

Pubblicato il 17/10/2024

N. 08327/2024REG.PROV.COLL.

N. 03893/2023 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 3893 del 2023, proposto da Comune di Castel Maggiore, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Federico Gualandi, Francesca Minotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Federico Gualandi in Bologna, via Altabella n. 3;

***contro***

Carla Mauri, Elisabetta Pessina, Antonella Pessina, rappresentati e difesi dall'avvocato Vittorio Paolucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Condominio "La Cittadella", Fausto Preti, Giulio Fini Zarri, Ataman S.r.l., non costituiti in giudizio;

***per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima) n. 00073/2023.***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Carla Mauri, di Elisabetta Pessina e di Antonella Pessina;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 giugno 2024 il Cons. Luigi Furno e uditi per le parti gli avvocati presenti come da verbale.

### FATTO

1. Elisabetta Pessina, Antonella Pessina, Carla Mauri esponevano nel ricorso di primo grado di essere comproprietarie dal 1985 di un'unità immobiliare ricompresa nel Condominio "La Cittadella", nel Comune di Castel Maggiore, in via Curiel n. 35, realizzata in forza di convenzione di lottizzazione del 9 maggio 1962 tra il predetto Comune ed il sig. Leonida Zarri.

Congiuntamente al suddetto appartamento assumevano, altresì, di aver acquistato la comproprietà "pro quota" delle aree comuni e pertinenziali del suindicato condominio tra cui, per quanto di rilievo nel presente giudizio, la comproprietà dell'area cortiliva contraddistinta, al foglio 22, particelle 91, 159 e 160, del nuovo catasto edilizio.

Ai sensi della suindicata convenzione di lottizzazione, i predetti mappali avrebbero dovuto essere ceduti gratuitamente al Comune, ma tale cessione gratuita non si è, di fatto, mai perfezionata.

In seguito alla modifica dello strumento urbanistico, l'Amministrazione comunale, con delibera della Giunta n. 112, del 22 agosto 2003, approvava il progetto esecutivo per la realizzazione di una rotatoria all'incrocio tra le vie Galliera, Gramsci e Repubblica.

Il Comune provvedeva, quindi, all'occupazione ed alla trasformazione delle predette aree condominiali, in assenza di un formale provvedimento di esproprio.

In data 22 novembre 2021, l'Amministrazione comunicava ai condomini l'avvio del procedimento per l'acquisizione coattiva, ai sensi dell'art 42-bis., d.P.R. 327/2001, del solo mappale 91, e non anche dei mappali 159 e 160.

Con deliberazione del Consiglio comunale n. 69, del 29 dicembre 2021, veniva disposta l'acquisizione dell'area di cui al mappale 91, di complessivi mq. 32,18, in base alla manifestata necessità di realizzare un collegamento ciclo pedonale tra il centro abitato ed il centro commerciale "le Piazze", ritenuta prevalente sull'interesse dei condomini alla conservazione di una piccola porzione di area condominiale posta ai confini della proprietà.

Con il ricorso di primo grado, incardinato dinanzi al T.a.r. per l'Emilia Romagna, Elisabetta Pessina, Antonella Pessina, Carla Mauri lamentavano, con una prima domanda, l'illegittimità dell'atto di acquisizione sanante relativo alla area della menzionata particella n. 91 e, con una seconda domanda, chiedevano la condanna del Comune alla restituzione, previa riduzione in pristino, delle aree di cui alle particelle nn. 159 e 160, in quanto, a loro dire, occupate "sine titolo".

A sostegno del ricorso proponevano i seguenti quattro motivi:

I) *Violazione di legge per violazione e falsata applicazione dell'art. 42-bis D.P.R.n.327/2001. Violazione di legge per violazione dell'art.3 L.n.241/1990. Eccesso di potere per difetto di motivazione. Eccesso di potere per motivazione apodittica, contraddittoria e perplessa. Eccesso di potere per falsità dei presupposti. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione di fatto e di diritto;* II) *Violazione di legge per violazione e falsata applicazione dell'art. 42-bis D.P.R.n.327/2001. Violazione di legge per violazione dell'art.3 L.n.241/1990. Eccesso di potere motivazione irragionevole, contraddittoria e perplessa. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti. Mancata precisa individuazione dei beni oggetto del procedimento;* III) *Violazione di legge per violazione e falsata*

*applicazione dell'art. 42-bis D.P.R. n. 327/2001. Violazione di legge per violazione e falsata applicazione degli art.2932 e 2946 c.c. Eccesso di potere per sviamento: invece che procedere alla restituzione delle aree;IV) Violazione di legge per violazione e falsata applicazione dell'art. 42-bis D.P.R. n.327/2001. Violazione di legge per violazione degli artt.20 e 45 D.P.R. n. 327/2001. Violazione di legge per violazione e falsata applicazione degli artt.1, 7, 8 e 10 L.n.241/1990. Eccesso di potere per violazione dei principi di partecipazione, buona fede e trasparenza. Violazione del diritto di partecipazione effettiva al procedimento dei soggetti interessati. Eccesso di potere per sviamento.*

