

n. 28855/2004 R.G.

sent. 1306/07  
R. 1642/07

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
il TRIBUNALE di MILANO

in composizione monocratica

Sezione IV civile

Giudice Giovanni Rollero

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

Nella causa civile iscritta al numero di Ruolo Generale sopra riportato, assegnata a sentenza alla udienza del 9 novembre 2006 ed introitata per la decisione in data 23 gennaio 2007, promossa

DA

[REDACTED]

[REDACTED] elettivamente domiciliato in via Lamarmora nr. 40/a, Milano, presso lo studio dell'Avvocato Paola Cattaneo, che lo rappresenta e difende per delega a margine dell'atto di citazione,

**ATTORE**

CONTRO

[REDACTED] elettivamente domiciliato in Galleria San Babila nr. 4/a, Milano, presso lo studio dell'Avvocato Mario Viviani, che lo rappresenta e difende per delega a margine della comparsa di costituzione e risposta,

**CONVENUTO**

Srl ZEMME via Di Vittorio nr. 104, San Donato Milanese

**CONVENUTA contumace**

**Oggetto:** diritto di proprietà

**Conclusioni:** come da fogli allegati

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato il [redacted] conveniva in giudizio il Comune di quella località e la [redacted] ed esponeva che.

- nei primi mesi del 2002 la società convenuta, esercente un'attività commerciale di bar in locali al piano terra del fabbricato condominiale, aveva collocato su un'area costituente parte comune una struttura fissa del tipo "gazebo", senza alcuna autorizzazione del Condominio;
- l'amministratore condominiale, appreso dal legale rappresentante della [redacted] che la società era in possesso delle prescritte autorizzazioni comunali, aveva verificato presso gli uffici competenti dell'ente locale che fin dal 1999 era stata rilasciata una concessione per l'occupazione permanente dell'area antistante il pubblico esercizio della [redacted] denominato "[redacted]";
- si era appurato in quella occasione che l'occupazione di suolo pubblico per 54 mq era stata autorizzata solo per la posa di tavolini e sedie e non anche per l'installazione di una struttura fissa, della quale il Comune ordinava la rimozione, revocando la precedente concessione;
- successivamente, il 4 marzo 2003, la [redacted] aveva ripresentato una richiesta per la concessione di suolo pubblico per la posa di tavolini, sedie ed ombrelloni ed il Comune aveva avviato il relativo procedimento amministrativo, informandone il Condominio, che aveva diffidato l'amministrazione comunale a rilasciare qualsivoglia concessione in difetto di un'autorizzazione del Condominio;
- a tale diffida aveva replicato il Comune, sostenendo la possibilità di emettere un provvedimento concessorio avente ad oggetto un suolo privato asservito ad uso pubblico.

Su queste premesse il Condominio attore, osservato che la proprietà privata dell'area non era contestata dal Comune, che aveva sempre reclamato una servitù di uso pubblico sulla stessa, sosteneva che sarebbe stato onere dell'ente pubblico provare il preciso contenuto del vincolo e riaffermava la giurisdizione in materia dell'autorità giudiziaria ordinaria.

Nel merito, l'attore sosteneva che il Comune di [redacted] poteva essere considerato unicamente titolare di una servitù, costituita per *dicatio ad patriam*, per il pubblico

passaggio sull'area privata costituente parte comune del [redacted] Ne derivava l'illegittimità di qualsiasi concessione comunale per utilizzazioni del fondo privato diverse dal passaggio pubblico.

L'attore, pertanto, chiedeva che, previa disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi adottati dal Comune di [redacted] si accertasse la piena ed esclusiva "proprietà condominiale" sull'area antistante il condominio e prospiciente la via Di Vittorio, con il solo vincolo della servitù di uso pubblico, ove la stessa fosse stata dimostrata dal Comune; si chiedeva anche che fosse accertata l'inesistenza di qualsiasi diritto della [redacted] ad occupare la superficie condominiale antistante il [redacted] e che, pertanto, fosse ordinato alla società convenuta di rilasciare immediatamente l'area occupata illegittimamente.

Si chiedeva, infine, la condanna generica dei convenuti, in via solidale, al risarcimento dei danni cagionati dall'illegittima occupazione, anche in relazione al danno esistenziale arrecato ai condomini.

