



N. 1070/2009

Reg. Dec.

N. 8328 Reg. Ric.

Anno 2007

**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 Quarta)  
ha pronunciato la seguente

**DECISIONE**

sul ricorso in appello iscritto a NRG 8328 dell'anno 2007,  
proposto da GINO COSTRUZIONI S.R.L., in persona del suo  
Amministratore pro tempore, rappresentato e difeso dagli  
avvocati Paolo Monti, Giuseppe Greppi e Nicolò Paoletti, ed  
elettivamente domiciliati presso quest'ultimo in Roma, Via  
Barnaba Tortolini, n. 34;

**contro**

COMUNE DI MEZZOMERICO, in persona del Sindaco pro  
tempore, rappresentato e difeso dall'Avv Paolo Scaparone ed  
elettivamente domiciliato presso lo studio del dottor Gian  
Marco Grez in Roma, Lungotevere Flaminio, n. 46;

**per l'annullamento**

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale del  
Piemonte, Sezione I<sup>^</sup>, n. 2584 del 13 giugno 2007;

Visto il ricorso in appello;

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

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle

rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del *18 novembre 2008* il consigliere *Vito Carella* ;

Uditi l'avv. Paoletti e l'avv. Leone, su delega dell'avv. Scaparone;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

### **FATTO**

Il Sindaco del Comune di Mezzomerico, in veste di Responsabile del Servizio tecnico – urbanistico Comunale (come da delibera di Giunta n. 24 del 10 aprile 2007), acquisito il parere favorevole da parte della Commissione edilizia (reso nella seduta del 16 aprile 2007), con ordinanza assunta in data 17 aprile 2007, n. 9, annullava d'ufficio il permesso di costruire 8 luglio 2006 n. 11 - assentito alla Gino Costruzione s.r.l. per la realizzazione di abitazioni civili nell'ambito del PEC (piano esecutivo convenzionato) di via Cerea/Via Vario; inoltre, ingiungeva l'immediata cessazione dei lavori inerenti il citato permesso di costruire, con invito a presentare nuova istanza di concessione edilizia, emendata dalle difformità riscontrate, per :

“a- il ripristino della tipologia costruttiva del PEC approvato con deliberazione consiliare n. 04 in data 24.02.2005, e combinato art. 31, comma 4 delle NTA del vigente PRGC, che rappresentava un seminterrato di mt. 1,20 dal livello 0,000, e due piani superiori;

b- il mantenimento del rispetto della distanza delle recinzioni come prevista dall'art.19, comma 2 del NTA del vigente PRGC dalla strada comunale, la cui sezione deve essere di metri 6”.

Con la sentenza impugnata, il Tribunale Amministrativo Regionale in epigrafe indicato ha respinto il ricorso proposto dalla Società interessata per l'annullamento degli atti dinanzi illustrati, unitamente alla domanda introdotta di risarcimento danni ed alla delibera di Giunta 10 aprile 2007 n. 23, gravata per quanto di occorrenza (autorizzazione alla sottoscrizione di nuove polizze assicurative per amministratori e responsabili di servizio), rilevando:

A.- l'infondatezza della prima censura di incompetenza per violazione dell'art. 23, comma 53, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, che consente di ovviare ad eventuali carenze organizzative dei piccoli Comuni mediante l'affidamento di compiti burocratico-gestionali ad Amministratori comunali (nella specie, con attribuzione delle specifiche funzioni operative del Settore tecnico-urbanistico al Sindaco, come da citata delibera G.C. n. 24/10 aprile 2007, in relazione all'art.12 del regolamento organico, che conferisce alla Giunta Comunale il potere di individuare i Responsabili delle Aree funzionali);

B.- l'insussistenza del lamentato vizio di cui al secondo mezzo, posto che la G.C. n. 24/10 aprile 2007 è stata dichiarata immediatamente esecutiva, a nulla rilevando che l'affissione all'Albo Pretorio sia avvenuta in data successiva (n.d.r. 20

aprile 2007) a quella in cui il Sindaco ha assunto il provvedimento impugnato;