Si costituiva nel giudizio di primo grado il Comune, eccependo l'infondatezza di entrambe le domande, e rilevando, in sintesi, quanto alla prima, l'esistenza di una motivazione adeguata a sostegno dell'atto di acquisizione coattiva dell'area di cui al mappale n. 91, mentre, in relazione alla seconda, la circostanza per cui l'Amministrazione avrebbe dovuto considerarsi già proprietaria dei mappali nn. 159 e 160 in virtù di un atto di compravendita sottoscritto il 28 luglio 2021 con il relativo proprietario, Giulio Fini Zarri.

Con memoria le ricorrenti contestavano la validità dell'atto di acquisto del 2021, che, a loro avviso, sarebbe avvenuto "a non domino". Ciò in quanto assumevano di aver previamente acquisito, in data 13 gennaio 1986, le aree di cui ai mappali 159 e 160 dal precedente dante causa, Leonida Zarri.

Il T.a.r., con la decisione 6 febbraio 2023, n.73 ha:

- a) respinto la domanda di annullamento del provvedimento di acquisizione sanante;
- b) accertato "incidenter tantum" l'inefficacia nei confronti delle ricorrenti dell'atto di compravendita del 28 luglio 2021 avente ad oggetto la cessione al Comune di Castel Maggiore delle aree costituenti porzioni delle aree indicate al NCEU, al foglio 22, mappali nn.159 e 160;
- c) accolto la domanda di accertamento dell'illegittima occupazione delle aree mappali nn.159 e 160 e disposto la relativa restituzione previa riduzione in pristino;

d) respinto la domanda di condanna del Comune al risarcimento del danno.

Il Comune ha proposto appello principale.

Si sono costituite nel giudizio di appello Elisabetta Pessina, Antonella Pessina, Carla Mauri, le quali, a loro volta, hanno proposto appello incidentale.

In vista dell'udienza camerale del 13 giugno 2024 le parti hanno depositato memorie con le quali hanno chiarito e ulteriormente argomentato la fondatezza delle rispettive posizioni difensive.

All'udienza pubblica del 13 giugno 2024 la causa veniva trattenuta in decisione.

### DIRITTO

Con il primo mezzo di gravame la parte appellante principale lamenta l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui, in asserita violazione dell'art. 8, c.p.a., ha accertato la validità dell'atto di compravendita del 24 dicembre 1985 di cui si è dato conto nella parte in fatto, e, conseguentemente, ritenuto effettuato a non domino il successivo acquisto da parte del Comune, avvenuto in data 28 luglio 2021.

Ad avviso del Comune appellante, la sentenza impugnata, nel riconoscere la prevalenza di del primo titolo di acquisto, e conseguentemente il difetto di legittimazione di Leonida Zarri a ulteriormente disporre delle aree di cui ai mappali 159 e 160, avrebbe esorbitato dai limiti della propria giurisdizione, decidendo una questione attinente ad un conflitto tra titoli, riservata alla giurisdizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria.

Il motivo è fondato nei termini di seguito esposti.

La tesi accolta dal giudice di primo grado è chiaramente ispirata all'orientamento giurisprudenziale che, specie nella materia espropriativa, ha approfondito il tema dei rapporti tra eccezione di usucapione e riparto di giurisdizione.

Alla stregua di tale orientamento, se, in linea di principio, la domanda principale di accertamento dell'usucapione ricade nella giurisdizione ordinaria, e non in quella esclusiva del giudice amministrativo in tema di espropriazione per pubblica utilità

(art. 133, primo comma, lett. g, cod. proc. amm.), cionondimeno è necessario operare una distinzione a seconda che l'usucapione venga fatta valere in via di semplice eccezione (riconvenzionale) oppure con una vera e propria domanda riconvenzionale di accertamento dell'esistenza del diritto di proprietà (Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 2022, n. 3922; Cons. giust. amm. 6 luglio 2020, n. 539; Cons. Stato, sez. IV, 24 ottobre 2017, n. 4888; Cons. Stato, sez. IV, 23 giugno 2016, n. 3415).

In base a tale impostazione, qualora l'amministrazione, nel giudizio amministrativo proposto da chi allega di essere proprietario dell'immobile, deduca di avere usucapito la proprietà, tale difesa va qualificata come eccezione riconvenzionale, risolvibile mediante cognizione incidentale da parte del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 8, comma 1, cod. proc. amm. (in materia la prima decisione risale a Cons. giust. amm. sic. 14 gennaio 2013, n. 9; in termini, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 2022, n. 3922; Cons. giust. amm. sic. 6 luglio 2020, n. 539; Cons. Stato, sez. IV, 24 ottobre 2017, n. 4888).

E ciò perché si tratterebbe in questi casi di accertare, in via incidentale, un presupposto di fatto che condiziona la legittimità dell'atto impugnato e non anche di dichiarare definitivamente la proprietà in capo a chi la rivendica.

Reputa il Collegio che tale orientamento non possa trovare applicazione nel caso in esame, nel quale, invece, occorre preliminarmente sindacare la validità di un contratto.

Contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di primo grado, alla fattispecie di che trattasi sono, di contro, applicabili i principi stabiliti nella recente decisione 20 febbraio 2023, n. 143 del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, secondo cui, ai sensi dell'art. 8 c.p.a., il giudice amministrativo *“.. quando è chiamato a giudicare della legittimità degli atti amministrativi, ove occorra, può conoscere dei diritti*

soggettivi “pregiudiziali”, senza che su tale accertamento possa formarsi il giudicato, vale a dire può conoscerne solo in via incidentale.

Il sindacato incidentale consentito così all'autorità amministrativa come al giudice amministrativo non può sconfinare nella risoluzione delle controversie devolute al giudice civile e si attua svolgendo accertamenti e valutazioni critiche sulle situazioni giuridiche quali appaiono dagli atti e dai fatti che l'ordinamento appresta per dare contezza delle situazioni stesse, occorrendo attenersi alle risultanze dei contratti scritti e degli altri documenti cui è possibile avere accesso.

Le considerazioni esposte sarebbero già di per sé sole dirimenti per concludere che il giudice amministrativo, nella fattispecie, non può conoscere in via incidentale della validità di un contratto sottoscritto tra le parti, la cui validità ed efficacia non è stata sinora messa in discussione in alcuna sede, e in ordine al quale nessun potere l'autorità amministrativa avrebbe potuto esercitare.

Peraltro, l'impossibilità di conoscere nel presente giudizio, in via incidentale, della validità del contratto in discorso può rilevarsi anche in ragione di un'altra prospettiva logico-giuridica.

La giurisprudenza ha individuato specifiche differenze tra pregiudizialità tecnica, conoscibile in via incidentale, e pregiudizialità logica, su cui può formarsi il giudicato implicito (cfr., tra le altre, sentenze “gemelle”, Sezioni Unite Corte di Cassazione nn. 26242 e 25243 del 12 dicembre 2014).

Nella pregiudizialità tecnica, in particolare, l'entità “pregiudiziale” è uno degli elementi della fattispecie pregiudicata, che non esaurisce la fattispecie stessa, ma ne fa parte unitamente ad altri fatti giuridici, mentre, nella pregiudizialità logica, il rapporto dipendente costituisce mero effetto di quello pregiudiziale.

Nel caso di specie è rinvenibile una ipotesi di questione pregiudiziale in senso logico, atteso che i dedotti vizi di legittimità derivata dei provvedimenti impugnati costituirebbero mera conseguenza della invocata invalidità del rapporto contrattuale tra Cosedil ed Operes, per cui l'efficacia del giudicato coprirebbe non soltanto la pronuncia finale, ma anche l'accertamento, relativo alla validità o meno del contratto stipulato tra Cosedil ed Operes, che si presenta come necessaria premessa e come unico presupposto logico-giuridico della medesima pronuncia in parte qua.

*In altri termini, il giudizio sulla validità o invalidità del contratto di affitto del ramo di azienda, costituendo l'antecedente logico necessario ed unico della pronuncia, condurrebbe alla formazione di un giudicato "pieno", essendo destinata a produrre un giudicato implicito sulla validità del negozio, con conseguente violazione dell'art. 8 c.p.a., che limita al sindacato incidentale la possibilità per il giudice amministrativo di conoscere delle posizioni di diritto soggettivo nelle materie non oggetto di giurisdizione esclusiva.*

*La nozione di giudicato implicito, insomma, si estende al rapporto fondamentale, vale a dire il rapporto contrattuale dalla cui invocata invalidità deriverebbero i dedotti vizi di illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione, per il solo fatto ed in quanto esso sia costruito quale antecedente logico necessario del ragionamento giudiziale volto alla decisione sul diritto pregiudicato. In tale ottica, con l'assunto secondo cui il giudicato copre anche l'indispensabile presupposto logico-giuridico della pronuncia, si intende sostenere che è la logica interna al rapporto giuridico a qualificare come necessario il giudicato sui vari effetti che ne possono derivare, affrancandolo dall'esplicita richiesta della parte o dalla volontà di legge, per cui la cosa giudicata si forma in maniera implicita su tutti gli aspetti del rapporto la cui valutazione sia necessaria al fine di pervenire alla decisione di merito.*

*Il Collegio, in definitiva, ritiene che le censure sulla validità del contratto di affitto di ramo d'azienda stipulato tra Cosedil e Operes non possa essere oggetto di sindacato incidentale ai sensi dell'art. 8 c.p.a., in quanto su di esso si formerebbe inevitabilmente il giudicato implicito.”;*

Il Consiglio di Stato ha già applicato analoghi principi con la sentenza di questa Sezione 10 giugno 2010, n. 3678.