Con comparsa tempestivamente depositata il 21 giugno 2004, si costituiva il Comune di [redacted] [redacted] eccependo di essere divenuto proprietario dell'area rivendicata dal Condominio in virtù dell'istituto della accessione invertita, per avere negli anni 1988/1989 eseguito la "completa ricostruzione della via Di Vittorio... compresa la sistemazione di zone limitrofe", fra le quali anche l'area in origine compresa fra le parti comuni del Condominio attore.

I relativi lavori erano stati deliberati dal Consiglio comunale il 14 luglio 1988 ed erano stati ultimati il 25 agosto 1989. L'esecuzione delle opere non aveva dato luogo ad alcuna lamentela da parte dei condomini di via Di Vittorio nr. 104, che, anzi, avevano presentato al sindaco un'istanza affinché fossero apportate alcune modifiche al progetto originario "di sistemazione di area pubblica, attigua".

L'irreversibile trasformazione dell'area, determinata dalla realizzazione dell'opera pubblica, aveva comportato il trasferimento della proprietà dell'area in capo al Comune per accessione invertita e si sosteneva l'irrelevanza del fatto che il Comune non avesse mai formalmente affermato di essere proprietario a tale titolo fino alla domanda riconvenzionale proposta in questo giudizio; al riguardo si osservava che neppure il Condominio aveva mai in precedenza rivendicato la proprietà dell'area.

Per l'eventualità in cui si fosse riconosciuta la proprietà privata dell'area, si sosteneva che il comportamento del Condominio era stato tale da mettere il bene con continuità a disposizione della collettività, con la conseguente creazione di una servitù di uso pubblico, costituita con l'inizio dell'uso e di contenuto non limitato al solo pubblico passaggio, come preteso dall'attore, atteso che il Condominio aveva sempre consentito non solo il passaggio, ma anche la posa di tavoli e sedie

sull'area che già negli anni 1996,1997 e 1998 aveva costituito oggetto di concessioni temporanee di occupazione e che nel 1999 era stata concessa alla [redacted] in via permanente per una superficie di mq 54

Ne conseguiva la legittimità della concessione al titolare del [redacted], per la "posa di sedie, tavoli ed ombrelloni" e si affermava che il Condominio attore non poteva pretendere di far cessare la servitù di uso pubblico con la presente iniziativa giudiziaria, posto che tali diritti reali non si estinguono per la mera volontà del proprietario del fondo servente.

Si eccepiva, infine, la carenza di legittimazione del condominio ad agire per ottenere il risarcimento del danno esistenziale arrecato ai singoli condomini.

Il Comune concludeva, pertanto, per il rigetto di tutte le domande dell'attore e chiedeva, in via riconvenzionale, l'accertamento della proprietà comunale dell'area in contestazione, acquistata per accessione invertita o, in subordine, l'accertamento dell'esistenza di una servitù di uso pubblico del Comune sull'area in questione, acquisita in forza di *dicatio ad patriam* e comprendente anche la facoltà di posa di tavoli e sedie.

All'udienza di prima comparizione, celebrata il 6 ottobre 2004, era dichiarata la contumacia della convenuta [redacted]

All'udienza del 9 dicembre 2004, fissata per gli incumbenti ex art. 183 cpc, erano assegnati i termini per la precisazione e modifica delle domande e per richieste istruttorie e produzioni documentali.

All'udienza del 30 giugno 2005 la causa era ritenuta matura per la decisione.

All'udienza del 9 novembre 2006 le parti precisavano le conclusioni come da fogli allegati e, dopo il rituale scambio di comparse conclusionali e repliche, il 23 gennaio 2007 la causa era trattenuta per la decisione.



## MOTIVI DELLA DECISIONE

L'ordine logico e giuridico delle questioni poste dalle parti impone di verificare, in primo luogo, se il Comune di [REDACTED] abbia acquistato per accessione invertita la proprietà dell'area di 54 mq., antistante il pubblico esercizio denominato [REDACTED] al nr. 104 della via Di Vittorio

E' noto che da tempo (a partire da Cass. Sez. un. sent. nr. 1464/1983) si è consolidato nella giurisprudenza di legittimità un orientamento secondo il quale la pubblica amministrazione diventa proprietaria del suolo a titolo di accessione invertita quando con la costruzione di un'opera pubblica muta irreversibilmente la destinazione del fondo, con radicale trasformazione dello stesso. (l'esempio scolastico, che è, poi, anche la fattispecie concreta che ha stimolato il richiamato indirizzo interpretativo è quello della "occupazione appropriativa" di un fondo privato per la costruzione di un'autostrada).

