

N. 02212/2010 REG.SEN.
N. 02391/2007 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 2391 del 2007, proposto da:

Valli Isolina Lucia, Perlasca Elisa, Valli Mario e Valli Severino, rappresentati e difesi dall'avv. Daniele Lucchetti, domiciliati ex lege presso la segreteria del Tar, in Milano, via Corridoni, n. 39;

contro

Comune di Lezzeno, rappresentato e difeso dagli avv. Gian Paolo Cimolino e Paolo Mantegazza, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Milano, viale Monte Nero, n. 78;

nei confronti di

Valli Giulio, rappresentato e difeso dagli avv. Vincenzo Bosisio e Riccardo Corbetta, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Milano, via S.Cecilia, n. 5;

per l'annullamento

della delibera del Consiglio Comunale di Lezzeno n. 15 del 10 luglio 2007, avente ad oggetto "modifica convenzione approvata con delibera di Consiglio Comunale

n. 27 del 29.11.2004 ad oggetto realizzazione box interrati ad uso privato con cessione area soprastante a parcheggio pubblico località Pescaù”, nonché di tutti gli atti antecedenti, conseguenti e comunque connessi al provvedimento impugnato ed in particolare della delibera di C.C. n. 7 del 15.4.2004 di approvazione del progetto di realizzazione di box interrati ai sensi della l. n. 122/1989 e l. reg. n. 22/99, art. 41.6 delle n.t.a. al p.r.g.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Lezzeno e di Valli Giulio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2010 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori Daniele Lucchetti, Gian Paolo Cimolino e Fabiana Ronzoni (in sostituzione di Corbetta);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. I ricorrenti impugnano la delibera del Consiglio Comunale di Lezzeno n. 15 del 10 luglio 2007, avente ad oggetto “modifica convenzione approvata con delibera di Consiglio Comunale n. 27 del 29.11.2004 ad oggetto: realizzazione box interrati ad uso privato con cessione area soprastante a parcheggio pubblico in località Pescaù” e la delibera del Consiglio Comunale n. 7 del 15.4.2004 di approvazione del progetto di realizzazione di box interrati.

2. Queste le censure dedotte:

I. eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica; manifesta irragionevolezza ed illogicità; eccesso di potere; omessa motivazione; violazione e falsa applicazione degli artt. 47 e 67, l. reg. n. 12/2005; art. 9, c.1, l. n. 122/1989; eccesso di potere

per inosservanza del principio della par condicio; violazione del principio di buon andamento ed imparzialità dell'attività della p.a.;

II. violazione e falsa applicazione dell'art. 2, l. n. 241/1990 sull'obbligo informativo; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; violazione dell'obbligo di buon andamento dell'azione amministrativa; eccesso di potere per mancata instaurazione del contraddittorio; eccesso di potere per carenza di istruttoria e sviamento dalla causa tipica; ingiustizia manifesta: il Comune non ha chiesto ai soggetti parte della convenzione l'esibizione del titolo di proprietà;

III. violazione del principio di efficacia e trasparenza dell'azione amministrativa; eccesso di potere per sviamento del procedimento ed illogicità manifesta; vizi del procedimento di adozione e approvazione della variante al p.r.g.; violazione degli artt. 7 e ss., l. n. 241/1990: i ricorrenti, proprietari frontisti della strada privata che permette l'accesso al lastrico solare ove sono stati realizzati i parcheggi pubblici non sono stati informati dell'avvio del procedimento;

IV. violazione e falsa applicazione dell'art. 3, l. n. 241/1990; eccesso di potere per difetto di motivazione.

3. I ricorrenti chiedono altresì il risarcimento dei danni subiti.

4. L'amministrazione comunale intimata si è costituita in giudizio e, oltre a contestare la fondatezza del ricorso, ha preliminarmente eccepito la tardività della impugnazione della delibera del C.C. n. 7 del 15.4.2004 e l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse in quanto la modifica della convenzione non è un atto a contenuto provvedimentale che incide sugli interessi legittimi dei ricorrenti.

4.1 La difesa dell'amministrazione ha eccepito, inoltre, l'inammissibilità del primo, del secondo e del quarto motivo di ricorso, in quanto volti a far valere vizi della delibera del C.C. n. 27/2004 e non della delibera n. 15/2007, e del terzo motivo in quanto ha ad oggetto un atto a contenuto negoziale e non provvedimentale che

non interferisce con gli interessi legittimi dei resistenti.

5. Si è altresì costituito in giudizio il sig. Giulio Valli, controinteressato, il quale, nel chiedere il rigetto del ricorso, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse dei ricorrenti all'impugnazione del provvedimento e l'inammissibilità del primo e del secondo motivo di ricorso in quanto volti a far valere vizi riferibili alla delibera n. 7/2004 o al più alla delibera n. 27/2004.

5. All'udienza pubblica del 12 maggio 2010 ricorso è stato ritenuto per la decisione.

6. L'eccezione di irricevibilità del ricorso nella parte in cui ha ad oggetto la delibera del Consiglio Comunale n. 7 del 15.4.2004 è fondata. Il ricorso è stato, difatti, notificato in data 23 ottobre 2007, ben oltre il termine di decadenza di sessanta giorni dalla pubblicazione della delibera (che è stata affissa all'albo pretorio del Comune dal 19.4.2004 al 4.5.2004) e, in ogni caso, dalla piena conoscenza della stessa (gli atti del giudizio civile instaurato dai sig.ri Valli Isolina, Perlasca Elisa, Valli Mario e Valli Severino - doc. nn. 12 e 13 depositati dall'amministrazione - richiamano, difatti, la delibera ed i suoi contenuti; anche la nota del 27 luglio 2005, inviata dall'avv. Stangalino, in nome e per conto del sig. Mario Valli, contiene un accenno alla delibera con cui il Comune ha concesso il nulla osta alla realizzazione di autorimesse previa concessione al Comune di aree da adibire a parcheggio pubblico).

7. Con il primo motivo di ricorso i ricorrenti lamentano: eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica; manifesta irragionevolezza ed illogicità; eccesso di potere; omessa motivazione; violazione e falsa applicazione degli artt. 47 e 67, l. reg. n. 12/2005; art. 9, c.1, l. n. 122/1989; eccesso di potere per inosservanza del principio della par condicio; violazione del principio di buon andamento ed imparzialità dell'attività della p.a.

8. La censura è inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice

amministrativo nella parte in cui lamenta che la modifica della convenzione comporta solo la cessione della quota dei diritti relativi alla proprietà dei cedenti ma non può portare ad un mutamento d'uso nella servitù di accesso né alla costituzione di un nuovo diritto di transito a carattere pubblico nei confronti dei comproprietari che non hanno sottoscritto la convenzione.

X 8.1 La doglianza non ha ad oggetto la legittimità di un'attività autoritativa dell'amministrazione o di un comportamento, che sia riconducibile all'esercizio un pubblico potere, in materia urbanistica o edilizia bensì l'ampiezza e le modalità di esercizio del diritto di proprietà ceduto al Comune: poiché, nella specie, la p.a. agisce nell'ambito di un rapporto privatistico, senza esercitare nemmeno mediatamente pubblici poteri, si esula dall'ambito della giurisdizione esclusiva prevista dall'art. 34, d.lgs.n. 80/1988. X

8.2 Il ricorso, in questa parte, deve, pertanto, essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice adito, con rinvio davanti al giudice ordinario dinanzi al quale il giudizio va riproposto con le modalità e termini di cui all'art. 59, l. n. 69/2009.

8.3 Il motivo è, invece, inammissibile laddove mira a contestare l'illegittimità del rilascio dell'autorizzazione alla realizzazione del parcheggio pubblico per l'indisponibilità del diritto all'utilizzo della strada Marchese Citterio in capo ai sottoscrittori della convenzione, essendo tale strada di comproprietà di altri soggetti.

8.4 Per costante giurisprudenza, invero, è inammissibile la censura che metta in discussione la legittimità del provvedimento presupposto divenuto inoppugnabile (tra le tante Cons. Stato, V, 6.2.2008, n. 310; Tar Calabria, Catanzaro, II, 3.10.2006, n. 1092; Tar Toscana, sez. III, 29 luglio 2008, n. 1832).

8.5 La censura è volta a contestare la legittimità della decisione del Comune di

Lezzeno di assentire alla realizzazione di un parcheggio ad uso pubblico, assunta con le delibere n. 7 del 15.4.2004 e 27 del 29.11.2004. Tali atti sono ormai inoppugnabili e non possono dunque essere posti in discussione con l'impugnazione della delibera del Consiglio Comunale n. 15 del 10 luglio 2007 che ha ad oggetto la sola cessione all'amministrazione comunale delle quote di proprietà della strada Marchese Citterio da parte dei sig.ri Riccardo Valvassori, Paolo Valli e Giulio Valli.

9. Con il secondo motivo, i ricorrenti deducono: violazione e falsa applicazione dell'art. 2, l. n. 241/1990 sull'obbligo informativo; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; violazione dell'obbligo di buon andamento dell'azione amministrativa; eccesso di potere per mancata instaurazione del contraddittorio; eccesso di potere per carenza di istruttoria e sviamento dalla causa tipica; ingiustizia manifesta: il Comune non ha chiesto ai soggetti parte della convenzione l'esibizione del titolo di proprietà.

9.1 Anche questo motivo - con cui viene censurata la mancata valutazione degli interessi dei comproprietari pretermessi - è inammissibile poiché mira a contestare la legittimità delle delibere presupposte n. 7 del 15.4.2004 e 27 del 29.11.2004, non tempestivamente impugnate.

10. Il terzo motivo di ricorso è infondato. Non può, invero, ritenersi che l'acquisizione al patrimonio comunale delle porzioni della strada Marchese Citterio di proprietà dei sig.ri Riccardo Valvassori, Paolo Valli e Giulio Valli e la relativa modifica all'art. 4 della convenzione stipulata il 14 marzo 2006 comporti l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento a soggetti - i comproprietari della strada - nei confronti dei quali l'atto finale non è destinato a produrre effetti diretti ma solo riflessi.

11. Il quarto motivo segue la sorte dei primi due essendo volto a censurare la

decisione di rilasciare il nulla osta alla realizzazione del parcheggio pubblico, assunta con le delibere presupposte n. 7 del 15.4.2004 e 27 del 29.11.2004, non tempestivamente impugnate.

12. Si affronta ora l'esame della domanda risarcitoria.

X 12.1 Il Collegio - in adesione all'orientamento delineato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con le ordinanze 13 giugno 2006, n. 13659 e n. 13660, ribadito con la sentenza n. 30254 del 23 dicembre 2008 e, da ultimo, con la sentenza 3 marzo 2010, n. 5025 e seguito anche da una parte della giurisprudenza amministrativa (Cons.giust.amm. Sicilia, sez. giurisd., 14 dicembre 2009, n. 1188; 23 settembre 2008 n. 780) - ritiene non sussistente la c.d. «pregiudizialità amministrativa» e che, dunque, l'azione di risarcimento sia ammissibile anche se il provvedimento non è stato tempestivamente impugnato. X

12.2 Una sentenza del giudice amministrativo che negasse la tutela risarcitoria dell'interesse leso, sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata dichiarata in sede di annullamento, sarebbe, invero, inevitabilmente soggetta a cassazione (cfr. Cassazione SS.UU., 23 dicembre 2008, n. 30254).

12.3 La domanda risarcitoria è, tuttavia, infondata poiché - a prescindere dalla legittimità o meno alle delibere n. 7 del 15.4.2004 e 27 del 29.11.2004, dalla sostanziale acquiescenza prestata dai ricorrenti, rilevante ai sensi dell'art. 1227 cod. civ., e dalla reiezione dei motivi di ricorso proposti avverso la delibera n. 15 del 10 luglio 2007 - dei danni lamentati non è stata offerta, in corso di giudizio, alcuna prova.

13. Per le ragioni esposte il ricorso è in parte irricevibile, in parte inammissibile e in parte infondato.

14. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Dichiara il ricorso in parte irricevibile, in parte inammissibile, in parte lo rigetta.

Con riferimento alla parte di ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione, dichiara la giurisdizione del giudice ordinario, davanti al quale il giudizio va riproposto con le modalità e termini di cui all'art. 59, l. n. 69/2009.

Condanna i ricorrenti al pagamento delle spese del presente giudizio che liquida in euro 4.000 (quattromila/00), oltre oneri di legge, di cui 2.000 (duemila/00) a favore del Comune di Lezzeno e 2.000 (duemila/00) a favore del controinteressato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Mario Arosio, Presidente

Carmine Maria Spadavecchia, Consigliere

Silvia Cattaneo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/06/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO