

Pubblicato il 24/07/2018

N. 00520/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00145/2016 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 Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 145 del 2016, proposto da:

Mario Belloni e Rina Belloni, rappresentati e difesi dagli avvocati Luca Forte e Fabio Monachesi, con domicilio eletto presso lo studio Chiara Scavo in Ancona, via Goito 2;

contro

Comune di Pollenza, in persona del sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Renzo Tartuferi, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Tardella in Ancona, corso Mazzini 170;

nei confronti

Ristorante Parco Hotel di Giustozzi Giuseppe & C. S.n.c., rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Lucchetti ed Elena Daniele, con domicilio eletto presso lo studio Avv. Alessandro Lucchetti in Ancona, corso Mazzini, 156;

per l'annullamento

- della deliberazione del Consiglio comunale di Pollenza n. 3 del 4 gennaio 2016 avente ad oggetto "Appello avverso la sentenza n.1085/09 del Tribunale di

Macerata. Esiti sentenza Corte di Appello di Ancona n.875/14 del 15 novembre 2014; lotto distinto catastalmente al foglio 10 con particelle 72 e 73. Dichiarazione di pubblica utilità. Costituzione di servitù di passaggio”;

- di ogni altro atto precedente e presupposto, conseguente, e comunque connesso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pollenza e del Ristorante Parco Hotel di Giustozzi Giuseppe & C. S.n.c.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 giugno 2018 il dott. Giovanni Ruiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il presente ricorso è contestata la legittimità della delibera di Consiglio comunale n. 3 del 2016, con cui il Comune di Pollenza dichiarava di pubblica utilità - con il procedimento semplificato ex art. 42 bis del T.U. Espropriazioni - una particella di terreno, in precedenza posseduta dal Comune a seguito di compromesso con scrittura privata del 18 febbraio 1978, poi confermato con delibera del Consiglio comunale n. 1 del 4 febbraio 1980 del Comune di Pollenza.

Detta scrittura privata è stata poi dichiarata nulla per indeterminatezza dell'oggetto dalla Corte di Appello di Ancona con sentenza n. 875 del 15 novembre 2014, la quale ordinava l'immediata restituzione dell'area. Oltre a dichiarare la pubblica utilità della particella designata, la delibera impugnata costituisce una servitù di passaggio pedonale e carrabile.

Il provvedimento è basato sulla circostanza che l'area sarebbe stata adibita per più di 30 anni ad uso pubblico (parcheggio pubblico e viabilità a servizio del parco pubblico confinante) nonché sulla presenza di una servitù di passaggio per il vicino

ristorante Parco Hotel, di proprietà della società odierna controinteressata.

A detta dal Comune l'utilizzo della procedura espropriativa semplificata di cui all'art. 42 bis del DPR n. 327 del 2001, sarebbe stata necessaria per garantire l'accesso al parco pubblico e al ristorante in condizioni di sicurezza, dato il fallimento delle trattative dirette a conseguire il riacquisto integrale dell'area dai signori Belloni al prezzo stimato dall'Agenzia delle Entrate

Con il primo motivo di ricorso si afferma la violazione dell'art. 42 bis del DPR n. 327 del 2001, dell'art. 133 comma 5 del d.lgs. n. 104 del 2010 e dell'art. 2909 del codice civile, nonché l'eccesso di potere sotto vari profili. Si contesta, in particolare, l'applicabilità al caso di specie della procedura semplificata ex art. 42 bis in quanto sarebbero inesistenti le ragioni di interesse pubblico e si adduce la violazione del giudicato restitutorio nascente dalla pronuncia della Corte d'Appello.

Con il secondo motivo, si deduce la violazione degli artt. 3, 7 e seguenti delle legge n. 241 del 1990, dei principi del giusto procedimento, del contraddittorio e di leale collaborazione, nonché il difetto di motivazione. Si sostiene, in particolare, che il Consiglio comunale avrebbe adottato la delibera impugnata senza attendere le osservazioni dei proprietari.

Con il terzo motivo si deduce l'eccesso di potere sotto molteplici profili, la violazione dei principi di proporzionalità, imparzialità, buon andamento e trasparenza della PA, nonché degli articoli 3 e 97 della Cost..

Si afferma, in particolare, l'erroneità, l'infondatezza e la pretestuosità della argomentazioni contenute nel provvedimento impugnato per giustificare la pubblica utilità dell'area e la costituzione della servitù di passaggio.

Si sono costituiti il Comune di Pollenza e la controinteressata Ristorante Parco Hotel di Giustozzi Giuseppe & C..

Alla pubblica udienza del 13 giugno 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

1 Il primo motivo di ricorso è fondato.

1.1 Infatti, il Tribunale si è espresso in una fattispecie quasi analoga con sentenza n. 738 del 26 settembre 2017 (per la quale attualmente pende appello in Consiglio di

Stato).

1.1 In detta sentenza questo Tribunale ha argomentato sull'incompatibilità tra la presenza di un giudicato restitutorio civile, anche se non nascente da una procedura espropriativa e il procedimento di acquisizione ex art. 42 bis del DPR n. 327 del 2001. L'applicabilità al caso in esame di detto principio, alla luce di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 2 del 2016, porta quindi alla preclusione in radice, per la P.A., della possibilità di utilizzare l'istituto dell'art. 42 bis. Le deduzioni delle controparti, per cui un giudicato restitutorio non nascente da una procedura espropriativa non sarebbe ostacolo all'utilizzo della procedura ai sensi del richiamato articolo 42 bis, devono quindi essere disattese.

1.2 Si deve osservare che, per motivi evidenti e riconducibili alla genesi di tale disposizione, all'istituto in parola va attribuita portata eccezionale e residuale, non potendosi ritenere che l'introduzione della disposizione in commento e la sua successiva "conferma" ad opera della citata sentenza della Corte Costituzionale n. 71 del 20 aprile 2015 equivalgano a legittimare una generalizzata deroga ai canoni ordinari ai quali debbono attenersi le procedure espropriative.

1.3 Ad ogni buon conto, l'art. 42 bis è inserito nel T.U. sulle espropriazioni e dunque esso è applicabile solo a vicende in cui la P.A. agisce nella sua veste di autorità, sia pure senza un valido titolo (*ab origine* o per sopravvenuta scadenza o annullamento degli atti del procedimento espropriativo) e non anche nelle ipotesi in cui il rapporto fra il privato e l'amministrazione nasce e si sviluppa sul versante privatistico.

1.4 Si vuole in sostanza evidenziare che sarebbe ugualmente contrario ai principi costituzionali e sovranazionali consentire alla P.A. che agisce in veste di contraente privato di mutare in corso di rapporto la natura del potere speso, perché ciò attribuirebbe alla parte pubblica un privilegio confliggente quantomeno con gli artt. 3 e 42 Cost..

1.5 Fra l'altro una tale interpretazione finirebbe per incidere sulla stessa disponibilità del privato a negoziare con la P.A. nel timore che il contraente pubblico possa improvvisamente realizzare una unilaterale interversione del possesso avvalendosi delle sue facoltà pubblicistiche.

1.6 Per cui quando il rapporto giuridico fra privato e amministrazione nasce e si sviluppa sul versante civilistico debbono applicarsi solo le regole del diritto privato, il che vuol dire, ad esempio, che la P.A. potrebbe usucapire il bene che ha posseduto sulla base di un titolo nullo, ma non anche acquisire la proprietà del bene mediante ricorso a strumenti pubblicistici *extra ordinem*. E' fatta salva invece la possibilità di aprire *ex novo* un ordinario procedimento espropriativo, con tutte le garanzie procedurali che il DPR n. 327 del 2001 riconosce al soggetto espropriando.

1.7 Questo discorso vale in tutti i casi in cui, *medio tempore*, non siano intervenuti atti e provvedimenti della P.A. (non ravvisabili nel caso in esame) che abbiano in qualche modo alterato la natura del rapporto (già) negoziale, introducendo una componente pubblicistica tale per cui sia venuta meno la parità delle rispettive posizioni (Tar Marche n. 738 del 2017 cit.).

2 Va specificato che, nel caso oggetto della sentenza di questo Tribunale n. 738 del 2017, l'occupazione illegittima comunale sull'area di interesse era causata dal mancato rilascio dopo la scadenza di un contratto di locazione. Le considerazioni di cui sopra sono quindi applicabili a maggior ragione nel caso in esame, dove dalla nullità del titolo contrattuale in base al quale l'amministrazione occupava il bene ha avuto origine un giudicato dal chiaro contenuto restitutorio.

2.1 Lo stesso Consiglio di Stato ha affermato che l'istituto di cui all'art. 42 bis del DPR 8 giugno 2001, n. 327, per giustificarsi anche dal punto di vista costituzionale, richiede l'esercizio di un potere di carattere necessariamente "rimediale", che presuppone la necessità di ovviare ad una situazione di fatto che contrasta con quella di diritto a causa del pregresso difettoso esercizio del potere ablatorio. Solo in quest'ottica può ritenersi giustificato il ricorso all'acquisizione del bene mediante

tale istituto, che costituisce una "sorta di procedimento espropriativo semplificato, che assorbe in sé sia la dichiarazione di pubblica utilità, sia il decreto di esproprio, e quindi sintetizza lo svolgimento dell'intero procedimento" (Corte Cost n. 71 del 2015 cit.) ferma restando la necessaria ricorrenza degli stringenti ulteriori requisiti previsti dalla norma, quali le "attuali ed eccezionali" ragioni di interesse pubblico che giustificano l'emanazione dell'atto, "valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati", e "l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione". Si è quindi ritenuto che difettino in radice tali presupposti, quando precedentemente non fosse stata esperita alcuna procedura di carattere ablatorio (Cons. Stato, IV, 31 luglio 2017, n. 3807).

2 Nel caso in esame si può quindi affermare che i principi stabiliti dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 71 del 2015 e dal Consiglio di Stato nell'Adunanza plenaria n. 2 del 2016 si applicano anche alla presenza di giudicati restitutori che non hanno avuto origine dalla contestazione una procedura espropriativa. Ne consegue l'impossibilità in radice, nel caso in esame, di esperire la procedura ex art. 42 bis del DPR n. 327 del 2001 e la conseguente fondatezza del primo motivo di ricorso.

2 Considerata la natura assorbente del primo motivo e la chiara gradazione dei motivi contenuti nel ricorso, ove i motivi successivi al primo sono formulati solo in via subordinata, per la denegata ipotesi di mancato accoglimento di quest'ultimo, le censure non trattate devono ritenersi assorbite.

2.1 Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, il ricorso è fondato e deve essere accolto, con il conseguente annullamento dell'atto impugnato con le precisazioni di cui in motivazione.

2.2 Le spese possono essere compensate considerato il numero limitato di pronunce sulla specifica questione in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima),

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie
nei sensi e nei termini di cui in motivazione.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 13 giugno 2018 con
l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Giovanni Ruiù, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Ruiù

IL PRESIDENTE
Maddalena Filippi

IL SEGRETARIO