Nell'occasione, si è posto in evidenza che “il potere del Giudice Amministrativo – previsto un tempo dall'art. 8 della L. n. 1034 del 1971 e oggi dall'art. 8 del c.p.a. – di decidere in via meramente incidentale tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui soluzione sia necessaria per dirimere la questione principale, non può sconfinare in una vera e propria tutela dei diritti e consistere, quindi, nella soluzione di controversie riservate all'Autorità giudiziaria ordinaria” (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 3678 del 2010).

Del resto, nel solco di tale orientamento interpretativo, come ha avuto modo di ulteriormente precisare un recente precedente di questa Sezione, diversamente ragionando si altererebbero le regole sul riparto di giurisdizione (Consiglio di Stato, Sez. IV, 22.03.2022, n. 2053).

Nell'ambito del medesimo indirizzo interpretativo, è stato ulteriormente rilevato che *“ai sensi dell’art. 8 c.p.a. il Giudice Amministrativo può accertare, in via incidentale, la sussistenza o non di un diritto soggettivo, ai limitati fini della soluzione della vertenza ad esso demandata in via principale, senza sconfinare nella tutela dei diritti riservata all’Autorità giudiziaria ordinaria, limitandosi a svolgere accertamenti od eventuali valutazioni critiche sulle situazioni giuridiche quali appaiono dai fatti e dagli atti, potendo per quanto riguarda le proprietà immobiliari, soltanto una sentenza civile accertare l’avvenuta usucapione decennale o ventennale (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 16 aprile 2014, n. 1883)”* (Consiglio di Stato, Sez. II, 12.02.2021, n. 1294).

Né a diverse conclusioni può condurre la sentenza del Tribunale di Bologna 29 febbraio 2024, pronunciata nella causa di cui al R.G.n. 11974/2023, con la quale si è riconosciuto in favore delle signore Mauri Carla, Pessina Elisabetta e Pessina Antonella la contitolarità delle particelle nn. 159 e 160, di cui al foglio 22, del Catasto dei terreni del Comune di Castel Maggiore, trattandosi di una sentenza non definitiva e, quindi, come tale, passibile di essere ancora riformata.

In conclusione, con riferimento al caso di specie e alle sole particelle 159 e 160 – ove non si chiede di accertare incidentalmente l’avvenuto acquisto per usucapione del fondo da parte dell’amministrazione bensì di accertare la validità di un contratto di acquisto della proprietà eventualmente in contrasto con altro titolo – va dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, trattandosi di controversia spettante alla giurisdizione del giudice ordinario, perché vicenda civilistica inerente l’accertamento del titolo proprietario.

Non coglie, per altro verso, nel segno l’assunto del giudice di primo grado secondo cui, nel caso in esame, verrebbe in rilievo una mera eccezione riconvenzionale

tramite la quale gli originari ricorrenti, al fine di paralizzare l'eccezione comunale, avrebbero controeccepito l'inefficacia dell'atto di acquisto a titolo derivativo effettuato nel 2021 dall'Amministrazione, ampliando " il thema decidendum ma per questione pregiudiziale all'esame della domanda principale di accertamento dell'illegittimità dell'occupazione dell'area in esame e consequenziale restituzione previa riduzione in pristino, rientrando nella giurisdizione esclusiva".

In senso contrario occorre rilevare che, così ragionando, il potere di cognizione incidentale delle questioni pregiudiziali del giudice amministrativo sconfinerebbe in una vera e propria tutela dei diritti, quindi nella soluzione di controversie riservate all'Autorità giudiziaria ordinaria.

Secondo l'impostazione della sentenza impugnata, infatti, il giudice amministrativo avrebbe il potere di accertare, in via incidentale, una questione particolarmente delicata, quale quella che viene comunemente sintetizzata con il termine «doppia alienazione immobiliare», tramite il quale ci si riferisce, come noto, ad una situazione giuridica assai complessa, e non solo per la sussistenza di interessi aspramente confliggenti (le ragioni del primo acquirente contrapposte a quelle del primo trascrivente/secondo acquirente), ma anche perché intersecante una pluralità di istituti il cui armonico e sistematico coordinamento è particolarmente arduo.

