

Pubblicato il 02/10/2020

N. 05779/2020REG.PROV.COLL.

N. 07188/2019 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 7188 del 2019, proposto da Società Di Vita Paolo Pietro s.n.c., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Granara, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Comune della Spezia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Carrabba, Marcello Puliga, Ettore Furia, Fabrizio Dellepiane e Giovanni Corbyons, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria n. 601/2019, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune della Spezia;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 84 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*), convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, che, tra altro, stabilisce ai commi 5 e 6, rispettivamente, che “*Successivamente al 15 aprile 2020 e fino al 31 luglio 2020, in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'articolo 60 del codice del processo amministrativo, omesso ogni avviso*”, e che “*Il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamenti da remoto. Il luogo da cui si collegano i magistrati e il personale addetto è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge*”;

Visto l'art. 4 del d.-l. 30 aprile 2020, n. 28 (*Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19*), convertito dalla l. 25 giugno 2020, n. 70, che dispone al comma 1, tra altro, che “*A decorrere dal 30 maggio e fino al 31 luglio 2020 può essere chiesta discussione orale con istanza depositata entro il termine per il deposito delle memorie di replica ovvero, per gli affari cautelari, fino a cinque giorni liberi prima dell'udienza in qualunque rito, mediante collegamento da remoto con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori all'udienza, assicurando in ogni caso la sicurezza e la funzionalità del sistema informatico della giustizia amministrativa e dei relativi apparati e comunque nei limiti delle risorse attualmente assegnate ai singoli uffici [...] In alternativa alla discussione possono essere depositate note di udienza fino alle ore 12 del giorno antecedente a quello dell'udienza stessa o richiesta di passaggio in decisione e il difensore che deposita tali note o tale richiesta è considerato presente a ogni effetto in udienza [...]*”;

Relatore nell'udienza del 2 luglio 2020 il Cons. Anna Bottiglieri;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con sentenza n. 601/2019 la Sezione prima del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, nella resistenza del Comune della Spezia, respingeva il ricorso proposto dalla società Di Vita Paolo Pietro s.n.c., ritenendo la legittimità del provvedimento n. 2209 del 10 luglio 2018 con cui il predetto Comune ha impartito alla medesima l'ordine di restituzione di un'area di proprietà comunale di superficie pari a mq 3.500 abusivamente occupata in vista della realizzazione di un parcheggio pubblico/area camper assistito da finanziamenti statali già assegnati; condannava la società alle spese del giudizio.

La sentenza rilevava in fatto che:

- la società era da lungo tempo nel possesso dell'area, concessale a titolo precario dall'Enel con scrittura privata 1° ottobre 1975, adibita prima a deposito di materiali da officina e poi a rimessaggio di imbarcazioni;
- questo anche dopo la disdetta comunicata il 15 giugno 1983, avendo Enel assentito la successiva istanza della società di procrastinare lo sgombro;
- con scrittura privata 22 aprile 1988 Enel, escluso il rinnovo della concessione scaduta, concedeva alla società la protrazione dell'occupazione dell'area a titolo precario e temporaneo, a partire dal 1° gennaio 1988, prevedendo il rinnovo dell'accordo di bimestre in bimestre, salvo disdetta;
- l'area veniva successivamente ceduta prima a un terzo, che disdettava la concessione con atto 20 giugno 2003, invitando la società a riconsegnare l'area entro il successivo 31 agosto, e poi a Enel Produzione s.p.a., che a sua volta il 23 giugno 2003 la cedeva al Comune, a titolo gratuito, richiamando la citata disdetta. La società veniva di tanto notiziata con atto 7 luglio 2003;

- l'occupazione dell'area proseguiva anche dopo dette vicende, senza che per lungo tempo la società corrispondesse alcun corrispettivo, e ancorchè il Comune, tra il 2007 e il 2014, avesse sollecitato più volte la società a rilasciarla, a corrispondere le somme dovute per la pregressa occupazione, nonché intimato con atto 6 settembre 2010 la disdetta del contratto di locazione con scadenza al 31 dicembre 2011;
- la società si opponeva al rilascio, specificando con nota 21 marzo 2014 di ritenere il contratto rinnovato o sostituito di fatto da altro accordo con scadenza naturale al gennaio 2018, in ragione della modificazione quantitativa e qualitativa delle aree, non più rispondenti a quelle oggetto del contratto con ENEL;
- il Comune, che nelle more (delibera giuntale n. 273/2016) aveva approvato il progetto preliminare per la realizzazione sull'area di un parcheggio pubblico/area camper, adottava un ordine di rilascio il 27 ottobre 2016;
- il Tar Liguria con sentenza n. 628/2017, passata in giudicato, accoglieva il ricorso proposto dalla società avverso il provvedimento e lo annullava;
- il Comune, che nelle more del giudizio aveva inserito il parcheggio nel Programma triennale delle opere pubbliche 2018/2020 (delibera giuntale n. 67/2017), intimava nuovamente il rilascio del bene con provvedimento 8 febbraio 2018;
- la società impugnava anche tale provvedimento, che veniva sospeso in sede cautelare (ordinanza n. 105/2018) ritenendosi dal Tar Liguria che, contrariamente a quanto esposto dal Comune, il mero inserimento del parcheggio nel Programma triennale delle opere pubbliche non consentisse di imprimere al bene il carattere pubblico proprio dei beni patrimoniali indisponibili e quindi non legittimasse il ricorso all'autotutela possessoria *ex* art. 823, comma 2, Cod. civ.;
- il Comune, approvato successivamente il progetto definitivo del parcheggio (deliberazione giuntale n. 220/2018), con provvedimento n. 2209 del 10 luglio

