

N. 04696/2014REG.PROV.COLL.
N. 01402/2014 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1402 del 2014, proposto da:
Felicioni Mario Titolare Omonima Impresa Individuale, rappresentato e
difeso dagli avv.ti Nicola Maria Tamburro, Alessia Carretta, con
domicilio eletto presso Nicola Di Pierro in Roma, via Tagliamento 55;

contro

Comune di Castiglione della Pescaia, in persona del Sindaco p.t.,
rappresentato e difeso dall'avv. Daniele Falagiani, con domicilio eletto
presso Studio Lessona in Roma, via Vittorio Emanuele II, 18;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Toscana - Firenze: Sezione I n.
01756/2013, resa tra le parti, concernente silenzio serbato
dall'amministrazione su istanza di dichiarazione di pubblica utilità delle
opere eseguite.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Castiglione della Pescaia;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2014 il Cons. Nicola Russo e uditi per le parti gli avvocati Alessia Carretta, Nicola Maria Tamburro e Daniele Falagiani;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Tra il 1964 e il 1978 il geom. Felicioni Mario, allora soggetto lottizzante, realizzava opere di urbanizzazione in eccedenza rispetto al piano di lottizzazione "Poggio delle Trincee" con lo scopo - stando a quanto afferma parte resistente - di rafforzare la propria aspettativa alla promozione urbanistica della proprietà. Tale aspettativa veniva successivamente frustrata dalla strumentazione urbanistica approvata dal Comune che non riconosceva l'edificabilità dell'area.

Ritiene parte appellante che tali opere siano state e siano indebitamente utilizzate dal Comune e, pertanto, in data 5 dicembre 2011 il geom. Felicioni Mario notificava al Comune atto di diffida e messa in mora con il quale invitava l'Amministrazione a riconoscere e dichiarare se opere e prestazioni dallo stesso eseguite su terreni di propria proprietà o di terzi fossero di pubblica utilità, chiedendo che in tal caso il Comune provvedesse all'acquisizione sanante prevista dall'art. 42 *bis* del D.P.R.

n. 327/2001 e alla corresponsione del relativo indennizzo *ex lege* previsto.

Successivamente, intercorrevano tra il Felicioni e l'Amministrazione una serie di contatti volti a raggiungere una soluzione bonaria della controversia e si giungeva ad una delibera della Giunta Comunale che riteneva meritevole di accoglimento la proposta formulata dal Felicioni.

Ciò nonostante, il Felicioni, ritenuto che comunque il Comune non avesse assunto alcun atto di riconoscimento dell'indebito utilizzo dei terreni e delle opere di sua proprietà ed ogni ulteriore provvedimento previsto dall'art. 42 *bis* cit., proponeva ricorso al T.A.R. Toscana n. 1994/2012.

Con il ricorso il Felicioni chiedeva:

a) la dichiarazione di illegittimità del silenzio mantenuto dal Comune di Castiglione della Pescaia sulla domanda formulata dal ricorrente diretta ad ottenere il riconoscimento o meno della pubblica utilità delle opere e delle prestazioni eseguite dal Comune e dallo stesso ricorrente sui terreni di sua proprietà o di proprietà di terzi, nonché per ottenere il giusto corrispettivo secondo i criteri e le modalità stabilite dall'art. 42-*bis* del D.P.R. n. 327/01, come modificato per effetto del D.L. n. 98/11 convertito in L. n. 111 del 2011;

b) il riconoscimento dell'esecuzione, da parte del ricorrente, delle opere finalizzate al soddisfacimento di interessi pubblici o di pubblica utilità sui terreni di sua proprietà e/o di terzi, opere e terreni di fatto indebitamente utilizzati dal Comune di Castiglione della Pescaia e mai acquisiti al patrimonio indisponibile comunale mediante procedimento di esproprio o dichiarativo di pubblica utilità;

c) l'accertamento dell'obbligo del Comune di Castiglione della Pescaia di provvedere all'acquisizione o meno al patrimonio pubblico di tutti i terreni di proprietà del ricorrente e delle relative opere, eseguite sempre dal ricorrente, e finalizzate al soddisfacimento di interessi generali e/o di pubblica utilità, così come stabilito dall'art. 42-*bis* del D.P.R. 327/2001;

d) la condanna, in tesi, del Comune di Castiglione della Pescaia a riconoscere la pubblica utilità dei beni e dei terreni di proprietà del ricorrente o dal medesimo realizzati ed a corrispondere al ricorrente, il corrispettivo dovuto ai sensi dell'art. 42-*bis* del D.P.R. 327/01, per tutte le opere di interesse pubblico e/o di pubblica utilità dal medesimo eseguite su terreni di sua proprietà o di terzi, ivi compreso il valore commerciale dei terreni, secondo i prezzi correnti, nonché un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale dal ricorrente subito, da liquidarsi forfettariamente nella misura del 10% del valore venale dei beni e delle opere, e comunque nel rispetto dei criteri statuiti dalla legge 327/01; e, in ipotesi subordinata, il riconoscimento del diritto del ricorrente ad ottenere la restituzione di tutti i terreni a tutt'oggi occupati ed utilizzati per opere di interesse generale, mai acquisite nei modi di legge al patrimonio pubblico, con conseguente condanna del Comune di Castiglione a restituire detti terreni ed a risarcire al ricorrente tutti i danni sia per l'illecita utilizzazione di detti terreni, sia delle opere dal medesimo realizzate nell'interesse della collettività.

Con sentenza n. 1756/2013 il T.A.R. Toscana, non definitivamente pronunciando,

1) dichiarava inammissibili e infondate le domande volte all'accertamento della illegittimità dell'inerzia serbata dal Comune di Castiglione della Pescaia sulla diffida del 5 dicembre 2011, nonché al riconoscimento della pubblica utilità delle opere realizzate sui terreni di proprietà del ricorrente e alla condanna dell'amministrazione resistente ad acquistare i fondi illegittimamente occupati e corrispondere quanto dovuto a norma dell'art. 42-*bis* del D.P.R. n. 327/2001;

2) disponeva la conversione del rito e la prosecuzione del giudizio nelle forme ordinarie sulla domanda di condanna restitutoria proposta dal ricorrente in via subordinata.

Avverso il primo capo della sentenza, il Felicioni propone ora ricorso in appello di fronte a questo Consiglio, articolando due motivi di appello.

Con il primo motivo l'appellante sostiene l'erroneità della sentenza gravata laddove non ha riconosciuto l'obbligo per il Comune di assumere le proprie determinazioni *ex art 42 bis cit.*, ferma restando la discrezionalità dell'Amministrazione stessa con riferimento alla dichiarazione o meno dell'“*utilitas*” delle opere.

Con il secondo motivo di appello, il Felicioni contesta la sentenza del Tar laddove ha dichiarato “inammissibile la domanda di accertamento della *utilitas* e dell'arricchimento conseguito dal Comune resistente attraverso il godimento dei terreni di proprietà del sig. Felicioni, la quale appartiene alla giurisdizione del G.O. ed è coperta dal giudicato formatosi per effetto della sentenza della Corte di cassazione n. 3322 del 12.2.1010”.

Si è costituito in giudizio il Comune chiedendo il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza gravata.

Alla camera di consiglio del 29 aprile 2014 la causa è stata spedita in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello il Felicioni chiede la riforma della sentenza gravata laddove non ha riconosciuto l'obbligo per l'amministrazione di iniziare e concludere il procedimento, sollecitato dall'appellante, e volto ad effettuare la valutazione amministrativa discrezionale consistente nella scelta fra l'acquisizione autoritativa dell'immobile secondo la disciplina di cui all'art 42 *bis* cit., da una parte, e l'opzione in favore della soluzione restitutoria e risarcitoria regolata dal diritto comune, dall'altra.

Il Tar ha sul punto ritenuto che non si sia in presenza di un silenzio-inadempimento in quanto, con riferimento al procedimento de quo, non sussisterebbe in capo all'Amministrazione un obbligo giuridico di provvedere.

Il motivo di appello merita accoglimento.

L'art. 42 *bis*, come già in precedenza evidenziato da questo Consiglio di Stato riguardo all'analoga ratio dell'art. 43 (Sez. IV, 16 novembre 2007, n. 5830), è stato emanato per consentire una legale via di uscita per i casi in cui una pubblica amministrazione avesse occupato senza titolo un'area di proprietà privata, in assenza di un valido ed efficace decreto di esproprio.

L'articolo in questione, inserito nel Testo unico degli espropri dal decreto legge 6 luglio 2011, n. 98 (art. 34) ha dunque reintrodotta, con diversa disciplina, il potere discrezionale già attribuito dall'art. 43: l'amministrazione - valutate le circostanze e comparati gli interessi in

conflitto - può decidere se demolire l'opera e restituire l'area al proprietario, oppure se disporre l'acquisizione.