E' sufficiente al riguardo porre mente al fatto che, seguendo l'impostazione fatta propria dalla sentenza impugnata, il giudice amministrativo avrebbe il compito di valutare, in via meramente incidentale, non solo la priorità temporale dell'acquisto trascritto per primo, ma anche l'eventuale assenza di vizi nei titoli in conflitto, posto che, per comune opinione dottrinale e giurisprudenziale, la trascrizione non ha funzione sanante dei vizi negoziali ( Corte di Cassazione 2162/2005; Corte di Cassazione 8441/1995; Corte di Cassazione 4122/1975).

Alla stregua di tali considerazioni, deve, pertanto, ritenersi che, nel caso in esame, è rinvenibile una ipotesi di questione pregiudiziale in senso logico (cfr., tra le altre,

sentenze “gemelle”, Sezioni Unite Corte di Cassazione nn. 26242 e 25243 del 12 dicembre 2014), atteso che la decisione in ordine alla questione relativa alla fattispecie di occupazione abusiva costituirebbe mera conseguenza della previa soluzione del conflitto tra il titolo vantato dal Comune appellante e quello vantato dagli odierni residenti, con la conseguenza per cui l'efficacia del giudicato coprirebbe, in maniera inammissibile per le ragioni sopra indicate, non soltanto la pronuncia finale, ma anche l'accertamento, relativo alla prevalenza di un titolo negoziale su un altro.

Conseguentemente la sentenza, in parte qua, deve essere annullata per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Con un secondo mezzo di gravame il Comune di Castelmaggiore lamenta l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha disatteso l'eccezione, formulata dal Comune di Castelmaggiore nel giudizio di primo grado, relativa all'imprescrittibilità degli obblighi di cessione assunti dai privati attraverso la convenzione urbanista successivamente venuta a scadenza.

Ad avviso del Comune, l'ultrattività del piano di lottizzazione si giustificerebbe alla luce dell'esigenza di assicurare che l'esercizio della funzione di governo del territorio sia improntato alla migliore cura dell'interesse pubblico, non potendosi, in tale prospettiva, ammettere che un imprenditore privato possa godere dei profitti di una lottizzazione a danno della collettività, risultato che si concretizzerebbe se egli potesse sottrarsi all'obbligo di fornire gli spazi occorrenti per l'urbanizzazione primaria e secondaria.

Il motivo non è fondato.

Il Collegio non ignora l'esistenza di un orientamento interpretativo in linea con le argomentazioni sviluppate dal Comune appellante (sez. IV 26 agosto 2014 n. 4278). Per questo orientamento, le conseguenze della scadenza dell'efficacia del piano attuativo (ovvero dei piani a questo equiparati) si esaurirebbero esclusivamente

nell'ambito della sola disciplina urbanistica, non potendo invece incidere sulla validità ed efficacia delle obbligazioni assunte dai soggetti attuatori degli interventi. Il Collegio ritiene che tale orientamento non possa essere condiviso in quanto non adeguatamente supportato sul piano del diritto positivo.

Ritiene, infatti, il Collegio, conformemente al più recente orientamento della Sezione, che, una volta scaduti i termini di validità della convenzione urbanistica o il diverso termine stabilito dalle parti, l'esercizio di ogni azione legale per l'adempimento delle obbligazioni ivi contenute risulta prescritto se non esercitato entro il successivo termine di dieci anni. In questa diversa prospettiva, le obbligazioni del privato relative alla convenzione di lottizzazione divengono esigibili con la scadenza della convenzione relativa al piano di lottizzazione - in caso di mancata ultimazione delle opere nei termini - o con l'ultimazione delle opere medesime - se avvenuta prima di detta scadenza – entro e non oltre il successivo termine decennale di prescrizione (Consiglio di Stato sez. IV 14 maggio 2019 n. 3216, Id. sez. IV, 16 luglio 2021, n. 5358; Id. sez. II, 1 dicembre 2021, n. 8006).

Alla stregua di tale più condivisibile impostazione, la scadenza del termine per l'ultimazione dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione previste in una convenzione urbanistica non fa venire meno la relativa obbligazione, mentre proprio da tale momento inizia a decorrere l'ordinario termine di prescrizione decennale, ai sensi dell'art. 2946 del codice civile. (Cons. Stato Sez. IV, 14 maggio 2019, n. 3127; n. 3126; Sez. IV, 16 luglio 2021, n. 5358).

Da quanto osservato discende che ben avrebbe potuto l'Amministrazione comunale, entro e non oltre il termine di prescrizione suindicato, decorrente dalla scadenza della convenzione, agire per ottenere giudizialmente l'accertamento dell'obbligo di trasferimento a titolo gratuito delle aree in questione previsto nella convenzione del 1962.

L'orientamento condiviso dal Collegio appare maggiormente coerente con il principio di legalità, che, secondo la tesi più accreditata anche in dottrina, costituisce il fondamento ed il limite dell'intera attività amministrativa, anche di quella che si avvale di strumenti consensuali di esercizio del potere, venendo anche in tale ultimo caso in rilievo la necessità di soggiacere alle regole generali dell'attività amministrativa, diverse da quelle che disciplinano l'attività privatistica. L'assunto su cui tale autorevole ricostruzione si fonda fa perno, come noto, sul carattere unitario dello statuto giuridico «applicabile all'attività amministrativa come tale, quale che sia il regime giuridico degli atti nei quali essa rifluisce (provvedimenti, accordi, convenzioni, contratti) », sicché «l'attività posta in essere dall'amministrazione per la cura di interessi pubblici ... è comunque attività amministrativa in senso proprio, soggetta a tutti ed esclusivamente i principi che reggono l'attività amministrativa».( in tale ordine di idee, cfr., da ultimo, Corte costituzionale 6 giugno 2024, n.132, punto 7.4).

Del resto, tale elaborazione, come pure non si è mancato in dottrina di osservare, sembra trovare puntuale riscontro nel disposto di cui all'art. 1, della legge 241/90 (e, per quanto riguarda le convenzioni urbanistiche, anche in quello di cui all'art.11 della medesima legge), secondo cui l'intera attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge, il che equivale ad affermare che l'amministrazione non può stabilire essa stessa i fini da perseguire.

Da quanto argomentato consegue che, in assenza di una norma che diversamente disponga, non è possibile derogare al principio, di ordine pubblico, di cui all'art. 2934, c.c., secondo cui non sono soggetti all'istituto della prescrizione esclusivamente le fattispecie indicate dalla legge.

In tale ordine di idee, la Sezione, in una fattispecie sotto più profili sovrapponibili a quella in esame, ha, di recente, avuto modo di affermare il principio per cui “*La scadenza della convenzione di lottizzazione riguarda l'efficacia del regime urbanistico introdotto*

*dalla convenzione e non anche gli effetti obbligatori che la stessa convenzione va a produrre tra le parti. Tuttavia, ciò non significa che l'Amministrazione resti vincolata sine die alle scelte urbanistiche trasfuse nella convenzione, ma soltanto che le parti possono anche oltre il termine di scadenza suindicato esigere l'adempimento degli obblighi (p.es. di corresponsione di somme a titolo di oneri, di realizzazione di opere di urbanizzazione etc.) che la controparte si è assunta con la convenzione stessa'* (Cons. Stato, sez. II, 4 maggio 2020, n. 2843; cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 30 novembre 2015, n. 5413; id., 20 dicembre 2013, n. 6160).

Di qui l'infondatezza del secondo motivo dell'appello principale.

Dopo aver esaminato i motivi dell'appello principale, il Collegio può procedere ad esaminare i motivi formulati con l'appello incidentale.

Con un primo motivo dell'appello incidentale si lamenta l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui non ha accertato la sussistenza, in astratto, di un'obbligazione di cessione delle aree di che trattasi nel presente giudizio, ritenendo superfluo tale accertamento a fronte dell'evidente decorso del termine di prescrizione.

Il motivo è improcedibile.

Il respingimento del secondo motivo dell'appello principale rende infatti improcedibile il primo motivo dell'appello incidentale, avendo la parte appellante incidentale espressamente subordinato (cfr. pag. 23 dell'appello incidentale) il suo esame all'eventuale accoglimento del secondo motivo dell'appello principale.

Con il secondo mezzo del gravame incidentale si lamenta l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui, dopo aver rilevato l'illegittima occupazione delle aree di cui ai mappali nn.159 e 160, ha, nondimeno, rigettato la domanda di risarcimento del danno.

Rileva il Collegio che l'accoglimento del primo motivo di appello principale determina il rigetto del secondo motivo dell'appello incidentale, considerato il fatto

che sulla domanda risarcitoria il giudice fornito di giurisdizione potrà pronunciarsi all'esito dell'accertamento del titolo proprietario.

Cionondimeno, al riguardo il Collegio, in via incidentale, ricorda, in consonanza con quanto statuito di recente dalla Sezione (Cons. Stato, sez. IV, 20 marzo 2024 n. 2718), che, in relazione alla fattispecie dell'occupazione abusiva di beni immobili, se il danno da perdita subita di cui il proprietario chieda il risarcimento non può essere provato nel suo preciso ammontare, esso può essere liquidato dal giudice con valutazione equitativa, se del caso mediante il parametro del canone locativo di mercato, come effettivamente è stato stabilito nella sentenza 8057/2023. Ed invero, come di recente affermato dalla Corte di Cassazione, nel caso di specie "l'evento di danno riguarda non la cosa, ma proprio il diritto di godere in modo pieno ed esclusivo della cosa stessa. Il danno risarcibile è rappresentato dalla specifica possibilità di esercizio del diritto di godere che è andata persa quale conseguenza immediata e diretta della violazione, cagionata dall'occupazione abusiva, del "diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo". Il nesso di causalità giuridica si stabilisce così fra la violazione del diritto di godere della cosa, integrante l'evento di danno condizionante il requisito dell'ingiustizia, e la concreta possibilità di godimento che è stata persa a causa della violazione del diritto medesimo, quale danno conseguenza da risarcire" (Cass. civ., Sez. Unite, 15 novembre 2022 n. 33645).

Con il terzo mezzo del gravame incidentale viene riproposto il primo motivo del ricorso di primo grado con il quale si era lamentata la illegittimità del provvedimento di acquisizione sanante ex art. 42-bis, d.P.R.327/2001, del fondo di cui al predetto mappale 91, per l'assenza di esigenze pubblicistiche attuali poste a suo fondamento e – soprattutto – per l'esistenza di ragionevoli alternative alla sua emanazione.

Con il quarto mezzo del gravame incidentale viene riproposto il secondo motivo del ricorso di primo grado con il quale era stato lamentato il difetto di istruttoria che aveva condotto l'Amministrazione ad acquisire "solo" la porzione del mappale 91,

senza provvedere in merito alle porzioni – altrettanto occupate – dei mappali 159 e 160 e il terzo motivo del ricorso di primo grado con il quale era stato censurato il provvedimento acquisitivo, ove interpretato nel senso che il Comune avesse intenzionalmente omissa la menzione dei mappali 159 e 160, ritendendo di aver diritto alla loro cessione gratuita.

Con il quinto motivo dell'appello incidentale viene, infine, riproposto il quarto motivo del ricorso di primo grado con il quale era stata lamentata la violazione dei canoni e principi di partecipazione, buona fede e trasparenza da parte dell'Amministrazione.

Ad avviso delle appellanti incidentali, il Comune di Castelmaggiore, dopo avere unilateralmente interrotto le annose trattative quando si era ormai giunti alla stesura di un accordo, e dopo essere rimasto del tutto inerte per otto anni, avrebbe del tutto improvvisamente proceduto ad emettere il provvedimento di acquisizione sanante.

I motivi terzo, quarto e quinto dell'appello incidentale sono sostanzialmente connessi e possono quindi essere esaminati congiuntamente.

Essi non sono fondati.

Ritiene il Collegio che il Comune resistente abbia adeguatamente illustrato le ragioni di interesse pubblico poste a fondamento della necessità di acquisire in via coattiva, ai sensi del citato art. 42-bis, l'area di cui al mappale 91, in alternativa alla sua restituzione.

L'art. 42 bis citato (recante "utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico), prevede, per quel che interessa nella presente sede:

"1. Valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non

patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene”. Questa Adunanza Plenaria (sent. 9 febbraio 2016 n. 2) ha già affermato come l’art. 42 bis “introduce una norma di natura eccezionale” e che l’acquisizione ivi prevista “costituisce una delle possibili cause legali di estinzione di un fatto illecito”.

Tale articolo, come autorevolmente affermato dall’Adunanza Plenaria 9 febbraio 2016 n. 2 “configura un procedimento ablatorio sui generis, caratterizzato da una precisa base legale, semplificato nella struttura (uno actu perficitur), complesso negli effetti (che si producono sempre e comunque ex nunc), il cui scopo non è (e non può essere) quello di sanatoria di un precedente illecito perpetrato dall’Amministrazione (perché altrimenti integrerebbe una espropriazione indiretta per ciò solo vietata), bensì quello autonomo, rispetto alle ragioni che hanno ispirato la pregressa occupazione contra ius, consistente nella soddisfazione di imperiose esigenze pubbliche, redimibili esclusivamente attraverso il mantenimento e la gestione di qualsiasi opera dell’infrastruttura realizzata sine titulo”.

La natura di “norma di chiusura”, propria dell’art. 42-bis, rende evidente la finalità di ricondurre nell’alveo legale del sistema tutte le situazioni in cui l’amministrazione, quale che ne sia la causa, si trovi ad avere utilizzato la proprietà privata per ragioni di pubblico interesse, ma in difetto di un valido titolo legittimante.

Nel caso in esame, l’interesse pubblico posto dal Comune di Castelmaggiore a sostegno della necessità di acquisire al patrimonio comunale l’area condominiale di che trattasi risiede nella manifestata necessità di realizzare una pista ciclabile, prevista dalla convenzione di lottizzazione, all’intersezione tra le vie Gramsci, Galliera e Repubblica.

Come condivisibilmente affermato dal giudice di prime cure, il descritto interesse pubblico all’utilizzo dell’area occupata appare indiscutibile mentre, di contro, l’interesse privato azionato dalle appellanti incidentali consiste nel mero uso “uti

condominus” di un’area posta al di fuori della recinzione che delimita l’area condominiale di cui vantano la comproprietà per poco più di 17 millesimi complessivi.

Al riguardo, si osserva che il pregiudizio di accesso al lotto condominiale ed alle rimesse auto lamentato dalle odierne appellanti incidentali appare del tutto indimostrato, sì che l’interesse privato al mantenimento di tale comproprietà appare senz’altro recessivo rispetto all’interesse pubblico, come motivato nella deliberazione consiliare contestata.

Ciò, del resto, trova, anche sul piano empirico, riscontro nella circostanza per cui, dei numerosi condomini del condominio “La Cittadella”, soltanto le odierne appellanti incidentali si sono opposte all’acquisizione coattiva.

La scelta operata dall’Amministrazione di procedere all’acquisizione delle aree di che trattasi appare, dunque, adeguatamente motivata alla luce del parametro normativo di cui al citato art. art. 42 bis, così come interpretato anche dalla giurisprudenza costituzionale. (*ex multis*, Costituzionale n. 71/2015).

In secondo luogo, il provvedimento di acquisizione sanante in esame si è fatto carico di riconoscere, come imposto dal citato art. 42-bis, l’indennizzo dei pregiudizi subiti dalle appellanti incidentali, mediante la corresponsione di una somma pari al valore venale dell’area, oltre che l’indennizzo per il danno patrimoniale e non patrimoniale subito, per un totale di 9.013,18 euro.

Anche il quarto motivo dell’appello incidentale non può essere accolto.

Ad avviso delle appellanti incidentali, il Comune avrebbe fatto un uso del tutto improprio del potere di acquisizione sanante, non estendendolo alle aree di cui ai mappali 159 e 160, parimenti occupate abusivamente e trasformate.

La premessa da cui muovono le odierne appellanti incidentali non è pacifica, essendo ancora controversa (in quanto ancora sub iudice), per le ragioni esposte in occasione dell’esame del primo motivo dell’appello principale, la circostanza per cui l’acquisto

effettuato nel 2021 dal Comune sia inopponibile alle appellanti incidentali in base ai principi che regolano la fattispecie della c.d. doppia vendita immobiliare.

Ne discende che, al momento dell'adozione della delibera n. 69/2021, l'Amministrazione ha escluso la necessità di estendere l'acquisizione alle suindicate particelle nella convinzione di essere già proprietaria delle aree di cui agli mappali 159-160.

Va, infine, disatteso anche il quinto motivo dell'appello incidentale.

La ricostruzione da cui muove la parte appellante incidentale appare, infatti, contraddetta dalle risultanze procedimentali, dalle quali si ricava come il Comune ha pienamente garantito il "giusto procedimento" effettuando nei confronti delle odierne appellanti incidentali la prescritta comunicazione dell'avvio del procedimento, in tal modo consentendo l'esercizio delle relative facoltà partecipative e difensive.

Né si ravvisa, nel caso in esame, la violazione dei doveri di buona fede, potendo invero al più imputarsi al Comune soltanto l'inerzia nell'esercizio dei diritti derivanti dalla convenzione di lottizzazione del 1962, fermo comunque restando - come evidenziato - la discrezionalità di procedere seppur in via di "extrema ratio" all'acquisizione coattiva ai sensi dell'art. 42 bis d.P.R. 327/2001.

Alla luce delle ragioni che precedono devono essere accolto il primo motivo dell'appello principale, con conseguente annullamento *in parte qua* della sentenza di primo grado, mentre deve essere dichiarato in parte improcedibile e in parte infondato l'appello incidentale.

La particolarità della questione giustifica l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sugli appelli, principale e incidentale, come in epigrafe proposti:

a) accoglie, in relazione alle particelle 159 e 160, il primo motivo dell'appello principale e, in parziale riforma della decisione impugnata, annulla la sentenza di primo grado per difetto di giurisdizione, trattandosi di controversia spettante al giudice ordinario;

b) dichiara in parte improcedibile e in parte infondato l'appello incidentale;

c) compensa tra le parti integralmente le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Neri, Presidente

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Luigi Furno, Consigliere, Estensore

Rosario Carrano, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Luigi Furno**

**IL PRESIDENTE**

**Vincenzo Neri**

**IL SEGRETARIO**