2018 – oggetto dell'attuale impugnativa – revocava l'atto giudizialmente sospeso e ordinava il rilascio dell'area entro il 30 agosto 2018;

In diritto, il primo giudice:

- escludeva che l'ordine di rilascio impugnato potesse ritenersi affetto dalla denunciata violazione o elusione del giudicato del Tar Liguria di cui ai sopra citati provvedimenti giurisdizionali. Rilevava in particolare che la sentenza n. 628/2017 era fondata su vizi motivazionali inerenti alla natura del bene oggetto di controversia e alla qualificazione del rapporto con la società, profili che il provvedimento impugnato aveva ben enucleato rispetto al precedente annullato giudizialmente, mentre l'ordinanza era riferita a un atto annullato in via di autotutela amministrativa. Entrambe le notazioni tenevano conto anche degli effetti prodotti nella vicenda dai provvedimenti comunali sopravvenuti alle decisioni giudiziali (inserimento del parcheggio nel Programma triennale delle opere pubbliche 2018/2020; approvazione del progetto definitivo dell'opera pubblica);

- escludeva la sussistenza nella fattispecie del rapporto di natura privatistica evocato dalla società quale impedimento all'esercizio dei poteri autoritativi dell'Amministrazione, non rinvenendo alcun contratto tra il Comune e la società medesima avente a oggetto l'area *de qua*. Rilevava che, anche volendo ammettere l'esistenza di un siffatto contratto, la stessa società, con la sopra citata nota 21 marzo 2014, ne aveva comunque fissato la scadenza a una data antecedente (gennaio 2018) l'adozione del provvedimento impugnato (10 luglio 2018): sicchè, in ogni caso, l'occupazione non era assistita da un titolo giuridico;

- riteneva, contrariamente a quanto affermato dalla società, che l'approvazione del progetto definitivo dell'opera pubblica assistita da specifico finanziamento – atto di per sé idoneo a legittimare l'espropriazione di beni privati – bene potesse attribuire all'area interessata dalla sua realizzazione, già in proprietà

dell'Amministrazione, il carattere dell'indisponibilità, nonché legittimare la rimozione della situazione di occupazione abusiva in atto, non assistita da alcun interesse meritevole di tutela giuridica;

- rammentava che, per consolidata giurisprudenza amministrativa, l'autotutela possessoria ex art. 823, comma 2, Cod. civ. può riguardare sia i beni demaniali che i beni patrimoniali indisponibili;

- escludeva che il provvedimento gravato fosse affetto dai *deficit* motivazionali denunciati dalla società;

- respingeva la censura inerente la violazione dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, rilevando come nel corso degli anni la società avesse potuto rappresentare compiutamente le sue ragioni a fronte dei numerosi provvedimenti adottati dal Comune nei suoi confronti, nonché ritenendo l'insussistenza di tale obbligo nel procedimento di autotutela esecutiva volto, come nella specie, a rientrare nel possesso di un bene del patrimonio indisponibile abusivamente detenuto dal privato;

- escludeva la violazione del legittimo affidamento, trattandosi di una occupazione abusiva e considerati i reiterati tentativi del Comune di rientrare in possesso del bene;

- riteneva inammissibili, per genericità, le censure subordinate con cui la società aveva denunciato che la delibera di approvazione del progetto esecutivo dell'opera pubblica non era stata preceduta dai necessari incombenti procedurali, sottolineando comunque l'inconferenza delle censure stesse rispetto al caso di specie, relativo a un bene già in proprietà del Comune e non oggetto di acquisizione tramite procedura espropriativa.

Per tutte tali ragioni, la sentenza in esame respingeva le domande demolitorie e risarcitorie formulate dalla società e la condannava al pagamento delle spese di giudizio.

La società ha appellato la predetta sentenza. Ha osservato preliminarmente come il *decisum* del primo giudice fondi su due erronee constatazioni (che il progetto dell'opera pubblica sull'area *de qua* fosse stato approvato e integralmente finanziato; che la stessa società avesse rapportato la scadenza dell'asserito contratto *iure privatorum* al gennaio 2018). Nel merito, ha dedotto: 1) Omessa individuazione della violazione e falsa applicazione dell'art. 107 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, in relazione alla violazione degli artt. 822, 823, 824 e 826 Cod. civ., per violazione del giudicato della sentenza Tar Liguria 18 luglio 2017, n. 628; 2) Omessa individuazione della violazione e falsa applicazione dell'art. 107 del d.lgs. n. 267 del 2000, in relazione alla violazione degli artt. 822, 823, 824 e 826 Cod. civ.; 3) Omessa individuazione della violazione e falsa applicazione dell'art. 107 del d.lgs. n. 267 del 2000, in relazione alla violazione dell'art. 823, comma 2, Cod. civ.; 4) Omessa individuazione della violazione e falsa applicazione dell'art. 107 del d.lgs. n. 267 del 2000, in relazione alla violazione dell'art. 823, comma 2, Cod. civ., in relazione alla violazione degli artt. 1 e 7 e seguenti della l. 7 agosto 1990, n. 241; 5) Omessa individuazione della violazione e falsa applicazione dell'art. 107 del d.lgs. n. 267 del 2000, in relazione alla violazione dell'art. 823, comma 2, Cod. civ., in relazione alla violazione e falsa applicazione degli artt. 12 e seguenti del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327; violazione degli artt. 1, 2 e 3 della l. n. 241 del 1990. Ha concluso per la riforma della sentenza impugnata e per l'accoglimento del suo ricorso di primo grado, con condanna del Comune della Spezia al risarcimento dei danni in favore della società.

Il Comune si è costituito in resistenza, domandando la reiezione dell'appello, di cui ha esposto l'infondatezza.

Entrambe le parti hanno affidato a memoria lo sviluppo delle rispettive tesi difensive.

La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 2 luglio 2020, svoltasi ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del d.-l. n. 18 del 2020, convertito dalla legge n. 27 del 2020, e dell'art. 4, comma 1, del d.-l. n. 28 del 2020, convertito dalla l. n. 70 del 2020, meglio indicati in epigrafe.

DIRITTO

1. Il Collegio non ravvisa i due errori su cui, secondo la prospettazione preliminare della società appellante, si sarebbe fondato il *decisum* del primo giudice.

1.1. Il primo errore denunciato riguarderebbe la constatazione della sentenza impugnata che il progetto dell'opera pubblica sull'area di proprietà comunale per cui è causa era stato approvato e integralmente finanziato. Secondo la società tale rilievo contrasterebbe con il disposto del d.l. 25 luglio 2018, n. 91 (c.d. "decreto Milleproroghe"), convertito dalla l. 21 settembre 2018, n. 108, che ha differito al 2020 l'efficacia delle convenzioni concluse ai sensi del d.P.C.M. 29 maggio 2017 nonché della delibera CIPE n. 2/2017, adottata ai sensi dell'art. 1, comma 141, della l. 11 dicembre 2016, n. 232, *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019*, tra cui rientra quella sottoscritta tra il Comune della Spezia e la Presidenza del Consiglio dei ministri per la realizzazione dell'opera stessa.

La doglianza non coglie nel segno.

Quanto esposto dalla società, piuttosto che confutare, conferma infatti che il progetto definitivo dell'opera pubblica è stato approvato, accertamento che, come evidente da quanto esposto in fatto, ha assunto un rilievo centrale nell'ambito delle ragioni che il primo giudice ha posto a base della reiezione del ricorso proposto dalla società; conferma poi che all'atto dell'approvazione (delibera giunta n. 220 del 31 maggio 2018), l'opera era assistita da un finanziamento statale già assegnato. In tale contesto, nulla muta considerando il sopravvenuto "congelamento" del finanziamento per *factum principis*.

Questo evento, in quanto idoneo in linea generale a determinare, al più, lo slittamento della realizzazione dell'opera pubblica, conseguenza che peraltro nella fattispecie sembra impedita dal fatto, rappresentato dal Comune, che l'opera è comunque finanziata da risorse proprie dell'Ente, non produce effetti giuridici né sull'avvenuta approvazione del progetto né sulla individuata copertura di spesa. Inoltre, è stato superato dall'art. 1, comma 913, della l. 20 dicembre 2018, n. 145, *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021*, che, in esito all'accordo raggiunto il 18 ottobre 2018 tra il Governo e l'ANCI, ha disposto che le convenzioni quali quella qui in rilievo producessero effetti finanziari dal 2019.

Tant'è che il Comune riferisce ulteriormente:

- di essere entrato nel possesso del bene di cui si discute, come accertato da questa Sezione del Consiglio di Stato nell'ordinanza cautelare n. 6099/2019, resa nell'ambito di un diverso contenzioso tra la società e il Comune;
- di aver pertanto potuto avviare la gara pubblica per la riqualificazione dell'area in cui esso è ricompreso (avviso GURI 30 dicembre 2019), la cui realizzazione rappresenta la condizione essenziale per il rimborso della relativa spesa da parte dello Stato.

1.2. A questo punto va rammentato che, come pure riferito in fatto, il primo giudice, a fronte del rapporto di natura privatistica evocato dalla società per sostenere l'impossibilità del Comune di ottenere il rilascio dell'area in proprietà comunale con il ricorso a poteri autoritativi, ha rilevato che: a) l'occupazione del bene da parte della società non era assistita da alcun titolo giuridico, non potendo la società vantare alcun contratto con il Comune avente a oggetto l'area stessa; b) anche volendo ammettere l'esistenza di un siffatto contratto, la società, con nota 21 marzo 2014, ne aveva comunque fissato la scadenza a una data antecedente (gennaio 2018) all'adozione del provvedimento impugnato (10 luglio 2018).

Tanto premesso, non è conducente il rilievo secondo cui l'affermazione *sub b)* sarebbe erronea: la notazione, appartenente con ogni evidenza alla categoria delle motivazioni c.d. “*ad abundantiam*” e fondata espressamente su un presupposto già definito come insussistente, non contiene alcun reale e autonomo accertamento, sicchè la società, che, come in seguito, non riesce a dimostrare l'esistenza del rapporto contrattuale negato dal primo giudice, non ha alcun interesse a contrastarne il contenuto.

2. Definite negativamente, come sopra, le questioni che l'appellante ha definito “preliminari”, può passarsi all'esame del primo motivo di appello, che si rivela infondato e va, pertanto, respinto.

2.1. Afferma la società appellante che il primo giudice ha errato nel non avvedersi che l'ordine di rilascio dell'area comunale per cui è causa, adottato nel 2018, è viziato da violazione del giudicato costituito dalla sentenza Tar Liguria n. 628/2017, passata in giudicato, che ha annullato il primo (su tre) ordine di rilascio della stessa area che il Comune aveva impartito alla società nel 2016.

2.2. Tenendo conto delle espresse argomentazioni in cui si sostanzia il motivo e delle parti della citata sentenza n. 628/2017 che l'appellante ha riproposto nel corpo dello stesso (talvolta evidenziandole e sottolineandole), può dedursi che, secondo la società, il primo giudice:

- a) ha considerato rilevanti, al fine di diversificare la fattispecie sottoposta a giudizio da quella pregressa, sopravvenienze inidonee a tale scopo (inserimento dell'opera pubblica da realizzarsi sull'area comunale *de qua* nel Programma triennale delle opere pubbliche 2018/2002 e approvazione del relativo progetto definitivo);
- b) ha mal interpretato la detta sentenza, ritenendola fondata su carenze motivazionali, mentre questa ha accertato a carico del pregresso provvedimento vizi sostanziali (impossibilità dell'Amministrazione di far ricorso all'autotutela esecutiva, stante l'esistenza di un rapporto contrattuale avente a oggetto la

conduzione dell'area in questione tra la società e il Comune, subentrato in quello precedentemente intercorso con Enel; appartenenza del bene al patrimonio disponibile; sussistenza dell'obbligo del Comune di comunicare l'avvio del procedimento), che caratterizzerebbero anche il provvedimento adottato da ultimo.

Dette argomentazioni non possono essere condivise.

2.3. Per la giurisprudenza (tra tante, Cons. Stato, V, 29 ottobre 2018, n. 6131), il nuovo atto emanato dall'amministrazione dopo l'annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento illegittimo è da considerarsi adottato in violazione o elusione del giudicato solo quando da quest'ultimo derivi un obbligo così puntuale e vincolato che il suo contenuto sia integralmente desumibile nei suoi tratti essenziali dalla sentenza (Cons. Stato, VI, 3 maggio 2011, n. 2602; IV, 13 gennaio 2010, n. 70; 4 ottobre 2007, n. 5188), perciò la verifica della sussistenza del vizio di violazione o elusione del giudicato implica il riscontro della difformità specifica dall'atto rispetto all'obbligo processuale di attenersi esattamente all'accertamento contenuto nella sentenza da eseguire (Cons. Stato, IV, 21 maggio 2010, n. 3233; V, 6 maggio 2013, n. 2418; VI, 7 giugno 2011, n. 3415; 5 dicembre 2005, n. 6963). In altre parole, la violazione del giudicato è configurabile quando il nuovo atto riproduca i medesimi vizi già censurati in giudizio ovvero quando sia in contrasto con precise e puntuali prescrizioni provenienti dalla statuizione della sentenza: mentre si ha elusione del giudicato quando l'amministrazione, pur provvedendo formalmente a dare esecuzione alle statuizioni della sentenza, persegue l'obiettivo di aggirarle in termini sostanziali, giungendo surrettiziamente allo stesso esito già ritenuto illegittimo (Cons. Stato, IV, 1° aprile 2011, n. 2070; 4 marzo 2011, n. 1415; 31 dicembre 2009, n. 9296).

Dette condizioni non sussistono nella fattispecie.

2.4. La sentenza n. 628/2017, resa in forma semplificata ex art. 74 Cod. proc. amm., ha ritenuto fondate, in relazione all'ordine di rilascio del bene del 2016, le ivi svolte censure di: a) "difetto di istruttoria di motivazione e di presupposti" e "contraddittorietà"; b) "violazione delle necessarie garanzie procedurali".

I vizi *sub a)* sono stati correlati: alla "*ricostruzione parziale*" della sottesa vicenda; alla carenza in ordine alla "*qualificazione del rapporto, necessario presupposto dell'ordine impartito*"; alla "*mancata specificazione della natura del bene*" e dei "*presupposti legittimanti il ricorso al solo formalmente richiamato art. 823 comma 2 c.c.*", specificandosi che "*nessun rilievo integrativo può essere in astratto riconosciuto alle difese comunali in giudizio*"; la violazione dell'obbligo di cui all'art. 7 della l. 7 agosto 1990, n. 241, è stata rilevata "*a fronte delle carenze evidenziate nell'atto*", ritenendosi che "*l'acquisizione di elementi in via partecipativa avrebbe consentito il necessario approfondimento di fatto e di diritto della complessa situazione al fine di verificare compiutamente la sussistenza, o meno, dei presupposti per l'esercizio del potere di autotutela esecutiva*".

Alla luce di tali acclaramenti, è corretto che la sentenza qui impugnata abbia osservato che la pregressa decisione n. 628/2017 si era fondata su meri vizi motivazionali inerenti la natura del bene oggetto di controversia e la qualificazione del rapporto con la società (profili che, di contro, ha ritenuto ben enucleati nel nuovo ordine di rilascio).

Infatti la sentenza n. 628/2017 non contiene alcun accertamento sostanziale in ordine alla vicenda controversa, né poteva contenerlo, dal momento che, come visto, ha rilevato come il provvedimento in quella sede impugnato, per carenze sue proprie, non facesse trapelare se nella fattispecie sussistessero o meno i presupposti dell'autotutela esecutiva.

Sicchè, per ragioni logiche ancor prima che giuridiche, la sentenza n. 628/2017 non ha precluso né all'Amministrazione la possibilità di concludere, all'esito di una nuova istruttoria effettuata anche alla luce del contenuto della sentenza stessa, per

la sussistenza dei presupposti per ottenere il rilascio del bene mediante il ricorso a poteri autoritativi, né al giudice amministrativo di valutare la legittimità della riedizione del potere alla sola stregua di quanto emergente dal rinnovato accertamento.

Nulla muta tenendo conto delle parti in cui la sentenza n. 628/2017:

- rileva che *“qualora il bene appartenga al patrimonio disponibile, l’Amministrazione è tenuta ad avvalersi dei mezzi ordinari di tutela previsti dal codice civile”*. L’affermazione infatti è condizionata ed espressamente resa *“in linea di diritto”*, attenendo appunto a una fattispecie in cui si imputava all’Amministrazione di non aver dato contezza della natura del bene;

- menziona un *“rapporto contrattuale avente ad oggetto la conduzione dell’area in questione, in cui il Comune è subentrato al precedente locatore Enel”*. Valgano le stesse ragioni di cui appena sopra, atteso che, una volta imputata all’Amministrazione la carenza di qualificazione del rapporto *“contrattuale”* con la società, residuava la possibilità dell’Amministrazione di valutarne, *in primis*, l’insussistenza;

Chiarito come sopra che la riedizione del potere amministrativo sfociata nell’atto in esame non si è posta in contrasto con il giudicato di cui alla sentenza n. 628/2017, non sussiste alcuna ragione per ritenere che nel suo ambito, l’Amministrazione, e poi il primo giudice, non dovessero considerare gli elementi sopravvenuti rispetto all’ordine di rilascio del 2016, ovvero l’inserimento dell’opera pubblica da realizzarsi sull’area in parola nel Programma triennale delle opere pubbliche comunali 2018/2020 e l’approvazione del relativo progetto definitivo: anzi, la considerazione di questi atti era imposta non solo dal consolidato principio secondo cui la legittimità degli atti amministrativi va parametrata allo stato di fatto e di diritto presente al momento dell’adozione dei relativi provvedimenti (da ultimo, Cons. Stato, IV, 6 aprile 2020, n. 2296), ma anche dalla necessità, derivante dal predetto giudicato, di inquadrare la fattispecie nei termini giuridici che le erano

propri, e che non potevano che essere quelli esistenti all'atto dell'adozione del nuovo provvedimento.