L'art. 42 *bis* prevede infatti, al comma 1, che l'Amministrazione, valutati gli interessi in conflitto, possa disporre, con formale provvedimento, l'acquisizione del bene, con la corresponsione al privato di un indennizzo per il pregiudizio subito, patrimoniale e non patrimoniale.

Il potere di disporre l'acquisizione *ex* art. 42 *bis* del d.p.r. 327/2001 è espressione del più generale potere di amministrazione attiva che compete agli enti pubblici cui il giudice amministrativo non può sostituirsi al di fuori dei casi di giurisdizione estesa al merito. La valutazione degli interessi in gioco e la conseguente decisione in ordine all'acquisizione o alla restituzione del bene rimane quindi nella sfera di discrezionalità dell'amministrazione (cfr. Cons. St., sez. IV, 16 marzo 2012, n. 1514).

La scelta tra la possibilità di procedere all'acquisizione sanante o alla restituzione del bene deve infatti derivare da una valutazione comparativa degli interessi in gioco, valutazione che spetta unicamente all'Amministrazione.

La sentenza gravata, ha quindi correttamente sottolineato il carattere altamente discrezionale della scelta spettante all'Amministrazione, non potendo il giudice condannare il Comune all'adozione di un atto specifico riconoscendo la fondatezza della pretesa sostanziale di parte ricorrente.

Tuttavia, il Tar ha errato laddove ha ritenuto insussistente un obbligo di provvedere.

Infatti, l'occupazione *sine titulo* di beni immobili appartenenti a privati è una situazione di fatto del tutto contrastante con quella di diritto e l'Amministrazione deve tempestivamente adoperarsi per ripristinare una situazione di legalità.

“Il privato può dunque legittimamente domandare o l'emissione del provvedimento di acquisizione o, in difetto, la restituzione del fondo con la sua riduzione in pristino. Nell'attuale quadro normativo, le Amministrazioni hanno infatti l'obbligo giuridico di far venir meno -- in ogni caso -- l'occupazione "*sine titulo*" e, quindi, di adeguare comunque la situazione di fatto a quella di diritto. La P.A. ha due sole alternative: o restituisce i terreni ai titolari, demolendo quanto realizzato e disponendo la completa riduzione in pristino allo "*status quo ante*", oppure deve attivarsi perché vi sia un legittimo titolo di acquisto dell'area. Quello che le amministrazioni non possono pensare di continuare fare è restare inerte in situazioni di illecito permanente connesso con le occupazioni usurpative”. (Cons. St., sez. IV, 26 marzo 2013, n. 1713)

Nel caso di specie è pacifico che il Comune stia utilizzando senza titolo beni presenti su terreni di proprietà altrui. L'amministrazione ha quindi l'obbligo di restituire i beni illecitamente occupati, oppure, di acquisirli al proprio patrimonio ritenendo sussistenti le condizioni per procedere *ex art. 42 bis*.

Il fatto che tali opere non siano state realizzate dall'Amministrazione ma dal privato stesso, non fa venir meno l'applicabilità delle disposizioni dell'art. 42 *bis* che, come si è detto, nelle intenzioni del legislatore vuole rappresentare una legale via di uscita per tutti i casi in cui una pubblica

amministrazione avesse occupato senza titolo un bene di proprietà privata, in assenza di un valido ed efficace decreto di esproprio. A conferma della generale applicazione dell'art. 42 *bis* può citarsi il fatto che comma 6 del detto articolo prevede espressamente l'applicabilità delle disposizioni, in quanto compatibili, anche nel caso in cui l'Amministrazione abbia in via di fatto imposto una servitù su un bene altrui.

Il fatto che le opere utilizzate non siano state realizzata dal Comune potrà semmai rilevare nel caso in cui si proceda alla restituzione dei beni, non dovendosi in tal caso provvedere alla rimessione in pristino.

Fermo restando quindi il carattere discrezionale della valutazione rimessa alla Amministrazione sulla possibilità di procedere *ex art. 42 bis*, non v'è dubbio che l'esercizio di tale potestà non possa protrarsi indefinitamente nel tempo, altrimenti l'inerzia dell'Amministrazione si tradurrebbe in un illecito permanente.

Seppure, quindi, l'art. 42 *bis* non contempli un avvio del procedimento ad istanza di parte, deve ritenersi che il privato possa sollecitare l'Amministrazione ad avviare il relativo procedimento e che l'Amministrazione abbia l'obbligo di provvedere al riguardo, essendo l'eventuale inerzia dell'Amministrazione configurabile quale silenzio-inadempimento impugnabile di fronte al giudice amministrativo.

Infatti, per la P.A. l'obbligo giuridico di provvedere, positivizzato in via generale dall'art. 2 della legge n. 241/1990, sussiste ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, derivandone che il silenzio-rifiuto è un istituto riconducibile a inadempienza dell'Amministrazione, in rapporto a un sussistente

obbligo di provvedere che, in ogni caso, deve corrispondere ad una situazione soggettiva protetta, qualificata come tale dall'ordinamento (cfr.: Cons. St., Sez. IV, 22.6.2006 n. 3883; Id, 4.9.1985 n. 333 e 6.2.1995 n. 51; Sez. V 6.6.1996 n. 681 e 15.9.1997 n. 980; Sez. VI, 11.11.2008). Peraltro, la giurisprudenza ha chiarito che tale obbligo è rinvenibile anche al di là di un'espressa disposizione normativa che tipizzi il potere del privato di presentare un'istanza e, dunque, anche in tutte quelle fattispecie particolari nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongano l'adozione di un provvedimento ovvero tutte quelle volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) dell'Amministrazione (*ex plurimis*: Cons. St., sez VI, 14.10.1992 n. 762).

Nel caso di specie il ricorrente è titolare di una situazione soggettiva protetta e, anche a fronte del notevole lasso di tempo intercorso, ha senz'altro una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni dell'Amministrazione riguardanti la sua proprietà.

Deve quindi riformarsi la sentenza gravata, accogliendo il ricorso avverso il silenzio e riconoscendo l'obbligo per l'Amministrazione di concludere il procedimento determinando, entro 60 giorni dal deposito della presente sentenza, se intenda procedere o meno all'acquisizione del bene *ex art. 42 bis cit.*.

2. Con il secondo motivo di appello, il Felicioni contesta la sentenza del Tar laddove ha dichiarato “inammissibile la domanda di accertamento della *utilitas* e dell'arricchimento conseguito dal Comune resistente

attraverso il godimento dei terreni di proprietà del sig. Felicioni, la quale appartiene alla giurisdizione del G.O. ed è coperta dal giudicato formatosi per effetto della sentenza della Corte di cass. n. 3322 del 12.2.1010”.

Sostiene il Felicioni, con argomentazioni non contrastate da controparte, che tale statuizione non sia conforme al contenuto e ai limiti delle domande avanzate in primo grado che sarebbero state rivolte, invece, a:

- a) chiedere l'accertamento dell'indebita utilizzazione, in quanto mai acquisiti al patrimonio pubblico, dei terreni di proprietà sua o di terzi e delle opere sugli stessi eseguite;
- b) all'accertamento dell'obbligo del Comune di assumere le proprie determinazioni in ordine all'acquisizione o meno dei terreni.

Deve sul punto rilevarsi come il Tar abbia errato nel valutare il contenuto ed i limiti della domanda e, pertanto, si deve riformare la sentenza gravata.

Con riferimento al punto a), come peraltro rilevato dalla stessa parte appellata, si tratta di materia estranea al rito del silenzio. Deve quindi sul punto riformarsi la sentenza impugnata, prevedendo la prosecuzione del giudizio a seguito della conversione del rito anche in merito a tale aspetto. A seguito di conversione del rito, pertanto, il giudizio proseguirà di fronte al Tar per l'esame della domanda di condanna alla restituzione dei terreni (come già disposto dal giudice di prime cure con statuizione non appellata) e anche per l'accertamento dell'*utilitas* e dell'arricchimento derivante dalla indebita utilizzazione degli stessi; in

tale sede dovrà inoltre valutarsi l'eventuale efficacia preclusiva del giudicato formatosi a seguito della sentenza della Corte di Cassazione.

Con riferimento al punto b), si rinvia a quanto argomentato supra al punto 1 della presente sentenza.

3. La complessità delle questioni di diritto presenti nella causa giustificano l'integrale compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe lo accoglie e per l'effetto riforma la sentenza impugnata ai sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Nicola Russo, Consigliere, Estensore

Michele Corradino, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/09/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)