C.- la mancanza di pregio del terzo motivo, con riguardo all'art. 12 del Regolamento Organico (contratto di lavoro al Responsabile individuato e obbligo di preventiva comunicazione al Sindaco degli atti di autotutela adottati), atteso che l'attribuzione di Servizi e/o Uffici a componenti della Giunta è prevista direttamente dalla legge, senza prescrizione di alcun ulteriore requisito, donde è anche inutile che il Sindaco mandi a sé stesso la comunicazione preventiva per gli atti di ritiro da emettere;

D.- l'inconsistenza della quarta doglianza, per ventilato interesse personale e conseguente dovere di astensione ravvisato nella sottrazione di tempo all'attività di Sindaco a beneficio di quella di Responsabile del Servizio tecnico, nella considerazione che l'attività di Sindaco non è soggetta a prestazioni orarie minime e, comunque, non consta che al Sindaco individuato sia conferito un compenso particolare per le funzioni aggiuntive attribuite (Responsabile Servizio);

E.- l'erroneità della quinta lagnanza in quanto l'atto di autotutela è un provvedimento di secondo grado, soggetto a previa comunicazione di avvio del procedimento (n.d.r.: come avvenuto nella specie), la quale a sua volta garantisce all'interessato la possibilità di esercitare ogni diritto di partecipare al procedimento stesso, e non costituisce affatto un diniego di rilascio del permesso medesimo, tale da

comportare la previa comunicazione delle motivazioni relative;

F.- contrariamente a quanto dedotto con la sesta critica, il provvedimento di autotutela censurato rende adeguatamente conto sia dell'interesse attuale perseguito (necessità che venga rispettata la prescritta tipologia edilizia per tutte le costruzioni della zona), sia dell'avvenuto bilanciamento degli interessi (tentativi fatti di comporre la vertenza attraverso una modifica del progetto), sia delle illegittimità da cui era affetto il permesso di costruire ritirato (superamento delle altezze dei fabbricati stabilite dall'art. 31 NTA di PRG ed insufficienza della fascia di terreno di cui è prevista la cessione al Comune al fine di realizzare il prolungamento della strada comunale lungo il confine di proprietà per una sezione di mt.6).

G.- la non configurabilità del vizio di cui alla settima lamentela (contraddittorietà del ritiro in parola con la mancata adozione di un atto inibitorio della d.i.a. presentata il 16 gennaio 2007 per l'esecuzione del riporto di terreno in misura tale da alzare il piano di campagna di mt. 1,20 al fine di escludere la computabilità dei garages fra i piani rilevanti ai fini delle altezze) poiché la quota emergente va misurata dal piano di campagna originario;

H.- la mancanza di fondamento in fatto dell'ottavo motivo di censura, in considerazione che il provvedimento impugnato specifica chiaramente che devono essere interrotti i soli lavori previsti dal permesso annullato (n. 11/2006), non anche di tutti gli altri lavori in corso nel PEC (permesso di costruire n.

13/2006);

I.- l'insussistenza del nono motivo di ricorso (difetto di motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse al ritiro dell'atto) in precedenza evidenziate nella vicenda e, di conseguenza, la reiezione della domanda di risarcimento danni.

La ditta Gino Costruzioni s.r.l., con l'appello in esame, ha chiesto che il ricorso di primo grado sia accolto, a tale scopo parzialmente riproponendo - con diversa articolazione - le medesime censure del ricorso originario, nell'assunto che la costruzione di civile abitazione di cui al permesso di costruire ritirato n. 11/2006 sia stata realizzata in totale conformità al titolo, al piano esecutivo ed alla convenzione approvata dal Consiglio Comunale (e stipulata):al riguardo nel gravame sono state sviluppate le tesi di seguito esposte.

I. - Incompetenza del Sindaco sotto un duplice aspetto, quale responsabile del servizio tecnico ad adottare l'atto di autotutela ed, essendo stata affissa la relativa delibera all'Albo Pretorio il 20.10.2007, solo dopo tale data il provvedimento in discorso poteva essere portato in esecuzione, sicchè alla data del ritiro sussisteva anche tale radicale incompetenza sindacale.

II. - Legittimità degli atti annullati in sede di autotutela, che, oltretutto, trova limite nel consolidamento della posizione acquisita dal soggetto privato il quale ha confidato nella regolarità dell'atto rimosso, sotto un doppio profilo:

a.- regolarità di altezza della costruzione fuori piano, secondo le norme di strumento urbanistico ed in sé, perché si tratta pur sempre di edificio di due piani abitabili che, anziché avere come piano seminterrato non abitabile un'altezza di mt. 1,20, ha mt. 2,40 (censure rubricate sub A1 e B dell'atto di appello);

b. - nella prospettazione relativa all'allargamento e prolungamento di Via Cerea (motivi annotati sub A2-C dell'atto di appello) si assume - in sintesi - che il PEC avrebbe preso a riferimento gli attuali confini catastali di proprietà (coincidenti con l'asse stradale), che sono rimasti immutati e come tali devono costituire punto di partenza per la futura realizzazione della Via Cerea, rispetto ai quali va assicurato l'arretramento di mt. 3 (solo per tale parte da cedere), salvo esproprio del metro in più rivendicato dal Comune (da 3 a 4) ovvero imposizione di obbligo di cessione a carico di altro operatore (n.d.r. frontistante).

Il Comune appellato si è costituito anche nella presente fase del giudizio ed ha confutato le tesi avverse, in particolare per quanto attiene: l'incompetenza del Sindaco, l'altezza massima realizzabile di "2 piani abitabili fuori terra", la larghezza della strada prevista dal PEC con una sezione minima di 3 mt per corsia e quindi per un tracciato complessivo di 6 mt., l'anomalia di una villetta a tre piani in un contesto di zona a due livelli massimo fuori terra.

Con decisione interlocutoria n. 2929 del 2008 sono stati disposti incumbenti istruttori, adempiuti dell'Amministrazione

riferente.

Le parti hanno depositato numerosi documenti (compresa da parte della società appellante una perizia asseverata e varie memorie (da ultimo sotto la data del 7.11.2008).

All'udienza pubblica del 18 novembre 2008 la causa è stata posta in decisione.

### **DIRITTO**

**1.** – Nel presente giudizio, sono controversi immediata cessazione dei lavori ed annullamento d'ufficio di permesso di costruire edificio per civile abitazione con non più di “due piani abitabili” fuori terra (secondo le N.T.A.) mentre ne sono stati realizzati tre (secondo il progetto originariamente assentito), computando però il piano terra di altezza mt. 2,40 adibito a “gareges”; nonché, corretto computo dei tre metri da cedere (lungo tutto il fronte) per la realizzazione della strada comunale prevista dal PEC in mt. 6 (secondo la nuova linea di mezzeria e non da quella del tracciato esistente).

All'esito delle acquisizioni istruttorie disposte dalla Sezione, come da decisione interlocutoria n. 2929 del 2008, e dei vari depositi documentali effettuati dalle parti, l'appello merita di essere respinto siccome infondato.

**2.** – Come da esposizione in fatto, l'appello è affidato a tre articolati motivi di censura, attraverso i quali – sostanzialmente riproponendo in buona parte i mezzi già svolti in primo grado (tranne taluni profili secondari) – si tenta di confutare la legittimità dell'autotutela ravvisata dai primi

giudici.

Le tematiche di causa vanno circoscritte nelle questioni nodali così di seguito compendiate :

a. – competenza del Sindaco di Mezzomerico nell’assumere le funzioni di responsabile del settore tecnico-urbanistico comunale (ai sensi dell’art. 53, comma 23, della legge 23 dicembre 2000, n. 388), anche perché (asseritamente) la delibera di giunta attributiva dell’incarico non poteva avere esecuzione anteriore alla sua affissione all’Albo Pretorio;

b.- analisi della previsione urbanistica relativa all’altezza massima degli edifici (segnatamente art. 31 N.T.A. ed altre collegate) in “due piani abitativi fuori terra”, salvo piano seminterrato non abitabile e non computabile se di altezza fuori terra non superiore a mt. 1,20m (nel concreto, è stato realizzato un piano terra adibito a garages di altezza mt. 240, oltre ai due piani abitabili);

c.- consistenza dell’area da cedere per l’allargamento e prolungamento di Via Cerea, prevista dal PEC (piano esecutivo convenzionato).

**3.** – Prioritario è l’esame delle questioni di appello incentrate sulla competenza sindacale.

Con un primo profilo viene reiterata la censura con cui si sostiene l’incompetenza del Sindaco di Mezzomerico ad adottare (ovvero ritirare in autotutela) provvedimenti in materia edilizio-urbanistico, atti di gestione a competenza dei dirigenti.

Questo motivo è infondato, alla stregua di specifico precedente di questo Consiglio (V, 6 marzo 2007, n. 1052), dal quale non vi è ragione per discostarsi ed al quale si rinvia, ai sensi dell'art. 9 della legge 21 luglio 2000, n. 205.

Infatti, come correttamente ritenuto dai primi giudici, l'articolo 53, comma 23, della legge n° 388 del 23-12-2000 ha previsto che gli enti locali con popolazione inferiore a cinquemila abitanti, anche al fine di operare un contenimento della spesa, possano adottare disposizioni regolamentari organizzative, se necessario anche in deroga a quanto disposto all'articolo 3, commi 2, 3 e 4, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, e all'articolo 107 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, attribuendo ai componenti dell'organo esecutivo la responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere di adottare atti anche di natura tecnica gestionale: il contenimento della spesa deve essere documentato ogni anno, con apposita deliberazione, in sede di approvazione del bilancio.

Nella specie, non è in contestazione che il Comune di Mezzomerico ha una popolazione inferiore ai cinquemila abitanti e che, con delibera n. 24 di Giunta del 10 aprile 2007, ha provveduto ad attribuire all'organo esecutivo le competenze previste dal T.U.E.L. per i dirigenti.

Afferma ancora la società appellante, anche se per la verità non a chiare note, che tale delibera sarebbe illegittima in quanto la norma della legge 388 richiederebbe un apposito

regolamento.

Tali profili di censura giustamente non sono stati ritenuti suscettibili di accoglimento dal giudice di prime cure.

Le disposizioni regolamentari organizzative cui fa riferimento la norma non necessariamente indicano l'approvazione di un regolamento, e, in ogni caso, ai sensi dell'art 48 del T.U.E.L. è altresì di competenza della Giunta l'adozione dei regolamenti sull'ordinamento degli uffici e dei servizi: nella specie, la Giunta di Mezzomerico ha fatto corretta applicazione dell'art. 12 del Regolamento organico, il quale le attribuisce il potere di individuare i Responsabili comunali delle aree funzionali che il Sindaco poi nomina.

Il rispetto di questi criteri generali stabiliti per l'organizzazione degli uffici comunali la cui violazione peraltro non è stata oggetto di specifiche censure, e la deroga di attribuzione in capo ad amministratori comunali prevista espressamente dalla legge, senza ulteriore discrezionalità se non sull'*an*, portano dunque ad escludere la necessità di ulteriori criteri generali.

Propugna ancora la società appellante l'illegittimità del citato provvedimento (GM. N. 24 del 10 aprile 2007) di preposizione del Sindaco al Servizio tecnico-urbanistico comunale, in quanto – pur se dichiarato immediatamente esecutivo – non poteva trovare applicazione prima della sua affissione all'Albo Pretorio comunale (avvenuta il 20 aprile 2007).

Tale profilo di censura è stato ritenuto dal TAR non

suscettibile di accoglimento in relazione al mero valore di pubblicità – notizia rappresentato dall'affissione.

Tale statuizione va ritenuta esente dai rilievi mossi.

Infatti – come è noto – la pubblicazione dell'atto amministrativo quando è prescritta, non costituisce requisito di validità ma solo di efficacia del provvedimento, la quale attiene al diverso fenomeno della produzione degli effetti che si realizza quando si è perfezionato l'iter procedimentale (estrinseco) previsto per la formazione dell'atto.

Nella specie – tuttavia – come consentito dall'Ordinamento – la Giunta Comunale ha dichiarato la sua deliberazione n. 24/2007 immediatamente esecutiva, con ciò rimuovendo ogni impedimento estrinseco alla produzione degli effetti di detto atto (ovvero della sua temporanea inefficacia o – meglio – inoperatività in pendenza dell'affissione).

Peraltro, la pubblicazione delle deliberazioni comunali all'Albo Pretorio ha solo funzione strumentale di conoscenza legale dell'atto, tale da rendere possibile la presentazione di eventuali reclami ed opposizioni o ricorsi all'organo di controllo, all'Amministrazione stessa e all'Autorità Giudiziaria. Indipendentemente, dunque, da ogni altra considerazione, merita qui richiamare la regola generale in forza della quale, in assenza di comunicazione/notificazione all'amministrato ( nel concreto, però effettuata dal Comune), deve annettersi valore alla piena conoscenza che, in via oppositiva (circa la tempestività del gravame), va provata da chi eccepisce

l'irricevibilità (anche, eventualmente sulla base di fatti concludenti): ciò nel senso che il vizio denunziato (postuma affissione rispetto all'immediata esecuzione) comunque non si può tradurre in invalidità dell'atto censurato, non è refluito sull'efficacia dell'atto stesso perché la pubblicazione è avvenuta il successivo 20 aprile, non è stato di ostacolo alla ditta ricorrente per far valere le proprie ragioni sostanziali nella sede giudiziaria.

Conclusivamente – su questi punti – la sentenza impugnata deve essere completamente confermata.

**4.** – Possono ora essere affrontate le questioni dedotte, la prima delle quali è quella relativa all'altezza della costruzione, eseguita in tre piani fuori terra (un piano garages a livello di campagna e due ulteriori piani abitabili) laddove l'art. 31, comma 4, dalle N.T.A. al P.R.G. assume a parametro specifico di altezza massima – per le zone C2 individuate – “2 piani abitabili fuori terra”.

L'assunto della società appellante è – in estrema sintesi – nel senso che la palazzina realizzata, conformemente al permesso di costruire, ha unicamente due piani abitabili, e non tre in quanto il piano garage di h. 2,40 non è abitabile e, quindi, non è applicabile l'art. 16, comma 16 delle N.T.A., bensì l'art. 16, comma 18; inoltre, l'art. 18 della convenzione consente di modificare le altezze dei fabbricati, senza che ciò comporti variante al PEC.

Va sul punto rammentato in linea di fatto che

l'Amministrazione, nel provvedimento di autotutela, si è richiamata alla tipologia costruttiva prevista dal PEC in combinazione all'art. 31, comma 4, delle NTA al PRG in vigore, risoluzione avallata dal TAR che ha concluso per la illegittimità in questa parte del permesso di costruire legittimamente perciò rimosso.

Anche questa doglianza deve essere disattesa.

Infatti, si è già detto come l'art. 31, comma 4 delle NTA, che disciplina le zone C2 soggette a strumenti urbanistici esecutivi, prevede – per la zona in contestazione – un'altezza di “2 piani abitabili fuori terra”; invece, l'art. 16, punto 16 delle stesse NTA, il quale dà la definizione di “numero dei piani della costruzione”, stabilisce che “Il numero dei piani della costruzione è il numero dei piani abitabili o agibili – compresi quelli formati da soffitte e da spazi sottotetto che posseggano i requisiti tecnico-funzionali per essere considerati tali – e di quelli seminterrati il cui livello di calpestio sia, anche solo in parte, fuori terra rispetto ad uno qualunque dei fronti dell'edificio, con esclusione di rampe, scale e viabilità privata di accesso ai piani interrati.

Dal computo del numero dei piani sono esclusi quelli il cui livello di calpestio risulti interamente interrato e che non emergano dal suolo per più di 1,20 m, misurati dal più alto dei punti dell'intradosso del soffitto o al più basso dei punti delle linee di spiccatto perimetrali (come definiti al quinto comma del punto 17) nonché gli eventuali soppalchi”.

Deriva da ciò l'inconferenza del richiamo operato dalla ditta appellante al successivo punto 18 dello stesso art. 16 NTA che si limita a dire che "l'altezza della costruzione misurata in mt (m), è la massima tra quelle delle fronti, determinate ai sensi del precedente punto 17".

Semmai, poiché nella fattispecie è controverso un piano garage fuori terra, è piuttosto da considerare pertinente l'art. 17, punto 4 delle N.T.A. , il quale – spiegando che "i volumi destinati a locali accessori, autorimesse private, centrali termiche, magazzini, depositi, anche separati dall'edificio principale, aventi altezza interna (media) non superiore a m 2,50, e comunque non aventi requisiti di abitabilità o usabilità per laboratori, uffici, mense, locali ed esercizi pubblici, nonché i volumi tecnici, non rientrano nel computo della volumetria" – esclude i garages fuori terra solo dalle volumetrie, e non anche dalle altezze.

La società appellante lamenta pure che l'art. 31, comma 4, citato prescrive come unico parametro l'altezza massima di due piani abitabili fuori terra, senza richiamo alcuno al numero di piani di cui al ricordato art. 16, punto 16, mentre l'art.3 delle norme specifiche d'attuazione parla di una "Hmax (altezza massima) 2 piani f.t." e l'art. 18 della convenzione consente di modificare le altezze dei fabbricati senza che ciò comporti variante al P.E.C..

Orbene, va al riguardo osservato che questo processo argomentativo è del tutto irrilevante perché le disposizioni

della convenzione non possono andare disgiunte da un'interpretazione in coordinamento al quadro normativo urbanistico-edilizio in vigore nel Comune di Mezzomerico (NTA di PRG e PEC): invero, le NTA sopra citate autorizzano una costruzione in elevazione di due piani abitabili fuori terra, salvo scantinato di mt. 1,20 massimo sul livello di campagna; lampante è l'obiettivo perseguito dalla tipologia costruttiva del PEC, caratterizzato da un contesto abitabile di case basse e che esclude locali commerciali e artigianali o quant'altro ai piani fuori terra (cfr. art.8 norme specifiche d'attuazione); le deroghe al PEC, che non ne comportano variante, a termini dell'art. 18 della convenzione, vanno correttamente intese in quelle disciplinate dall'art. 10 delle Norme Specifiche d'Attuazione (NSA) previste dal PEC, con riguardo alle tipologie previste di cui al precedente art. 8 (abitazioni isolate, abitazioni a schiera, abitazioni in linea, piccole palazzine) rispetto ai corpi edilizi pianificati con il PEC (cfr art. 3 NSA), nel caso di loro accorpamento o separazione, ma non implicanti affatto una deroga generalizzata delle altezze tale da alterare il rispetto della realtà edificata del territorio circostante a "2 piani f.t.", come recita l'art.3 delle N.S.A., o, come parla la relazione illustrativa al PEC, in "2 piani abitabili fuori terra".

Le tesi addotte dalla società appellante vanno quindi respinte, anche per le ulteriori considerazioni di seguito esposte in risposta alla ventilata indifferenza tra un seminterrato di mt.

1,20 o 2,40 nonché alla ininfluenza di un'autorimessa collocata dentro o fuori terra.

Come è noto, la realizzazione di autorimesse e parcheggi, se non effettuata totalmente al di sotto del piano di campagna naturale (interrati secondo il citato art. 26 N.T.A), è soggetta alla disciplina urbanistica dettata per le ordinarie nuove costruzioni fuori terra (Con.St., IV, 11 novembre 2006, n. 6065; V, 29 marzo 2004, n. 1662).

Stabilisce, infatti, l'art. 9 della legge 24.3.1989, n. 122 che "i proprietari di immobili possono realizzare nel sottosuolo degli stessi ovvero nei locali siti al piano terreno dei fabbricati parcheggi da destinare a pertinenza delle singole unità immobiliari anche in deroga agli strumenti urbanistici ed ai regolamenti edilizi vigenti".

La norma continua disponendo che tali parcheggi possono essere realizzati, ad uso esclusivo dei residenti, anche nel sottosuolo di aree pertinenziali esterne al fabbricato purché non in contrasto con i piani urbani del traffico, tenuto conto dell'uso della superficie sovrastante e compatibilmente con la tutela delle risorse idriche.

In base alla norma ora riportata, i predetti parcheggi devono essere realizzati, se non vengono a ciò adibiti i locali del piano terra di un fabbricato, o nel sottosuolo dello stesso fabbricato ovvero nel sottosuolo di un'area pertinenziale esterna (V, n. 1662/04 citata).

Le autorimesse in questione, pertanto, non rientrando

nell'ambito di operatività dell'art. 9 della legge n. 122 del 1989 ora riportato, in base alla quale, se si tratta di costruzioni nel sottosuolo, è possibile la loro realizzazione anche in contrasto con le norme urbanistiche relative alla zona (non con quelle paesaggistiche), sono soggette alla disciplina urbanistica generale come ordinarie nuove costruzioni (cfr. in argomento Cons. St., IV, 26 settembre 2008 n. 4645).

A tale scopo, le disposizioni richiamate dal Comune di Mezzomerico, se abilitano certo a non considerare i volumi relativi ad autorimesse collocate fuori terra, tuttavia non consentono di andare in eccesso al limite di altezza stabilito dalle norme tecniche di attuazione in 2 piani f.t., abitabili o meno che siano.

Deve dunque concludersi per la computabilità del piano autorimessa, nella specie, pacificamente non interrato e realizzato completamente fuori terra (Cons. St., IV, 29 gennaio 2008, n. 271)

**5.** -Va disatteso – infine – anche l'ultimo vizio dedotto, relativo alla larghezza di via Cerea, secondo il quale il TAR avrebbe erroneamente condiviso la replica del Comune, incentrata sul fatto che i tre metri da cedersi vanno computati dalla mezzeria del tracciato previsto dal PEC e non da quella del tracciato esistente.

L'inconsistenza giuridica delle circostanze affermate dalla società appellante si manifesta tutta nella considerazione che si sta scorrendo della realizzazione di una strada comunale

prevista dal PRG e dal PEC in due carreggiate di tre metri e per un tracciato complessivo di mt. 6, mentre il permesso di costruire assentito ed annullato ha pianificato l'esecuzione di una strada di 5 mt di larghezza (circostanza addotta dal Comune e non contrastata) e, di conseguenza, lasciando non completa la strada comunale di nuovo allargamento e prolungamento.

Dirimendo il contrasto sul punto, va rilevato che - in conformità alle previsioni del PEC di cessione al Comune di aree per la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria, tra l'altro per la viabilità "di sezione pari a m.6" - la convenzione, per quanto qui rileva, ha previsto la cessione gratuita di mq. 1.136,00 circa per strade e la loro esecuzione diretta a carico dei proponenti quali oneri di urbanizzazione "per quanto riguarda le nuove strade ed i parcheggi secondo il progetto di massima allegato (tav.3)..... Le opere di urbanizzazione dovranno essere conformi per dimensioni e caratteristiche, a quanto previsto dal PEC e dagli specifici progetti esecutivi approvati dal Comune".

Pertanto, giustamente i primi giudici hanno respinto anche questo mezzo di ricorso perché la convenzione, liberamente sottoscritta dalle parti e contenente l'obbligo a carico dei proponenti di realizzare le opere in essa specificatamente indicate, integra un accordo consensualmente pattuito nell'esercizio dell'autonomia negoziale retta dal Codice Civile (Cons. St. V, 10 gennaio 2003 n. 33) che non può essere

modificato unilateralmente dal privato.

Fatta questa necessaria precisazione, deve subito sottolinearsi che – nel versante autoritativo pubblicistico – il PEC ha indicato in mt. 6 il tracciato comunale di via Cerea e – sul piano privatistico negoziale – il concessionario si è impegnato a realizzarla secondo le indicazioni del progetto preliminare.

Il contrasto in esame trova – dunque – dirimente soluzione in questo spaccato della questione sostanziale: l'obbligo a consegnare una strada di mt. 6, a nulla rilevando le alchimie argomentative (del metro in più o in meno e a chi debba fare carico) svolte dalla società appellante, le quali non sono in grado di contrastare la correttezza delle pertinenti conclusioni cui è pervenuto il TAR.

**8.** – Da tutte le considerazioni che precedono in ordine alle doglianze introdotte dalla società appellante consegue evidente l'illegittimità della concessione edilizia oggetto di impugnazione in primo grado e l'esattezza di soluzione data dai primi giudici sull'atto di ritiro in autotutela disposto dall'Amministrazione Comunale.

L'appello non può pertanto che essere totalmente respinto.

Tuttavia, per la complessità stessa della vicenda, sussistono le giuste ragioni per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite.

**P.Q.M.**

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando, respinge l'appello in epigrafe

proposto dalla società Gino Costruzioni s.r.l..

Compensa le spese di lite.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, il *18 novembre 2008*, presso la Sede del Consiglio di Stato, Palazzo Spada, nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei signori Magistrati:

Giovanni VACIRCA                      Presidente

Giuseppe ROMEO                      Consigliere

Anna LEONI                              Consigliere

Bruno MOLLICA                      Consigliere

Vito CARELLA                          Consigliere, est.

L'ESTENSORE                              IL PRESIDENTE  
Vito Carella                                  Giovanni Vacirca

IL SEGRETARIO  
Rosario Giorgio Carnabuci

***Depositata in Segreteria***

**II 23/02/2009**

(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)

Per il / Il Dirigente

Sig.ra Maria Nusca