Infine, sono convincenti anche le motivazioni con cui il primo giudice ha escluso la violazione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, che va inteso in senso sostanziale e non formale (nei compiuti sensi declinati da Cons. Stato, V, 15 giugno 2015, n. 2928), con la conseguenza di non poter non riconoscere che nel tempo il Comune ha più volte rappresentato alla società la necessità di disporre dell'area di cui trattasi, e che l'ordine del 2018, diversamente dall'ordine del 2016, è intervenuto in un momento nel quale la società, anche per effetto del contenzioso nel frattempo intervenuto, aveva già avuto modo di esternare l'intero complesso delle proprie difese.

Si richiama al riguardo il consolidato indirizzo giurisprudenziale per cui le norme sulla partecipazione del privato al procedimento amministrativo non vanno applicate meccanicamente e formalmente, nel senso che occorre annullare ogni procedimento in cui sia mancata la fase partecipativa, dovendosi piuttosto interpretare nel senso che la comunicazione è superflua - con prevalenza dei principi di economicità e speditezza dell'azione amministrativa - quando l'interessato sia venuto comunque a conoscenza di vicende che conducono all'apertura di un procedimento con effetti lesivi nei suoi confronti (fra le tante, Cons. Stato, V, 20 febbraio 2020, n. 1290; IV, 30 settembre 2002, n. 5003).

2.5. Resta solo da aggiungere che correttamente il primo giudice ha escluso la violazione dell'ordinanza cautelare del Tar Genova n. 105/2018, di cui meglio in fatto, che pure la società richiama nel corpo dell'appello, rilevando che detta pronuncia cautelare era riferita a un atto non più sussistente (il secondo ordine di rilascio datato 8 febbraio 2018), in quanto annullato in via di autotutela amministrativa.

3. E' infondato e va respinto il secondo mezzo, con il quale la società sostiene sotto due diversi profili l'impossibilità del Comune di far ricorso ai poteri autoritativi per entrare nel possesso dell'area di sua proprietà.

3.1. In particolare, non è accoglibile la prima linea argomentativa, finalizzata a dimostrare la sussistenza di un rapporto *iure privatorum* con l'Amministrazione avente a oggetto il bene per cui è causa, in quanto:

- la società torna a rappresentare l'erroneità dell'affermazione del primo giudice secondo cui la stessa società aveva fissato la scadenza dell'asserito rapporto contrattuale intercorrente con il Comune e avente a oggetto l'area *de qua* a una data antecedente all'adozione del provvedimento impugnato (10 luglio 2018). Al riguardo, si richiama quanto già rilevato al precedente capo 1.2.;

- la società afferma che il Comune sarebbe subentrato nel contratto di concessione del 1988 da essa stipulato con Enel , avente originariamente titolo precario e temporaneo esclusivamente a causa di una servitù di elettrodotto insistente sul terreno, e poi trasformatosi in contratto di locazione ai sensi della l. 27 luglio 1978, n. 392, *Disciplina delle locazioni di immobili urbani* (c.d. legge sull'equo canone). L'argomentazione è contraria alla ricostruzione della vicenda come effettuata dal primo giudice e riportata in fatto, che fa emergere come la concessione in parola sia stata disdettata dall'allora proprietaria dell'area con atto del 20 giugno 2003, che è stata anche richiamata da Enel Produzione s.p.a. nell'atto 23 giugno 2003 di cessione dell'area al Comune a titolo gratuito. La tesi della società secondo cui l'Amministrazione sarebbe subentrata nel contratto per effetto di tale ultimo atto non risulta quindi assistita dalle evidenze documentali, che attestano, ulteriormente, come l'Amministrazione, una volta divenuta proprietaria dell'area, abbia adottato vari atti volti al suo rilascio. Le stesse conclusioni valgono per l'affermazione che il Comune avrebbe sempre agito nei confronti della società *iure privatorum*: al riguardo, basti considerare che l'Amministrazione, come visto, ha

adottato dal 2016 tre diversi ordini di rilascio (l'ordine del 2016, annullato dalla ridetta sentenza del Tar Liguria n. 628/2017; l'ordine 8 febbraio 2018, poi annullato in via di autotutela; l'ordine del 10 luglio 2018, oggetto dell'odierna controversia). Infine, la circostanza che il Comune abbia avanzato la pretesa al pagamento di canoni ricognitori per l'occupazione abusiva del bene non implica in alcun modo assenso alla costituzione del rapporto;

- la società afferma che il rapporto *iure privatorum* è stato riconosciuto dalla sentenza del Tar Liguria n. 628/2017. Ma si è già visto al precedente capo 2.4. che così non è.