Nel caso di specie il Comune convenuto non ha chiarito in che modo i "lavori di ricostruzione" della via Di Vittorio - per la cui progettazione era stato incaricato l'ing. [REDACTED] con delibera di Consiglio comunale del 19 aprile 1988 e la cui esecuzione venne deliberata il 14 luglio dello stesso anno - abbiano interessato la piccola area privata in contestazione. In particolare, non si è in alcun modo specificato ( ad es. con la produzione dei progetti dei lavori pubblici eseguiti - sebbene gli stessi fossero allegati alla delibera di Consiglio comunale, come si legge nel testo della stessa - ovvero con documentazione fotografica precedente e successiva l'esecuzione dei lavori, con documentazione di cantiere ecc.) se e, in caso affermativo, in quale misura le opere stradali e di arredo a verde della via Di Vittorio abbiano comportato una radicale trasformazione dei 54 mq. di proprietà privata, con irreversibile destinazione di tale fondo ad opera pubblica.

La natura pubblica dei lavori che, in tesi, avrebbero interessato il fondo privato e, quindi, il fatto che gli stessi siano stati posti in essere all'esito di un procedimento amministrativo e nel quadro di un contratto di appalto per lavori pubblici, rende del tutto inverosimile l'ipotesi che la domanda del Comune convenuto non abbia potuto trovare supporto probatorio di carattere documentale, senza considerare, peraltro, l'inammissibile genericità della prova orale capitolata sul punto dal convenuto (v. sub I della memoria ex art. 184 cpc per il Comune di [REDACTED] e, da altro punto di vista, l'inaffidabilità di una prova testimoniale assunta circa venti anni dopo i fatti dedotti in un giudizio avente ad oggetto l'accertamento dell'acquisto della proprietà immobiliare, materia che, più di ogni altra, postula esigenze di "certezza".

Del resto, ha correttamente osservato la difesa di parte attrice (v. a pag. 8 della comparsa conclusionale) che prima dell'instaurazione di questo giudizio lo stesso Comune non aveva mai affermato di essere proprietario dell'area di cui si discute, ma anzi, replicando ad una diffida dell'amministratore condominiale in data 2 aprile 2003 (doc. 9 fasc. attore), aveva espressamente qualificato la piccola porzione immobiliare come "suolo privato asservito ad uso pubblico". (così nella nota del 15 aprile 2003 del dirigente "area gestione territorio, ambiente ed attività produttive" del Comune di S. [redacted] doc. 10 fasc. attore)

E' anche da dire che l'asservimento ad uso pubblico del suolo privato in questione era stata riconosciuta dallo stesso Condominio fin dall'esordio della vicenda sfociata in questo giudizio (v. la missiva del 2 aprile 2003 dell'amministratore condominiale già in precedenza citata) e che anche in questa sede (v. in particolare, a pag. 15 della comparsa conclusionale per l'attore) il Condominio ha riconosciuto che: "Allo stato... non può che rilevare la situazione di fatto che vede il pubblico passaggio esercitato sull'area di proprietà del Condominio e null'altro".

Conviene, pertanto, l'attore che per effetto di *dicatio ad patriam* è stato costituito sul fondo controverso un diritto di uso pubblico per il passaggio di tutti i membri della collettività *uti cives*, senza che per questo ne sia venuta meno la natura di area oggetto di proprietà privata, quale parte comune condominiale, con la conseguente illegittimità di provvedimenti concessori, disapplicabili in quanto lesivi di un diritto soggettivo, ad esclusivo beneficio di singoli. (nel caso di specie la convenuta contumace, esercente del "[redacted]")

A questa tesi replica il Comune di [redacted] sc, sostenendo conclusivamente che "il contenuto del diritto di uso pubblico acquistato dal Comune per effetto della *dicatio ad patriam* ... non è limitato al solo transito. Il condominio, infatti, ha - sin dal 1996 - consentito non solo il passaggio, ma anche la posa di tavoli e sedie sull'area di cui si tratta".

Il riferimento difensivo è ai provvedimenti di concessione temporanea emessi per gli anni 1996, 1997 e 1998, seguiti nel 1999 da una concessione permanente a favore della società che gestisce l'esercizio commerciale di bar.

Un precedente in termini è offerto da Cass. Sez. un. sent. nr. 158/1999, così massimata: "l'amministrazione comunale, titolare di una servitù di pubblico passaggio su un'area privata, può su di essa esercitare i soli poteri che siano rivolti a garantire e disciplinare l'uso generale da parte della collettività, nell'ambito del pubblico interesse giustificativo della servitù medesima, e, pertanto, ove il titolo costitutivo della servitù non lo consenta espressamente, non può concedere ad un singolo usi eccezionali e particolari su porzioni di detto immobile (come quello relativo ad un chiosco per la rivendita di giornali), essendo siffatto potere concessorio incompatibile con il diritto dominicale del privato e non potendo, d'altro canto, neppure farsi discendere dalla parificazione.

operata da parte degli art. 38 e 39 del d.lg. n. 507 del 1993 (e di un correlato regolamento comunale), delle aree private soggette a servitù di pubblico passaggio a quelle del demanio o del patrimonio indisponibile, agli effetti dell'applicazione della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche, in quanto tale parificazione - avente giustificazione nella circostanza che l'occupazione limita il godimento della servitù da parte della collettività e, dunque, può importare un corrispettivo - attiene esclusivamente al piano dei rapporti tributari e comporta soltanto che il comune possa pretendere la tassa da chi occupa l'area in forza di contratto con il privato proprietario o possa interferire, inibendolo o subordinandolo a propria autorizzazione, in ragione della sindacata giustificazione, sul diritto del proprietario di cedere a terzi l'uso di porzioni dell'area

L'applicazione di questi principi giuridici nel caso di specie porta a conclusioni assai lineari: l'asservimento dell'area privata condominiale a passaggio pubblico, da un lato, autorizza il Comune a prendere tutti i provvedimenti necessari per regolare l'esercizio del passaggio (ad es., la collocazione *in loco* di un semaforo, di "strisce" pedonali, dei c.d. "dissuasori della sosta" ecc.) ma esclude che l'ente pubblico possa concedere a taluno l'uso esclusivo del suolo privato o, comunque, un uso dello stesso o di una sua porzione esorbitante il mero esercizio del passaggio

Per scongiurare questa ineluttabile conclusione la difesa di parte convenuta ha sostenuto che, non opponendosi fino al 2002 alla posa di tavolini e sedie sui 54 mq. di proprietà condominiale, l'attore avrebbe messo a disposizione della collettività l'area "consentendovi non solo il pubblico passaggio, ma anche la posa di tavolini e sedie ed il loro uso da parte di chiunque".

Ora, pur prescindendo dai dubbi circa la sufficienza, ai fini della costituzione di un diritto per *dicatio ad patriam*, di un comportamento puramente omissivo, serbato da un mero ente di gestione di una pluralità di condomini e protratto per un periodo temporale non particolarmente apprezzabile, non si può fare a meno di osservare che in alcun modo la posa di tavolini e sedie da parte del gestore di un esercizio di bar ed all'esclusivo servizio dell'attività commerciale ivi svolta può integrare una modalità di "uso pubblico" del fondo privato condominiale.

Nè può sostenersi che la concessione ad un privato di una facoltà esclusiva di uso dell'area incompatibile con il contenuto del diritto di proprietà dei condomini possa farsi discendere "dal contenuto del fatto giuridico costitutivo della servitù di uso pubblico" (così la memoria di replica per il Comune di S. [redacted] alle pagg. 3-4).

Tale argomento, infatti, non considera che per effetto di *dicatio ad patriam* è stata pacificamente costituita, quantomeno dal 1988/1989, una servitù (o, più propriamente, in assenza di un fondo che possa dirsi dominante, un diritto) di uso pubblico del fondo privato per il passaggio.

L'iniziativa recente del Comune, contro cui ha reagito il Condominio, di dare in concessione l'area alla [redacted] da un lato lede il diritto di proprietà dei condomini e, d'altro lato, vanifica proprio quell'uso pubblico per il passaggio che ha costituito la sola ragione giustificatrice dell'imposizione di un peso sulla proprietà privata.

Una condotta siffatta potrebbe essere consentita, come ha chiarito la giurisprudenza di legittimità sopra richiamata, solo se fosse espressamente consentita dal titolo costitutivo della servitù (ad es. un contratto): l'opinione del Comune convenuto, secondo cui la legittimazione dell'ente pubblico a concedere ad un privato l'uso esclusivo di un bene altrui si dovrebbe trarre dalla non immediata reazione (qualificata come condotta costitutiva, per *dictio ad patriam*, di un'inedita servitù di uso pubblico per... la posa di tavolini da bar!) del proprietario all'abuso si risolve, a ben vedere, in un singolare (visto il soggetto da cui proviene) tentativo di legittimazione dell'abuso stesso, che non merita davvero tutela in questa sede.

Sono doverosi, pertanto, l'accertamento della natura di parte comune condominiale dell'area di 54 mq oggetto dell'atto di concessione nr. 35/1999 del 28 aprile 1999 del Comune di [redacted], previa disapplicazione di questo atto amministrativo illegittimo perché lesivo del diritto di proprietà dei condomini di via Di Vittorio nr. 104, (di qui la giurisdizione, incontestata, dell'autorità giudiziaria ordinaria) la condanna della convenuta contumace [redacted] a rilasciare libera da cose tale porzione immobiliare.

Il Condominio ha chiesto anche la condanna solidale dei convenuti al risarcimento del danno derivante dalla occupazione, anche in relazione al danno esistenziale dei condomini.

E' da dire subito che l'amministratore del Condominio è sicuramente privo di legittimazione ad agire in giudizio per il risarcimento del danno esistenziale (del resto, in concreto, neppure allegato ed, invero, difficilmente ipotizzabile) sofferto da singoli condomini.

Pare fondata, invece, la richiesta risarcitoria nei confronti della sola [redacted] limitatamente al pagamento al Condominio di un'indennità per l'illegittima occupazione dell'area comune a partire dal 6 marzo 2002 (data della prima contestazione da parte dell'amministratore rag. [redacted] fino all'attualità, a seguito della su menzionata, illegittima concessione.

La misura dell'indennizzo dovrà essere eventualmente liquidata in separato giudizio, avuto riguardo, in concreto, anche alla durata (continuativa ovvero stagionale) dell'illegittima occupazione del suolo condominiale.

Alla soccombenza del Comune di [redacted] e della [redacted] egue, di diritto, la condanna solidale alla rifusione delle spese di lite dell'attore, liquidate come da dispositivo.

**PQM**

**IL TRIBUNALE DI MILANO**  
in composizione monocratica

definitivamente pronunciando, nella contumacia della [REDACTED] e nel contraddittorio delle altre parti, respinta o assorbita ogni diversa domanda, eccezione, deduzione,

**DICHIARA**

che l'area di 54 mq oggetto dell'atto di concessione nr. 35/1999 del 28 aprile 1999 del [REDACTED] costituisce parte comune del Condominio di via Di Vittorio nr. 104, San Donato Milanese, gravata di diritto di uso pubblico per il solo passaggio e, previa disapplicazione del predetto atto amministrativo,

**CONDANNA**

la [REDACTED] a rilasciare libera da cose l'area suddetta in favore del Condominio di via Di Vittorio nr. 104, San Donato Milanese;

**CONDANNA**

la [REDACTED] a pagare al [REDACTED] San Donato Milanese un'indennità, da liquidare in separato giudizio, per l'illegittima occupazione dal 6 marzo 2002 dell'area di 54 mq oggetto dell'atto di concessione nr. 35/1999 del 28 aprile 1999 del Comune di San Donato Milanese;

**RIGETTA**

ogni altra domanda delle parti e

**CONDANNA**

il [REDACTED] e la [REDACTED] in solido fra loro, a rimborsare al [REDACTED] e [REDACTED] le spese di lite, che si liquidano in € 310,00 per spese, € 1.800,00 per diritti, € 4.200,00 per onorari, € 750,00 per rimborso forfetario del 12,5% su diritti ed onorari e, così complessivamente, in € 7.060,00 oltre IVA e CPA come per legge.

Così deciso in Milano, il 5 febbraio 2007.

il Giudice  
Giovanni Rollero  
4<sup>a</sup> SEZIONE CIVILE  
DEPOSITATO OGGI  
14 FEB 2007