03.18 (doc. 3). Il Comune di Grosseto, infine, in data 15.09.17 con comunicato (doc. 4) assumeva l'impegno di studiare la proposta di risoluzione della convenzione. Da

ultimo, anche il settimanale "Cronaca Vera" , in data 29.01.18 pubblicava un articolo (doc. 5) riguardante l'annosa vicenda.

Questa difesa si permette di sottolineare che anche una parziale riforma della sentenza di primo grado, limitata a tale specifico capo, al contrario di quanto sostenuto da controparte, rivestirebbe vitale importanza per l'appellante.

3.- Sotto diverso profilo, il Comune ritiene di condividere la tesi formulata dal TAR, secondo cui *"la risoluzione della convenzione in ipotesi di fallimento del concessionario prevista dall'art. 12, n. 5 della convenzione è destinata a trovare applicazione solo qualora il concessionario venga dichiarato fallito prima della integrale realizzazione dell'iniziativa e senza che sia garantita la realizzazione degli alloggi secondo le clausole della convenzione.*

*Nel caso di specie, il fallimento è intervenuto quando l'intervento (almeno la parte che riguarda il ricorrente e che è documentata in atti di causa) era stato ormai realizzato e risultavano da perfezionare solo i trasferimenti definitivi degli alloggi".*

3.1- In merito, la migliore confutazione deriva dalle argomentazioni svolte dalla Procura della Repubblica di Grosseto nella richiesta di archiviazione (si ripete: **per mera intervenuta prescrizione**) a carico del funzionario responsabile del procedimento.

Ivi, si legge che il funzionario *"non provvedeva nel senso di attivare la procedura per la risoluzione della convenzione malgrado che, ai sensi dell'art. 12 n. 5 della stessa, tale rimedio fosse espressamente previsto nel caso in cui "il concessionario venga dichiarato fallito prima dell'integrale realizzazione dell'iniziativa". Ora è evidente per la formulazione letterale della disposizione (che appunto parla di integrale realizzazione dell'iniziativa) per l'impianto sistematico delle norme (v. art. 8 che prevede l'estinzione della fideiussione soltanto con la stipula del definitivo) nonché per gli interessi pubblicistici sottesi alla stipula della convenzione (è evidente che interesse del comune non può essere altro che quello di vedere gli alloggi assegnati a persone in possesso dei requisiti per la concessione di alloggi PEEP e che solo con la stipula in favore di tali soggetti, e non soltanto con la materiale realizzazione delle opere edili, può considerarsi effettivamente realizzata l'iniziativa) non può non ritenersi che il comune avrebbe dovuto attivarsi nel senso di risolvere la convenzione. Peraltro, con riferimento a tale condotta omissiva del Comune di Grosseto..." (cfr. richiesta di archiviazione del 29.9.07; Fasc. I° grado -*

doc. 37).

Analogamente, nel decreto di archiviazione del medesimo procedimento ad opera del GIP (Fasc. I° grado, doc. 38) si legge: "*Quanto osservato nulla osta ad una tutela civile dell'opponente (in particolare, sotto forma di eventuale azione di risarcimento per la condotta della PA nell'esecuzione del contratto) ma soprattutto ad una tutela amministrativa opportunamente ed adeguatamente finalizzata a far valere il proprio interesse a che la PA eserciti la potestà di autotutela nel senso auspicato (anche mediante impugnativa del silenzio rifiuto)*".

Appare evidente che il concessionario nella fattispecie in esame era titolare di un *munus publicum*, e deputato non solo alla semplice realizzazione degli alloggi, ma anche alle operazioni successive funzionali alla realizzazione del Piano; non a caso, **l'art. 8 della Convenzione prevedeva l'estinzione della fideiussione solo con la stipula dei definitivi atti di compravendita.**

Il Comune aveva infatti il dovere di impedire l'acquisizione al compendio fallimentare degli immobili di edilizia pubblica e convenzionata, in quanto tali cespiti devono essere assegnati solo ai soggetti in possesso di determinati requisiti e non possono essere posti all'incanto con conseguente generica immissione sul mercato immobiliare (trattandosi di immobili venduti ad un prezzo predeterminato e calmierato, inferiore al prezzo di libero mercato).

Che tale soluzione fosse concretamente percorribile, è dimostrato da un'analogha vicenda che ha interessato il Comune di Covo (BG), cui si è dato risalto nel ricorso di primo grado (cfr. Fasc. I° grado - doc.ti 33, 34).

3.2- La sentenza impugnata è quindi meritevole di riforma anche sotto questo ulteriore profilo, ovvero nella parte in cui non ha rilevato che il fallimento della concessionaria era intervenuto prima della realizzazione del Piano e che tale circostanza vincolava il Comune a dichiarare la risoluzione della Convenzione, in applicazione dell'art. 12, punto 5) della stessa.

4.- Inoltre, il Comune di Grosseto sostiene che la domanda dell'odierno appellante volta alla condanna del Comune all'assegnazione in proprietà dell'alloggio a titolo di risarcimento del danno in forma specifica, sarebbe inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse, vantando questi "sul bene un titolo trascritto opponibile al Fallimento e ai creditori di questo", giusta la recente sentenza della Corte di Cassazione resa inter partes n. 8800/2016.

4.1- In realtà, tale decisione si limita a rinviare in Corte d'Appello in diversa

composizione, “*perché si pronunci sulla domanda di esecuzione in forma specifica dell’obbligo di concludere il contratto preliminare stipulato da Bruno Falzea con la Biemme Costruzioni s.n.c.*”: la posizione dell’odierno appellante non è pertanto definita, né è stato riconosciuto in via definitiva il suo status di proprietario.

5. – A conferma del comportamento quanto meno superficiale dell’Amministrazione comunale, si segnala che l’alloggio di un altro promissario acquirente, che aveva acquistato nella stessa area PEEP, sig. Nilo Bonfante, è stato oggetto di vendita libera all’asta.

\* \* \*

**P.Q.M.**

si insiste per l’accoglimento del presente gravame, con ogni conseguenza di legge e vittoria di spese.

Si deposita:

- 1) dec. Cons. Stato, Sez. IV, n. 4093/2010;
- 2) diffida Sig. Bruno Falzea 15.05.17;
- 3) lett. Sig. Bruno Falzea al Comune di Grosseto del 09.03.18;
- 4) comunicato stampa del Comune di Grosseto del 15.09.17;
- 5) articolo settimanale “Cronaca Vera” del 29.01.18.

Roma, 19 aprile 2018

(Ignazio Tranquilli)

(Lorenzo Coraggio)