3.2. Con la seconda linea argomentativa la società sostiene che il primo giudice ha effettuato un non pertinente parallelismo tra la fattispecie in esame e i procedimenti espropriativi, omettendo di considerare che la mera approvazione del progetto definitivo di un'opera pubblica da realizzarsi sull'area comunale per cui è causa non è elemento idoneo ad attribuire all'area stessa il carattere della indisponibilità, per carenza delle caratteristiche *in re ipsa* del bene medesimo, ovvero della concreta e attuale destinazione dello stesso al pubblico servizio richiesta dalla costante giurisprudenza: il Comune non avrebbe pertanto potuto avvalersi dell'autotutela esecutiva *ex art. 823, comma 2, Cod. civ.*, prevista, oltre che per i beni demaniali, per i beni del patrimonio indisponibile.

La doglianza non convince.

E' vero che, secondo consolidata giurisprudenza, l'inclusione di un bene nel patrimonio indisponibile comunale soggiace a due condizioni congiunte, l'una soggettiva e l'altra oggettiva, costituite rispettivamente: dalla manifestazione di volontà dell'ente titolare del diritto reale pubblico, desumibile da un espresso atto amministrativo, di destinare quel determinato bene a un pubblico servizio, e l'effettiva e attuale destinazione del bene a pubblico servizio (tra tante, Cons. Stato,

VI, 29 agosto 2019, n. 5934; IV, 30 gennaio 2019, n. 513; Cass. Civ., Sez. un., 25 marzo 2016, n. 6019; 28 giugno 2006, n. 14685).

Ma, fermo tale principio, va condiviso l'assunto del primo giudice che – rilevato come il provvedimento impugnato avesse specificato l'appartenenza del bene al patrimonio indisponibile del Comune e la carenza in capo alla società di qualsiasi titolo a proseguirne l'occupazione e di alcun interesse meritevole di tutela giuridica – ha ritenuto che l'approvazione del progetto definitivo dell'opera pubblica assistito da specifico finanziamento abbia segnato il momento iniziale dell'attribuzione al bene del carattere della indisponibilità, essendo paradossale che un atto implicante di suo la legittimazione all'esproprio di beni privati non legittimi l'utilizzazione di un bene già in proprietà comunale, mediante la rimozione autoritativa della situazione di occupazione abusiva.

Il Collegio, del resto, non ravvisa nell'approvazione del ridetto progetto l'ipotesi ventilata dalla società di destinazione al pubblico servizio "*pro futuro*", incompatibile con la sussistenza della ridetta condizione oggettiva.

L'opera pubblica di che trattasi è infatti parte di un più vasto intervento comunale di riqualificazione urbana e sicurezza delle periferie, ai sensi della l. 28 dicembre 2015, n. 208, *Legge di stabilità 2016*, art. 1, commi 974 e 975, sicchè il vincolo alla destinazione pubblica della relativa area non può che discendere direttamente, con caratteri di attualità e concretezza, dall'atto di approvazione del relativo progetto, già finanziato, anche per effetto della sua specifica localizzazione all'interno del generale ambito territoriale oggetto di sistemazione complessiva: ogni diversa opzione refluirebbe nella sostanziale riconduzione del progetto stesso a uno stadio meramente programmatico, del tutto incoerente sia con l'avanzato stato del procedimento inerente la realizzazione dell'opera che con la corrente attuazione del programma nel quale esso si inserisce.

3.3. Le altre argomentazioni pure esposte nel mezzo (irrealizzabilità dell'opera stante il congelamento dei relativi fondi; l'essere il bene oggetto di un contratto di natura privatistica) sono già state esaminate e respinte ai capi precedenti.

4. E' infondato e va respinto il terzo motivo, con cui la società lamenta che il primo giudice non si sia avveduto che, come lamentato nel ricorso di primo grado, l'ordine di rilascio non ha esposto le sottese ragioni di interesse pubblico.

Anche in relazione a tale censura, il Collegio ritiene di aderire all'avviso del primo giudice secondo cui *“l'interesse alla restituzione di un'area comunale occupata senza titolo sussiste in re ipsa e non necessita di essere dimostrato con diffusa motivazione. In ogni caso, il provvedimento impugnato contiene una dettagliata illustrazione dei motivi che impongono il rilascio di un'area destinata alla realizzazione di un'opera pubblica già assistita da specifici finanziamenti che il ritardo nell'avvio dei lavori pone a repentaglio”*.

Del resto, il mezzo fonda su argomentazioni tutte già qui negativamente esaminate (l'impossibilità di ritenere abusiva l'occupazione dell'area da parte della società; l'impossibilità di realizzare l'opera pubblica sulla stessa prevista per il “congelamento” dei relativi fondi; il giudicato di cui alla sentenza Tar Liguria n. 628/2017) potendosi solo aggiungere in relazione alle ulteriori difese avanzate dall'appellante che:

- non rileva la circostanza che l'opera non fosse stata appaltata all'atto del provvedimento qui in esame, evenienza che, come già riferito al precedente capo 1.1., è dipesa esclusivamente dal protrarsi dell'occupazione abusiva;
- l'adeguatezza della motivazione dell'ordine di rilascio del 2018 va scrutinata alla luce delle sole ragioni ivi esposte, a prescindere da quelle poste a base dei precedenti provvedimenti adottati dal Comune, giacchè, in particolare, i due precedenti ordini di rilascio hanno allo stato valenza meramente storica, perché, come visto, annullati il primo in via giudiziale e il secondo o in sede di autotutela, e

gli inviti al rilascio risalenti agli anni dal 2010 al 2014 non potevano tener conto delle esigenze pubbliche sopravvenute;

- alla luce dell'avanzato stato di avanzamento del relativo procedimento, non può ritenersi che la realizzazione dell'opera pubblica sia inficiata dalla mera presenza sull'area di un oleodotto e connessa servitù, sicchè bene ha fatto il primo giudice a rilevare la genericità di un siffatto rilievo.

5. E' infondato e va respinto il quarto motivo, con cui la società, invocando nuovamente la sentenza Tar Genova n. 628/2017, insiste per la sussistenza di un rapporto contrattuale con l'Amministrazione comunale avente a oggetto l'area di cui si discute, la non appartenenza dell'area stessa al patrimonio indisponibile comunale, e denuncia nuovamente la violazione dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento culminato con l'ordine di rilascio in esame: si tratta di argomentazioni tutte già negativamente scrutinate ai capi che precedono.

Deve aggiungersi che non è ravvisabile nella fattispecie *de qua* il legittimo affidamento pure invocato nella censura.

Come noto, e come rilevato dal primo giudice, chi occupa abusivamente un bene in proprietà pubblica, anche nel caso in cui l'occupazione si protragga da anni, non può vantare alcuna aspettativa giuridicamente rilevante alla prosecuzione di tale stato di fatto (tra tante, Cons. Stato, VI, 31 luglio 2017, n. 394).

6. E' infondato e va respinto il quinto e ultimo motivo.

La società ha lamentato in primo grado che la delibera di approvazione del progetto esecutivo dell'opera pubblica da realizzarsi sull'area per cui è causa non fosse stata preceduta dagli incombenti procedimentali necessari alla dichiarazione di pubblica utilità dell'opera stessa.

Il primo giudice, oltre a ritenere la censura non conferente alla fattispecie controversa, trattandosi di bene già appartenente al Comune e non acquisito

attraverso una procedura espropriativa, ha ritenuto l'inammissibilità della doglianza, stante la mancata indicazione degli adempimenti asseritamente omessi. Tale ultima conclusione va qui confermata: la società lamenta nuovamente che il Comune non ha seguito l'*iter* procedimentale di cui agli artt. 12 e ss. del d.P.R. n. 327 del 2001, senza indicare quali siano gli adempimenti omessi: la mera indicazione nella proposizione del ricorso amministrativo di primo grado della violazione di fonti normative, senza specificare in modo circostanziato sotto quale profilo le stesse sarebbero state violate, si pone in contrasto con l'art. 40, Cod. proc. amm., che stabilisce al comma 1, lett. d), che i motivi su cui fonda il ricorso devono essere "specifici", e al comma 2 che i motivi proposti in violazione del comma 1, lettera d), sono inammissibili.

7. Per tutto quanto precede, l'appello deve essere respinto.

Le spese di giudizio del grado, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, lo respinge.

Condanna la parte appellante alla refusione in favore della parte resistente delle spese di giudizio del grado, che liquida nell'importo pari a € 5.000,00 (euro cinquemila/00).

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

Così deciso nella camera di consiglio del 2 luglio 2020, svoltasi ai sensi dell'art. 84, comma 6, del d.-l. n. 18 del 2020, convertito dalla l. n. 27 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO