

**Concorso, per titoli ed esami, a 5 posti di Consigliere di Stato (DPCS n. 46 del 31 marzo 2016 - GU n.30 4<sup>a</sup> Serie speciale del 15 aprile 2016)**

**TRACCE PROVE SCRITTE (IN GRASSETTO PROVA ESTRATTA)**

16 gennaio 2017 – Diritto civile e commerciale, con riferimenti al diritto romano

- 1) Nullità e validità sopravvenute. Tratti il candidato l'argomento, anche con riferimento al problema della successione delle leggi nel tempo.*
- 2) Usucapione, possesso di beni immateriali e circolazione d'azienda.*
- 3) Giusto prezzo e contratto sottocosto.*

17 gennaio 2017 – Diritto internazionale pubblico e privato e diritto dell'Unione europea

- 1) Riconoscimento di sentenze straniere e limiti di ordine pubblico, con particolare riferimento alle sentenze di condanna a danni punitivi.*
- 2) Autonomia processuale e margine di apprezzamento – riconosciuti agli Stati membri dall'ordinamento dell'Unione europea e dall'ordinamento della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – e controlimiti delle Corti nazionali.*
- 3) Diritto dei trattati e "diritto cogente", con particolare riguardo alla Carta delle Nazioni unite e alla Convenzione di Vienna.*

18 gennaio 2017 – Diritto amministrativo (prova teorica)

- 1) Merito amministrativo tra discrezionalità dell'Amministrazione e valutazioni del giudice;*
- 2) Tipicità delle fonti tra fuga dalla legge e fuga dal regolamento;*
- 3) Formazione del giudicato e giudizio di ottemperanza. Tratti il candidato l'argomento anche con riguardo sia alle decisioni rese in sede di richiesta di chiarimenti, sia in relazione al problema delle sopravvenienze.*

20 gennaio 2017 – Diritto amministrativo (prova pratica)

Traccia 1

**Traccia 2 – estratta**

Traccia 3

Le tracce sono riportate in calce al presente prospetto. La traccia estratta è contraddistinta dall'indicazione: TRACCIA ESTRATTA
---

21 gennaio 2017 – Scienza delle finanze e diritto finanziario

- 1) *Politiche di spesa pubblica e patto di stabilità e di crescita;*
- 2) *Limiti all'impugnabilità della cartella e del ruolo esattoriale.*
- 3) *Avviso di accertamento e atti amministrativi presupposti, con particolare riferimento al classamento, alla rendita catastale e ai provvedimenti amministrativi di revisione delle microzone comunali;*

PROVA PRATICA N.1

Con delibera consiliare n..., del 30 novembre 2012, pubblicata mediante affissione all'albo pretorio sino al 15 dicembre 2012, il Comune X approvava il piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari ex art. 58 decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria*, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133) per l'anno 2013. Nel piano era in particolare previsto di costituire a trattativa privata a favore della società Alfa il diritto di superficie cinquantennale su un'area appartenente al patrimonio disponibile del Comune, confinante con il demanio marittimo.

A sostegno di questa scelta il Comune esponeva che l'uso dell'area in questione era stato affidato con precedente convenzione in concessione annuale tacitamente rinnovabile alla società Gamma; che, inoltre, la Gamma aveva ottenuto regolare permesso di costruire per realizzare sull'area un fabbricato ad uso bar-ristorante e stabilimento balneare; infine, che con atto di cessione d'azienda dalla Gamma alla Alfa, in forma pubblica e regolarmente trascritto nei registri immobiliari, la prima aveva ceduto alla seconda la proprietà del fabbricato edificato sull'area.

Per l'annullamento *in parte qua* del piano proponeva ricorso straordinario al capo dello Stato l'impresa Beta, ubicata in località del Comune Y, sita a 40 chilometri di distanza dal Comune X. A fondamento del ricorso premetteva di essere operatore del settore della ristorazione e della gestione di stabilimenti balneari, interessato pertanto ad acquisire l'area per esercitarvi ivi la medesima attività d'impresa in luogo della società Alfa; deduceva quindi i seguenti motivi di illegittimità:

- 1) violazione dell'art. 58 d.l. n. 112 del 2008, per non avere il Comune X tenuto conto delle proprie osservazioni, volte a sostenere la necessità di ricorrere a procedure di evidenza pubblica;
- 2) violazione dell'art. 3 della legge generale di contabilità dello Stato (regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440), degli artt. 58 d.l. n. 112 del 2008 e 3-bis decreto-legge 25 settembre 2001 n. 351, convertito dalla legge 23 novembre 2001 n. 410, nonché dei principi generali in materia di attività contrattuale della pubblica amministrazione, per mancato esperimento della procedura ad evidenza pubblica;

1

3) carenza di istruttoria e motivazione della scelta di ricorrere a trattativa privata, tenuto conto che il fabbricato doveva considerarsi di proprietà del Comune X, in virtù dell'accessione prevista dall'art. 934 cod. civ.;

4) sviamento di potere, derivante dalla volontà dell'amministrazione di favorire la società Alfa, evincibile dal periodico rinnovo tacito della concessione per l'uso dell'area alla dante causa Gamma, benché il piano particolareggiato di zona prevedesse che entro il 31 dicembre 2016 il fabbricato dovesse essere arretrato rispetto all'arenile, mediante demolizione e ricostruzione a maggiore distanza dal demanio, a cura e spese del concessionario;

5) in subordine, violazione dell'art. 78, comma 2, testo unico enti locali di cui al d.lgs. n. 267 del 2000, per essere la delibera impugnata stata adottata con la partecipazione del consigliere comunale di maggioranza Tizio, suocero di Sempronia, titolare di una quota minoritaria della società Alfa.

In seguito ad opposizione di quest'ultima ex art. 10 d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199, l'impresa Beta si costituiva davanti al Tribunale amministrativo regionale del..., con atto notificato alle altre parti e quindi depositato nella segreteria del Tribunale amministrativo, nel quale dichiarava di insistere nel ricorso.

Nello stesso ricorso l'impresa Beta chiedeva che il contratto con cui il Comune costituiva sull'area il diritto di superficie a favore della società Alfa, nelle more stipulato, fosse dichiarato inefficace ex artt. 121, comma 1, lett. b), cod. proc. amm., ed in ogni caso ai sensi del successivo art. 122, con conseguente subentro. In subordine, chiedeva il risarcimento dei danni, consistenti nelle *chances* di conseguire un lucro attraverso la gestione dell'impresa esercitata dalla controinteressata, per il quale domandava che si procedesse con liquidazione equitativa ex artt. 1226 e 2056 cod. civ.

Il Comune di X e la società Alfa si costituivano a loro volta davanti al Tribunale amministrativo, riproponendo le difese ed eccezioni già svolte in sede straordinaria, ed in particolare:

- a) l'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione ad agire, per via della distanza della sede dell'impresa Beta;
- b) la carenza di interesse ad agire anche sotto il distinto profilo dell'impossibilità per ricorrente di subentrare nell'impresa esercitata nel



Handwritten signatures and initials at the bottom of the page, including a large signature on the left, the initials 'R<sup>2</sup>', and several other illegible signatures on the right.

fabbricato realizzato sull'area, essendo la proprietà di quest'ultimo stata inclusa nella cessione d'azienda dalla società Gamma alla società Alfa, con rogito notarile successivamente trascritto nei registri immobiliari;

c) l'inammissibilità dell'atto di trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso dell'impresa Beta, perché notificato prima del deposito presso la segreteria del Tribunale amministrativo;

d) l'infondatezza del ricorso, per la sussistenza di adeguate giustificazioni alla base della scelta di derogare all'obbligo di evidenza pubblica a favore della società Alfa, stante l'intervenuto acquisto da parte di quest'ultima della proprietà del manufatto adibito a bar-ristorante e stabilimento balneare, e la necessità per l'amministrazione di massimizzare il profitto dalla cessione dell'area sottostante.

Con sentenza pubblicata in data... il giudice di primo grado adito:

a) affermava la legittimazione attiva dell'impresa Beta, quale operatore del settore, respingendo tutte le ragioni contrarie addotte dall'amministrazione resistente e dalla controinteressata;

b) incidentalmente evidenziava comunque che la proprietà del fabbricato doveva considerarsi tuttora del Comune di X, ciò dovendosi evincere dai precedenti titoli concessori rilasciati da quest'ultimo a favore della società Alfa, e prima ancora alla dante causa di essa, società Gamma;

c) reputava infondati i primi quattro motivi di impugnazione, rilevando a questo riguardo:

c.1) che erano condivisibili le ragioni espresse dall'amministrazione circa l'insussistenza nel caso di specie dei presupposti per esperire una procedura ad evidenza pubblica e della necessità di ottenere un'adeguata valorizzazione dell'area ex art. 58 d.l. n. 112 del 2008;

c.2) conseguentemente, riteneva costituire mera irregolarità non invalidante, ai sensi dell'art. 21-*octies* l. n. 241 del 1990, la mancata confutazione delle osservazioni espresse dall'impresa Beta nel corso del procedimento di approvazione del piano;

d) accoglieva invece il quinto motivo, riscontrando la situazione di conflitto di interessi dedotta dalla ricorrente;

e) respingeva le restanti domande per insussistenza dei presupposti per il subentro nel contratto e per il risarcimento per equivalente.

Con appello notificato al Comune di X ed alla società Alfa l'impresa Beta:

3

I) riproponeva la domanda di inefficacia del contratto, deducendo che tale conseguenza doveva discendere in via di diretta derivazione dall'annullamento del piano, in virtù del rapporto di presupposizione tra quest'ultimo ed il primo, riconducibile allo schema dell'invalidità ad effetto caducante, e dall'assenza di pubblicità della trattativa privata;

II) riproponeva anche la domanda risarcitoria, instando affinché venisse disposta consulenza tecnica o si procedesse con liquidazione equitativa;

III) riproponeva le censure, respinte dal TAR, di carenza di istruttoria e motivazione, per difettoso accertamento in ordine alla proprietà del fabbricato, ed adducendo a sostegno delle proprie ragioni l'accertamento incidentale sulla proprietà dell'area compiuto dal giudice di primo grado;

IV) riproponeva la censura di sviamento di potere, sottolineando che in ragione della scadenza prevista dal piano particolareggiato il Comune avrebbe dovuto procedere alla disdetta della concessione dell'area sottostante, o alla revoca ex art. 21-*quinquies* l. n. 241 del 1990 per sopravvenuti motivi di pubblico interesse connessi alla necessità di valorizzare l'area nell'ambito del piano di cui all'art. 58 d.l. n. 112 del 2008, ed affidare quindi ad evidenza pubblica la proprietà superficiale dell'area con l'annesso fabbricato;

V) riproponeva la censura di violazione dell'art. 58 d.l. n. 112 del 2008, per non avere il Comune X tenuto conto delle proprie osservazioni, contestando, alla luce dei motivi di ordine sostanziale, che sussistessero i presupposti per la "sanatoria processuale" di cui all'art. 21-*octies* l. n. 241 del 1990.

Con appello notificato alle altre parti la società Alfa chiedeva la riforma della sentenza di primo grado per i seguenti motivi:

a) insussistenza della situazione di conflitto di interessi rilevata dal Tribunale amministrativo, per via:

a.1) del superamento della prova di resistenza rispetto al voto del consigliere Tizio, in ragione della maggioranza con cui la delibera è stata adottata, pari a due voti favorevoli in più di quelli contrari e dell'assenza di influenza determinante della presenza del consigliere in supposta situazione di conflitto sull'esito della votazione, stante la sua mancata partecipazione al precedente dibattito;

b) inammissibilità del ricorso straordinario ex art. 7, comma 8, cod. proc. amm., perché recante un'impugnativa di atti relativi a procedure di

affidamento di contratti impugnabili unicamente con ricorso giurisdizionale ex art. 120, comma 1, del medesimo codice;

c) omessa pronuncia sull'eccezione di inammissibilità della trasposizione in sede giurisdizionale per inversione della sequenza prevista dall'art. 10 d.p.r. n. 1199 del 1971;

d) inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione attiva, per tutte le ragioni già dedotte in primo grado ed erroneamente ritenute infondate dal TAR;

e) ultrapetizione della sentenza, per avere il Tribunale amministrativo affermato in via incidentale la proprietà del Comune sull'area, con sconfinamento per questa parte nella giurisdizione del giudice ordinario;

f) infondatezza in ogni caso di tale accertamento, sul rilievo che con il rilascio del titolo ad edificare alla dante causa della controinteressata, società Gamma, il Comune di X aveva riconosciuto la proprietà in capo alla stessa ai sensi del testo unico dell'edilizia (d.P.R. n. 380 del 2001), e che tale diritto era poi stato trasferito alla società Alfa, con rogito trascritto nei registri immobiliari, opponibile quindi *erga omnes*.

Nel costituirsi in resistenza all'appello dell'impresa Beta, il Comune di X chiedeva che la sentenza di annullamento pronuncia fosse riformata per le ragioni già addotte dalla società Alfa e inoltre eccepiva il difetto di giurisdizione amministrativa sulle domande di inefficacia e subentro nel contratto e di risarcimento dei danni.

Nei termini previsti per il deposito delle memorie conclusionali la società Alfa eccepiva l'inammissibilità delle domande di inefficacia del contratto e relativo di subentro in esso, nonché di risarcimento danni, perché non proposte in origine in sede straordinaria, con conseguente decadenza ex art. 30, commi 3 e 5, cod. proc. amm., ed inoltre per difetto dei relativi presupposti.

All'udienza pubblica di discussione la causa era quindi trattenuta in decisione dalla Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato.

\* \* \* \* \*

Il candidato rediga un'unica sentenza d'appello esaminando tutte le questioni in rito ed in merito, anche nel caso in cui ritenga fondata una questione idonea a precludere l'esame delle altre.

Delle questioni eventualmente non trattate in sentenza si darà conto in altra parte dell'elaborato.

# TRACCIA ESTRATTA

PROVA PRATICA

N. 2

Nel corso del 2007, in esecuzione di una variante generale dello strumento urbanistico divenuto efficace nel maggio 2006, il Comune X ha approvato il progetto per realizzare – sulle particelle 1a, 1b e 1c di proprietà di Tizio – una piscina attrezzata coperta, un parcheggio pubblico e un giardino pubblico comunale, all'interno del quale è prevista la costruzione di un chiosco prefabbricato, da destinare a punto di ristoro, mediante affidamento della sua gestione in concessione, ai sensi dell'art. 30 del d.lg. n. 163 del 2006.

Nel 2007, il Comune:

-ha disposto l'occupazione d'urgenza delle particelle 1a, 1b e 1c, oggetto della dichiarazione di pubblica utilità, occupando in sede di esecuzione ulteriori 20 metri quadrati, facenti parte della diversa particella 2;

-ha indetto e concluso la gara per l'affidamento della gestione del chiosco, aggiudicandola a Caio.

Entro il termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità, il Comune ha completato la realizzazione della piscina, del parcheggio pubblico e dei lavori di sistemazione del giardino ed ha cominciato a gestire l'impianto, rilasciando inoltre la concessione a Caio per la gestione del chiosco.

Entro il termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità il Comune ha espropriato la particella 1a, su cui è stata realizzata la piscina attrezzata coperta, con atto emesso nel maggio 2011.

Non vi è invece stato il decreto di esproprio della particella 1 b, su cui è stato realizzato il parcheggio, e delle particelle 1c e 2, su cui vi è stata la sistemazione del giardino pubblico, nel quale è stato realizzato il chiosco.

Dopo la scadenza del termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità, nel giugno 2011 Tizio adiva il locale tribunale amministrativo regionale, impugnando il decreto di esproprio e chiedendo che il Comune venisse condannato:

-al pagamento dell'indennità dovuta per il periodo di occupazione legittima delle particelle 1a, 1b e 1c;

-al pagamento del risarcimento del danno per l'occupazione illegittima delle particelle 1b e 1c per il periodo di sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità;

-alla restituzione di tutte e quattro le particelle o, in via subordinata, al risarcimento del danno per equivalente del controvalore per perdita del bene intero;

-alla restituzione comunque delle aree comprese nelle particelle 1c e 2, sulle quali non sono state costruite opere non amovibili.

Avverso il decreto di esproprio, Tizio ha dedotto che: a) non vi è stata la sua partecipazione effettiva nel corso del procedimento espropriativo, non avendo egli ricevuto l'avviso di avvio del procedimento, previsto dall'art. 16 del t.u. sugli espropri; b) l'atto, pur emesso tempestivamente, è stato notificato dopo la scadenza del termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità.

Caio è intervenuto nel giudizio, eccependo l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione degli atti che hanno condotto alla concessione in suo favore della gestione del chiosco.

Con sentenza del 2013, l'adito TAR:

-ha dichiarato il difetto di giurisdizione sulla domanda relativa all'occupazione della particella 2;

-ha preso atto della irreversibile trasformazione del terreno su cui vi è stata la realizzazione della piscina e del parcheggio pubblico;

-ha respinto la censura di violazione delle regole procedurali ed ha accolto quella di illegittimità per tardività della notifica del decreto di esproprio, annullando tale decreto;

-ha accolto la domanda di condanna al risarcimento del danno per l'occupazione divenuta *sine titulo* delle particelle 1b e 1c, nonché quella di condanna a restituire l'area di cui alle particelle 1a, 1b e 1c, ovvero a concludere un procedimento di acquisizione ai sensi dell'art. 42 bis del t.u. sugli espropri; conseguentemente non ha esaminato la domanda subordinata volta a ottenere il controvalore del bene;

-ha scandito la tempistica di ciascuna fase e dei relativi adempimenti, formulando minute prescrizioni sui criteri di liquidazione del danno derivanti, in ipotesi, dalla perdita della proprietà, oltre che del possesso *sine titulo*, oltre accessori;

-ha stabilito che, trascorsi i termini concessi per ciascuno degli alternativi adempimenti, Tizio avrebbe potuto agire per l'esecuzione della decisione;

-ha nominato un commissario ad acta, col compito di provvedere a tutto quanto occorra per l'eventuale

2  
R

ottemperanza, nel caso di inutile decorso del termine di giorni novanta, dalla pubblicazione della sentenza;

-non si è pronunciato sulla eccezione di inammissibilità, formulata da Caio;

-ha compensato le spese del giudizio.

La sentenza del 2013 è stata tempestivamente appellata da Tizio in via principale e da Caio e dal Comune in via incidentale.

Tizio ha innanzi tutto dedotto l'erroneità del capo della sentenza che ha declinato la giurisdizione sulla domanda concernente la particella 2, lamentando la violazione del principio di concentrazione delle tutele e la violazione dell'art. 7 c.p.a.. Inoltre, ha lamentato che il TAR non ha senz'altro disposto la restituzione dell'area nella situazione originaria, disponendo altre misure alternative, che non sono neppure state chieste dal Comune, dunque in violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Caio ha lamentato il mancato esame della sua eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata impugnazione degli atti di affidamento della concessione del chiosco.

Il Comune ha dedotto che:

-erroneamente il decreto di esproprio è stato annullato, perché non è stato violato l'art. 23 del testo unico sugli espropri;

-il TAR non avrebbe comunque potuto nominare un commissario, poiché tale potere è tipico del giudizio di ottemperanza e non di quello di cognizione;

-si è comunque verificata già la perdita del diritto di proprietà di Tizio, sia perché vi è stata la irreversibile trasformazione delle particelle 1a e 1b, sia perché, nel chiedere il risarcimento del danno per equivalente, sia pure in via subordinata, Tizio ha effettuato una rinuncia abdicativa, di cui il TAR avrebbe dovuto prendere atto.

Tizio ha replicato alle deduzioni di Caio, sostenendo che:

-è inammissibile il suo intervento in primo grado, per difetto di interesse, poiché l'affidamento in concessione è atto distinto e autonomo che non riguarda il procedimento espropriativo, per cui né vi era un onere di impugnare la concessione, né Caio poteva intervenire;

-è infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado, perché non è controinteressato il beneficiario di un atto consequenziale agli atti del procedimento espropriativo.

Ha replicato Caio, eccependo l'inammissibilità della eccezione di Tizio sulla inammissibilità dell'intervento di Caio stesso, sia perché non proposta con un motivo aggiunto dell'appello principale, conseguente all'appello incidentale di Caio, sia perché Tizio non ha eccepito in primo grado l'inammissibilità dell'intervento, per cui non può eccepirlo per la prima volta in appello.

Tizio ha replicato all'appello del Comune, revocando la domanda subordinata di primo grado, sul risarcimento per equivalente per la perdita del bene, dichiarando di avere titolo e interesse alla revoca.

Il Comune, in replica, ha eccepito l'inammissibilità della dichiarazione di revoca in sede di appello, non potendo Tizio in appello alterare l'andamento della causa e far venire meno l'acquisto della proprietà discendente dalla proposizione della domanda risarcitoria per equivalente, avente natura di rinuncia abdicativa del diritto di proprietà

In pendenza del giudizio d'appello, il commissario ad acta ha emanato nel 2015 un provvedimento ex art. 42 bis del testo unico sugli espropri, determinando il valore di tutte e quattro le particelle, il risarcimento del danno e l'indennizzo complessivamente spettanti a Tizio, sulla base della stima della Agenzia del territorio.

L'atto del commissario è stato reclamato innanzi al TAR:

a) Da Tizio, che ha dedotto I) l'incostituzionalità dell'art. 42 bis del testo unico sugli espropri, per contrasto con il protocollo 1 della convenzione europea dei diritti dell'uomo e con l'art. 117 Cost.; II) che il commissario avrebbe dovuto acquisire il contributo istruttorio delle parti, prima di provvedere, quanto meno ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 42 bis del testo unico, malgrado la natura giurisdizionale della sua attività; III) che il commissario avrebbe dovuto determinare il valore del bene acquisito, in una misura superiore a quella considerata dalla Agenzia per il territorio, perché questa ha tenuto conto di vincoli paesaggistici sul terreno destinato a giardino, che non vanno in realtà considerati;

b) Dal Comune, il quale ha contestato per difetto di motivazione l'atto di acquisizione della intera area, risultando meno oneroso per il bilancio del Comune un atto di acquisizione della sola area su cui è stata realizzata la piscina e al più il parcheggio, potendo continuare ad esservi la fruizione pubblica del giardino, sulla base del vincolo paesaggistico.

Il Comune ha anche contestato l'irritualità dell'atto del commissario, deducendo che perfino nella fase della ottemperanza, nella giurisdizione di merito, il giudice amministrativo non ha il potere di nominare un commissario che possa disporre l'acquisizione di un bene, ai sensi dell'art. 42-bis del testo unico sugli espropri.

Con sentenza del 2015, resa all'esito di camera di consiglio, il TAR ha deciso congiuntamente i due reclami, respingendoli.

Il Tar ha respinto il reclamo di Tizio, ritenendo che per la sua natura giurisdizionale l'atto del commissario non risulta soggetto alle disposizioni della legge n. 241 del 1990 e che è stato considerato correttamente il valore dell'area in questione.

Il TAR ha anche respinto il reclamo del Comune, rilevando l'esercizio di un potere discrezionale ragionevolmente esercitato dal commissario.

La sentenza del TAR del 2015 è stata impugnata:

- In via principale da Tizio, che ha reiterato le deduzioni del suo reclamo sulla incostituzionalità dell'art. 42 bis, ritenendo contraddittoria la sentenza del TAR;

- In via incidentale, dal Comune, che ha reiterato le deduzioni del suo reclamo, lamentando anch'esso la contraddittorietà della sentenza.

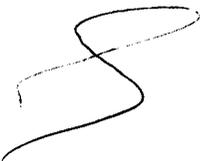
Nel giudizio di appello, è intervenuto Caio (cui non sono stati notificati l'appello principale e quello incidentale), che ha chiesto il rigetto di entrambe le impugnazioni, eccependo la loro inammissibilità, perché proposti contro una sentenza che ha solo deciso su reclami.

Gli appelli avverso le due sentenze sono stati chiamati per la medesima data; quelli avverso la sentenza del 2013 alla pubblica udienza e quelli avverso la sentenza sui reclami per la trattazione in camera di consiglio, nel corso della quale i difensori delle parti hanno acconsentito alla trattazione unitaria dei ricorsi alla pubblica udienza.

\*\*\*\*

Il candidato rediga un'unica sentenza d'appello esaminando tutte le questioni in rito ed in merito, anche nel caso in cui ritenga fondata una questione idonea a precludere l'esame delle altre.

Delle questioni eventualmente non trattate in sentenza si darà conto in altra parte dell'elaborato.



Con atto di vendita 1° ottobre 1999, tre fratelli cedevano, al prezzo di 200 milioni di lire, alla società Alfa (di cui all'epoca era socio solo uno dei fratelli al 95% e la moglie al 5%) un fondo rustico comprendente l'edificio storico di un ex monastero costruito nel 1400, rimasto in stato di abbandono nel corso del 1900.

Detto bene era di provenienza ereditaria ed è stato ceduto alla suddetta società ad un prezzo sottostimato per poter eseguire i lavori di manutenzione, beneficiando di un regime fiscale più conveniente e stante la sua ritenuta commerciabilità per mancanza di vincoli culturali, dichiarata dalla stessa Soprintendenza competente.

L'esistenza di un vincolo culturale emerge solo da una successiva ricerca della Soprintendenza. In particolare, si tratterebbe di un vincolo monumentale *ex lege* n. 1089/1939, apposto con decreto ministeriale 17 ottobre 1941, trascritto presso la Conservatoria dei registri immobiliari.

Fino ad allora la società Alfa aveva realizzato, previa denuncia di inizio attività, rilevanti interventi edilizi di manutenzione straordinaria, di notevole consistenza economica. Per un breve periodo il bene era stata dato in affitto a Tizio ed aveva anche lui aveva effettuato alcuni lavori.

Anche dopo la "scoperta dell'esistenza del vincolo", vennero eseguiti ulteriori interventi di ristrutturazione, con regolari titoli concessori e parere favorevole della Soprintendenza, per un totale di oltre un milione di euro.

Il 1° dicembre 2009 la società Alfa effettuava la denuncia alla Soprintendenza dell'atto di acquisto 1° ottobre 1999, su suggerimento del notaio incaricato della stipulazione della convenzione tra la stessa ed il Comune X, relativa ad un piano di recupero finalizzato ad altre opere di miglioramento del citato complesso.

La Soprintendenza avviava la procedura *ex art.* 62, d.lgs. n. 42/2004, a seguito della quale l'ente locale, con propria delibera,

1

esprimeva la volontà di esercitare la prelazione cui ha fatto seguito la determinazione dirigenziale 10 marzo 2010 n. 49, di assunzione di un prestito per l'acquisto del bene.

Avverso i suddetti provvedimenti, la società Alfa ha proposto ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale, deducendo la violazione degli artt. 31 e 32, legge n. 1089/1939, perché la prelazione sarebbe stata esercitata tardivamente rispetto al termine di 60 giorni ivi previsto, non essendo applicabile il diverso termine di 180 giorni contemplato dall'art. 62, comma 4 del codice dei beni culturali (d. lgs. n. 42 del 2004).

Si assume, anche la violazione degli artt. 60, 61 e 62 dello stesso d.lgs. n. 42/2004 (in quanto applicabili), atteso che il prezzo non include l'indennità per i miglioramenti apportati al bene, con violazione anche del principio di buona fede, avendo il Comune abusato del diritto potestativo di prelazione per ottenere un indebito vantaggio economico.

La parte ricorrente ha rilevato, inoltre, la nullità dell'atto di alienazione per difetto di presupposizione data dalla ragionevole inconsapevolezza della sussistenza del vincolo; il che impedirebbe l'esercizio del potere di prelazione riferita a un contratto nullo.

Infine, si è dedotto il difetto di motivazione dell'atto di acquisizione del bene, in relazione alle esigenze di pubblico interesse genericamente addotte dall'ente.

Si è costituito nel giudizio di primo grado il Comune, eccependo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, rilevando che si tratta di una questione che attiene ad un istituto, quale è la prelazione, di diritto privato, con giurisdizione del giudice ordinario.

Nel merito si è rilevata la infondatezza di tutte le censure prospettate dal ricorrente.

Il Tribunale amministrativo ha ritenuto infondato il ricorso.

In particolare, ha rilevato che, in virtù del principio *tempus regit actum*, deve trovare applicazione il d.lgs. n. 42 del 2004 e non la legge n. 1089 del 1939. Ha ritenuto, inoltre, che la questione dell'indennità aggiuntiva al prezzo costituisce un elemento non contemplato nella normativa che disciplina l'istituto. Allo stesso

2

modo i rilievi relativi all'invalidità dell'atto di alienazione non possono essere esaminati dal giudice amministrativo ma possono essere fatti valere innanzi al giudice ordinario. Infine, si è affermato che il provvedimento di acquisizione non necessita di particolare motivazione, potendo la stessa ritenersi *in re ipsa*.

La ricorrente in primo grado ha proposto appello, sostanzialmente reiterando le censure originarie, e ha dedotto la erroneità della sentenza per le seguenti ragioni.

**A)** Ai fini della individuazione della normativa applicabile occorre avere riguardo, proprio in applicazione del principio *tempus regit actum* evocato dal primo giudice, al momento in cui viene posto in essere l'atto di alienazione (1° ottobre 1999), con conseguente applicazione della legge n. 1089/1939, all'epoca vigente, la quale, all'art. 32, prevede che il diritto di prelazione da parte dello Stato (o da questo trasferito alla regione ed agli enti locali interessati) deve essere esercitato entro due mesi dalla denuncia; l'amministrazione sarebbe pertanto decaduta dall'esercizio del diritto.

**B)** Il giudice amministrativo potrebbe conoscere, in via incidentale, delle questioni relative alla validità dell'atto di alienazione; nella specie, sussiste una "presupposizione" costituita dalla certezza della insussistenza di un vincolo e dunque della impossibilità che venisse esercitato il diritto di prelazione; il venir meno di tale circostanza determinerebbe la nullità del contratto e conseguentemente della prelazione.

**C)** La sentenza sarebbe erronea anche perché non ha tenuto conto che la società ha effettuato rilevanti lavori sul bene in questione, con conseguente applicazione delle norme del codice civile che prevedono il rimborso delle spese sostenute per le riparazioni straordinarie ed indennità per i miglioramenti arrecati alla cosa e il diritto di ritenzione della cosa, fino alla percezione di dette indennità (artt. 1150-1152). Il Comune (a conoscenza delle opere eseguite dalla società), contrariamente a quanto sostenuto dal primo giudice, avrebbe dovuto deliberare la necessaria copertura finanziaria non solo rispetto al prezzo pattuito nell'atto del 1999, ma anche in rapporto ai miglioramenti effettuati.

D) E' erronea la sentenza nella parte in cui assume che la motivazione sarebbe *in re ipsa*, in quanto, venendo in rilievo un provvedimento amministrativo, l'amministrazione ha l'obbligo di indicare con precisione quali sono le ragioni che giustificano, nello specifico, l'adozione di atto di acquisizione coattiva al proprio patrimonio del bene culturale e la destinazione che intende dare a esso.

E) Si assume anche l'erroneità della sentenza nella parte in cui non ha ritenuto sussistere il dedotto sviamento di potere consistente nel fatto che il Comune avrebbe esercitato il diritto potestativo di prelazione per ottenere il risultato dell'acquisizione di un bene di interesse culturale di grande pregio con un esborso di gran lunga più modesto, anzi irrisorio, rispetto al suo valore effettivo e quindi con l'imposizione irrazionale al privato proprietario di un sacrificio iniquo.

F) In via subordinata, la parte ricorrente ha dedotto l'incostituzionalità dell'art. 60, d.lgs. n. 42/2004, e delle altre norme relative alla prelazione artistica, per violazione degli artt. 3, 42 e 117, primo comma Cost..

In particolare, si assume, in primo luogo, l'illimitata compressione del diritto reale dell'alienante, ingiustificatamente sottoposto ad un trattamento diverso da quello riservato ad ogni altro espropriato, in quanto, a differenza di quanto avviene in tutti i casi di acquisizione per pubblica utilità di un bene, non si rinviene nella disciplina in questione una garanzia per l'espropriato di un adeguato indennizzo, perché la corresponsione di somme pari al prezzo contrattuale ben si attaglia alla sola ipotesi di prelazione esercitata nel breve lasso di tempo previsto dalla legge ma non anche a quella esercitabile tardivamente.

In secondo luogo, e sotto diverso profilo, si assume la violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo per l'irrisorietà dell'indennizzo in concreto corrisposto dall'Amministrazione, in sede di prelazione, indipendentemente dal reale valore del bene.

Si è costituito in giudizio il Comune, rilevando, innanzitutto, in relazione alla questione di giurisdizione, su cui il primo giudice non

A<sup>3</sup> 4

si è pronunciato, che sussisterebbe il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, vertendosi in fattispecie di asserita tardività dell'esercizio della prelazione.

Si è altresì dedotta la inammissibilità della questione di costituzionalità perché essa è stata fatta valere per la prima volta in appello.

Inammissibile sarebbe anche ogni questione relativa alla presupposizione, trattandosi di questione attinente al contratto, come tale non deducibile dinanzi al giudice amministrativo.

Nel merito, si è rilevata la infondatezza di tutti i motivi per le seguenti ragioni:

- la fattispecie in esame, cd. di prelazione postuma conseguente alla tardività della denuncia del privato, è soggetta alla disciplina del d.lgs. n. 42 del 2004, in quanto l'atto iniziale cui ancorare l'applicazione della relativa normativa non può che essere costituito dalla denuncia del privato, con la conseguenza che si dovrebbe applicare l'art. 62, comma 4, relativo alla denuncia tardiva e al conseguente allungamento dei tempi di esercizio del diritto di prelazione a 180 giorni;

- la delibera comunale prevede una copertura finanziaria correttamente riferita al corrispettivo pattuito nell'atto di alienazione e non anche ai miglioramenti effettuati;

- tutte le questioni relative all'asserito diritto di indennità diverse dal prezzo esulano dalla giurisdizione del giudice amministrativo;

- la motivazione dell'atto impugnato sarebbe insita nella stessa valenza culturale del bene senza necessità di indicare ulteriori ragioni a sostegno dell'esercizio del diritto di prelazione; in ogni caso, l'atto conterebbe una adeguata motivazione, con riferimento alla destinazione che si intende dare al bene (centro culturale e artistico polifunzionale). Né tale valutazione è sindacabile dal giudice, afferendo essa al merito dell'azione amministrativa.

L'appellante ha depositato una memoria, rilevando che il difetto di giurisdizione avrebbe dovuto essere fatto valere con appello incidentale e non con memoria di costituzione peraltro depositata tardivamente; e comunque la questione dedotta non ha fondamento.



AR

5



La questione di costituzionalità, sottolinea sempre l'appellante, può essere fatta valere anche in appello trattandosi di questione rilevabile d'ufficio.

Per quanto attiene, infine, alla dedotta inammissibilità della questione relativa alla rilevanza della presupposizione, si ribadisce che il difetto di presupposizione costituisce causa di nullità del contratto che impedisce in radice l'esercizio della prelazione.

\*\*\*\*\*

Il candidato rediga un'unica sentenza d'appello esaminando tutte le questioni in rito ed in merito, anche nel caso in cui ritenga fondata una questione idonea a precludere l'esame delle altre.

Delle questioni eventualmente non trattate in sentenza si darà conto in altra parte dell'elaborato.

