



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 196 del 2012, proposto da:
Regione Campania, in persona del legale rappresentante in carica rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Marzocchella, con domicilio eletto presso Regione Campania Ufficio Rappresentanza in Roma, via Poli, 29;

contro

Mario Gaeta, rappresentato e difeso dall'avv. Umberto Gentile, con domicilio eletto presso Paolo Carbone in Roma, via del Pozzetto, 122;

nei confronti di

Comune di Pompei, Comune di Castellammare di Stabia, Presidente della Regione Campania nella qualità di preposto all'attuazione degli interventi ex art. 4 L. 80/84, Circumvesuviana Srl, Ministero Infrastrutture; Consorzio Ferroviario San Giorgio Volla Due, in persona del legale rappresentante in carica rappresentato e difeso dagli avv. Carlo Sersale, Francesco Migliarotti, con domicilio eletto presso Carlo Sersale in Roma, via Guido D'Arezzo;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. della CAMPANIA –Sede di NAPOLI - SEZIONE V n. 04886/2011, resa tra le parti, concernente ESPROPRIAZIONE AREE PER REALIZZAZIONE PROGETTO "COMPLETAMENTO DEL RADDOPPIO LINEA FERROVIARIA TORRE ANNUNZIATA-CASTELLAMMARE"

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Mario Gaeta e di Consorzio Ferroviario San Giorgio Volla Due;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2013 il Consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti gli Avvocati Panariello, per delega dell'Avv. Marzocchella, e Allamprese, per delega dell'Avv. Gentile;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe impugnata il Tribunale amministrativo regionale della Campania – Sede di Napoli – ha accolto il ricorso proposto dall'odierna parte appellata Signor Gaeta Mario e volto ad ottenere l'annullamento dell'ordinanza n.1191 del 26/6/2008 del Presidente della Giunta regionale di autorizzazione del concessionario Consorzio Ferroviario San Giorgio Volla Due ad occupare i suoli di proprietà del predetto per la realizzazione del progetto “Completamento del raddoppio della linea ferroviaria Torre Annunziata–Castellammare, secondo stralcio”, dell'ordinanza n.1190 del 26/6/2008 del Presidente della Giunta regionale di approvazione del progetto definitivo della linea ferroviaria Torre Annunziata–Castellammare, secondo stralcio; dell'avviso del 26/6/2008; del provvedimento del 28/7/2008; dell'ordinanza n.1155 del 25/11/2006 di approvazione del progetto definitivo “Completamento del raddoppio della linea

ferroviaria Torre Annunziata–Castellammare, primo stralcio”; dell’atto del 25/1/2006; delle ordinanze nn.142/1988, 189/1989, 207/1989, 424/1990 e 577/1992; dell’ordinanza n.623 del 30/8/1993 e degli atti connessi e collegati.

L’originario ricorrente aveva fatto presente di essere proprietario di due terreni in Pompei, di cui al fl.11 – p.lle 229 e 498 di mq.735, fl.10 - p.lle 523, 547, 491, 525, 89 e 321, fl.11 – p.la 677 di mq.5136 (destinati ad attività di allevamento stanziale equino finalizzato all’attività sportiva di corsa al trotto, nonché vi sono edificati tre fabbricati, anche come centro di raccolta ed impianto di trattamento di veicoli fuori uso) dei quali con i provvedimenti impugnati era stata disposta l’occupazione. Ciò aveva determinato la cessazione dell’attività della ditta: l’originario ricorrente era insorto prospettando articolate censure di violazione di legge ed eccesso di potere lamentando, tra l’altro, la violazione degli artt. 7 e 8 della Legge n.241/1990, degli artt.1, 9, 10, 11, 16, 17, 19, 22-bis e 34 del TU n.327/20021, degli artt.164 e ss. del D. Lgvo n.163/2006, nonché il difetto di motivazione e di istruttoria.

Il primo giudice con ordinanza collegiale ha invitato le parti a precisare le conclusioni (tenuto conto della sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità del art. 43 del TU espropriazioni) fissando l’udienza di merito.

Con la gravata decisione, il Tar ha in via preliminare disposto la estromissione dal processo per difetto di legittimazione passiva dell’evocato Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ed ha affermato la giurisdizione del plesso giurisdizionale amministrativo sulla proposta domanda di reintegra nel possesso (art. 133, comma 1, lett. f) del Codice del processo amministrativo - allegato 1 del D. Lgs. 2 luglio 2010 n. 104), sostenendo altresì che la stessa poteva essere soddisfatta facendo riferimento agli istituti processuali apprestati dalle norme processuali che regolamentavano il rito amministrativo (piuttosto che ex art. 703 c.p.c., e 669 bis e ss. c.p.c.).

Ciò in relazione alle previsioni di cui all'art. 23-bis della Legge n.1034/1971 (art.119 lett. b del Decr. Legisl. 2/7/2010, n.104 di riordino del processo amministrativo).

Nel merito, il Tar si è interrogato in ordine alla latitudine di poteri spettanti al Presidente della Giunta regionale della Campania ex art. 4 della Legge 18 aprile 1984 n. 80 ed ha richiamato il principio per cui l'attribuzione di poteri straordinari di particolare ampiezza ad un'Autorità sottratta ad ogni regola e vincolo, sostanziale e procedimentale, fatta salva unicamente la osservanza delle norme costituzionali e dei principi generali dell'ordinamento, imponeva l'adozione di criteri ermeneutici rigorosi.

In armonia con tale principio, le attribuzioni del Presidente della Giunta regionale della Campania, ex art. 4 della Legge 18 aprile 1984 n. 80, dovevano considerarsi strettamente circoscritte alla realizzazione degli interventi definiti nell'analitica elencazione dei "piani pluriennali" deliberati dal Consiglio regionale ed approvati dal CIPE e non surrettiziamente estensibili anche alla determinazione dei progetti da realizzare, intendendo il piano alla stregua di una non vincolativa o generica indicazione tipologica, adattabile ad ogni opera per qualche verso assimilabile o connessa.

Contrariamente a quanto asserito dalle amministrazioni resistenti, anche con produzione delle ordinanze nn.1190/2008, 1191/2008, 1155/2006, 577/1992, 424/1990, 189/1989 e 142/1988, i provvedimenti emanati dal Presidente della Giunta regionale in quanto preposto all'attuazione dell'art. 4 della Legge n.80/1984 potevano derogare in una logica di semplificazione alle leggi vigenti, ma non alla Legge n.241/1990, che prevaleva sulle disposizioni derogatorie di natura regolamentare dettate ai sensi del citato art. 4 della Legge n.80/1984.

Così come (ad esempio con l'ordinanza n.577/1992) si riconosceva prevalenza all'art. 5-bis del D.L. n.333/1992, convertito in Legge n.359/1982 (in materia

indennitaria), sulle disposizioni derogatorie di natura regolamentare dettate ai sensi dell'art. 4 della Legge n.80/1984, similmente doveva riconoscersi alle garanzie di partecipazione in questione la dignità giuridica di principio generale dell'ordinamento, con natura eccezionale di ogni disposizione derogatoria che escluda o limiti tale diritto.

Ad avviso del Tar, nel caso di specie, le dette garanzie erano state violate dall'omesso inoltro della comunicazione prevista dall'art. 7 della Legge n.241/1990.

Il primo giudice, quindi, richiamata la giurisprudenza della Corte europea di diritti dell'uomo e l'evoluzione normativa successiva alla dichiarata incostituzionalità dell'art. 43 del TU espropriazioni(Corte Cost. n.293 dell'8 ottobre 2010) e culminata nell'entrata in vigore del nuovo art.42-bis , ha dichiarato la illegittimità dell'operato della Regione Campania e del concessionario Consorzio Ferroviario San Giorgio – Volla Due, applicando l'art. 34, comma 4 del cod. proc. ammin. e, avuto riguardo ai poteri equitativi riscontrabili in subiecta materia ed alla ratio dell'art. 42-bis, ha condannato in solido la Regione Campania ed il concessionario Consorzio Ferroviario San Giorgio–Volla Due all'emanazione, entro 60 giorni dalla comunicazione o notificazione della sentenza, di un provvedimento di acquisizione ex art. 42-bis del T.U. n.327/2001, con indicazione del risarcimento dovuto all'odierno appellato per la perdita della proprietà dei beni, indicando i criteri quantificatori del risarcimento dovuto.

L'appellante amministrazione regionale rimasta soccombente ha impugnato la sopradetta decisione, criticandola sotto plurimi profili e sostenendo che:

le disposizioni di cui alla legge n. 80/1984 avrebbero autorizzato a derogare alle norme ordinarie in materia di procedura espropriativa, ivi comprese quelle in punto di avviso dell'avvio del procedimento ablativo; in ogni caso parte appellata

non avrebbe potuto fornire alcun utile contributo infraprocedimentale, di guisa che la supposta violazione aveva natura meramente formale.

Per altro verso, era stato errato affermare la sola legittimazione processuale della Regione Campania, mentre avrebbero dovuto essere convenute (ed eventualmente dichiarate responsabili) anche le amministrazioni nazionali.

Sotto altro profilo, il concessionario avrebbe dovuto essere dichiarato unico responsabile della irregolarità.

Il Consorzio San Giorgio Volla ha proposto appello incidentale, sostenendo che, posto che l'Amministrazione – sebbene già immessasi in possesso - non avrebbe ancora occupato materialmente il fondo, né lo avrebbe trasformato, non sussistevano i presupposti per applicare il disposto di cui all'art. 42 bis del D.P.R. 8-6-2001 n. 327.

Parte appellata ha depositato una articolata memoria, chiedendo respingersi l'appello e riproponendo i motivi di censura rimasti assorbiti in prime cure.

All'adunanza camerale del 7 febbraio 2012, fissata per la delibazione della domanda di sospensione della esecutività della gravata decisione, la Sezione, con ordinanza cautelare n. 00524/2012 ha respinto la domanda di sospensiva, “rilevato che, sia pur nella sommarietà della delibazione cautelare, l'appello cautelare non appare fornito del prescritto fumus e, sotto altro profilo, non è stato prospettato alcun danno irreparabile”.

Alla udienza pubblica del 2 luglio 2013 la causa è stata trattenuta in decisione dal Collegio.

DIRITTO

1. Ritiene il Collegio di dovere affermare la infondatezza dell'appello principale e di quello incidentale proposto dal Consorzio.
2. Il primo aspetto in ordine al quale è necessario interrogarsi riposa – ovviamente – nella lamentata inesattezza della statuizione demolitoria.

2.1. Ritiene il Collegio che quest'ultima resista alle critiche appellatorie.

2.1.1. In punto di fatto va premesso che risulta incontroverso e giudizialmente incontestato che l'amministrazione ha omesso di inviare a parte appellata la comunicazione dell'avvio del procedimento.

A fronte di tale incontestata emergenza, si fronteggiano due tesi: secondo quella prospettata dall'originaria parte ricorrente (e recepita nella gravata sentenza dal primo giudice) le norme speciali di natura emergenziale, che costituiscono la fonte legittimante del potere espropriativo esercitato, non avrebbero consentito la dequotazione di tale incombente (positivamente affermato nella lex generalis del procedimento amministrativo e nel TU espropriazioni, costituente principio cardine in materia, in quanto compenetrantesi con la garanzia della difesa del diritto di proprietà).

Secondo, invece, l'appellante amministrazione – che ha prodotto le ordinanze nn.1190/2008, 1191/2008, 1155/2006, 577/1992, 424/1990, 189/1989 e 142/1988 - la specificità del procedimento imperniato sull'art. 4 della Legge n.80/1984 legittimava la detta deroga, di guisa che nessuna illegittimità era possibile riscontrare nel caso di specie.

2.2. Così sintetizzate le contrapposte argomentazioni, ritiene il Collegio di dovere affermare senza esitazioni la propria condivisione dell'approdo ermeneutico fatto proprio dal primo giudice.

E ciò, sia alla stregua dei principi a più riprese affermati dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo e dalla giurisprudenza amministrativa, ma anche, e soprattutto, alla luce del dato normativo di riferimento.

La "norma madre" in materia è rappresentata dall'art. 4 della legge 18.04.1984 n. 80, della quale è bene riportare il testo: "Per l'attuazione degli articoli 35 e 36 della legge 14 maggio 1981, n. 219, i consigli regionali della Basilicata e della Campania, entro quattro mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, approvano e

inviano al CIPE i rispettivi piani triennali di sviluppo. Il CIPE, su proposta del Ministro per gli interventi straordinari nel Mezzogiorno [poi del tesoro, del bilancio e della programmazione economica], delibera entro sessanta giorni dalla data di ricevimento.

Trascorso il termine di quattro mesi di cui al comma precedente, il Ministro per gli interventi straordinari nel Mezzogiorno [poi, appunto, del tesoro, del bilancio e della programmazione economica] si sostituisce alla regione inadempiente.

I piani triennali di sviluppo devono prevedere programmi pluriennali di intervento che individuano:

- a) i progetti da realizzare;
- b) i soggetti pubblici e privati responsabili della loro realizzazione;
- c) le modalità sostitutive dei soggetti inadempienti;
- d) le quote finanziarie da assegnare ai singoli settori e ai singoli progetti, nonché il livello degli incentivi da destinare alle imprese artigiane iscritte all'albo previsto dalla legge 25 luglio 1956, n. 860, e ricomprese nelle comunità montane nei cui territori ricadono comuni dichiarati disastri e negli alti comuni dichiarati disastri;
- e) i progetti e le opere per la cui realizzazione si adottano procedure straordinarie.

I presidenti delle giunte regionali della Campania e della Basilicata provvedono all'attuazione dei piani regionali di sviluppo di cui al primo comma. Per la realizzazione dei progetti e delle opere di cui alla lettera e) del comma precedente si avvalgono dei poteri straordinari previsti dal secondo comma dell'articolo 9 del decreto-legge 27 febbraio 1982, n. 57, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 29 aprile 1982, n. 187. Previa autorizzazione del CIPE essi possono disporre l'inclusione di opere già finanziate da altre leggi ordinarie e speciali, tra quelle previste nella citata lettera e) , purché tali opere risultino funzionalmente collegate con l'attuazione del piano triennale.”.

La disposizione richiamata, che consente l'utilizzo dei "poteri straordinari", è quindi quella di cui al secondo comma dell'articolo 9 del decreto-legge 27 febbraio 1982, n. 57.

Lo scrutinio in ordine alla fondatezza della tesi patrocinata dall'appellante amministrazione, dunque, postula una accurata analisi di quest'ultima disposizione, che così prevede: "fino al 31 dicembre 1983, all'attuazione coordinata degli interventi previsti dagli articoli 21 e 32 della legge 14 maggio 1981, n. 219, provvede, con le modalità di cui al titolo VIII della legge medesima, e successive modificazioni e integrazioni, direttamente o a mezzo di altri Ministri all'uopo designati, il Presidente del Consiglio dei Ministri, in deroga alle procedure previste dagli stessi articoli 21 e 32 e a tutte le altre disposizioni di leggi vigenti, nel rispetto delle norme della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento e nei limiti degli appositi stanziamenti."

Come è agevole riscontrare, dalla lettura del testo della norma, ci si trova al cospetto di un richiamo al doveroso rispetto dei "principi generali dell'ordinamento", che consentirebbe di convenire con la tesi dell'appellante amministrazione unicamente laddove ci si spingesse ad affermare che le disposizioni di cui alla legge n. 241/1990 ed al TU espropriazioni in punto di doveroso invio dell'avviso dell'avvio del procedimento non possano essere sussunte nell'alveo dei "principi generali dell'ordinamento".

Senonché – come rettamente affermato dal primo giudice - così certamente non è. Contrariamente a quanto sostenutosi nell'appello, una imponente produzione giurisprudenziale amministrativa ha sempre costantemente affermato che la necessità dell'avviso di avvio del procedimento amministrativo (nel caso di specie si trattava dell'adozione di provvedimenti di annullamento) è affermazione pacifica e consolidata nella giurisprudenza amministrativa. La preventiva comunicazione di

avvio del procedimento rappresenta un principio generale dell'agere amministrativo (T.A.R. Campania Salerno Sez. I, 12-07-2011, n. 1276).

La materia relativa alle procedure di espropriazione per pubblica utilità non costituisce certo eccezione a detto approdo della giurisprudenza: ed anzi, come è noto, un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato (cfr. Ad. Plen. 20 dicembre 2002, n. 8; 24 gennaio 2000, n. 2; 15 settembre 1999, n. 14), dal quale non si ravvisano ragioni per discostarsi, ha affermato il principio, generale ed inderogabile, per cui al privato proprietario di un'area destinata all'espropriazione, siccome interessata dalla realizzazione di un'opera pubblica, deve essere garantita, mediante la formale comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento, la possibilità di interloquire con l'amministrazione procedente sulla sua localizzazione e, quindi, sull'apposizione del vincolo, prima della dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza e, quindi, dell'approvazione del progetto definitivo.

Con più stringente riferimento alla fattispecie per cui è causa, poi, di recente la giurisprudenza di questa Sezione del Consiglio di Stato ha avuto modo di ribadire il detto principio, essendosi affermato che (Cons. Stato Sez. IV, 09-12-2010, n. 8688) costituisce principio generale ed inderogabile dell'ordinamento vigente che al privato, proprietario di un'area sottoposta a procedimento espropriativo per la realizzazione di un'opera pubblica, deve essere garantita, mediante la formale comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento, la possibilità di interloquire con l'amministrazione procedente sulla sua localizzazione e, quindi, sull'apposizione del vincolo, prima della dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza e, quindi, dell'approvazione del progetto definitivo; né sarebbe invocabile come esimente dal dovere in questione il disposto dell'art. 13, comma 1, l. 7 agosto 1990 n. 241, in quanto detta norma si riferisce ai soli atti a contenuto generale, mentre l'intesa tra lo Stato e la Regione sulla localizzazione di un'opera di interesse statale non consiste in un documento di pianificazione

territoriale, ma produce l'effetto puntuale e specifico dell'individuazione dell'ubicazione dell'intervento (oltre a valere come dichiarazione di pubblica utilità) e si rivela, come tale, idonea ad incidere, in maniera immediata, sugli interessi dei soggetti proprietari del terreno interessato dalla sua realizzazione, con evidenti implicazioni sulla partecipazione di questi al relativo procedimento.

Analoghe conclusioni si traggono dalle disposizioni specifiche contenute nel TU espropriazioni.

Sotto il profilo strettamente letterale, infatti, le espresse disposizioni di cui agli artt. 11 (“1. Al proprietario del bene, sul quale si intende apporre il vincolo preordinato all'esproprio, va inviato l'avviso dell'avvio del procedimento:

a) nel caso di adozione di una variante al piano regolatore per la realizzazione di una singola opera pubblica, almeno venti giorni prima della delibera del consiglio comunale;

b) nei casi previsti dall'articolo 10, comma 1, almeno venti giorni prima dell'emanazione dell'atto se ciò risulti compatibile con le esigenze di celerità del procedimento.

2. L'avviso di avvio del procedimento è comunicato personalmente agli interessati alle singole opere previste dal piano o dal progetto. Allorché il numero dei destinatari sia superiore a 50, la comunicazione è effettuata mediante pubblico avviso, da affiggere all'albo pretorio dei Comuni nel cui territorio ricadono gli immobili da assoggettare al vincolo, nonché su uno o più quotidiani a diffusione nazionale e locale e, ove istituito, sul sito informatico della Regione o Provincia autonoma nel cui territorio ricadono gli immobili da assoggettare al vincolo. L'avviso deve precisare dove e con quali modalità può essere consultato il piano o il progetto. Gli interessati possono formulare entro i successivi trenta giorni osservazioni che vengono valutate dall'autorità espropriante ai fini delle definitive determinazioni.

3. La disposizione di cui al comma 2 non si applica ai fini dell'approvazione del progetto preliminare delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi ricompresi nei programmi attuativi dell'articolo 1, comma 1, della legge 21 dicembre 2001, n. 443.

4. Ai fini dell'avviso dell'avvio del procedimento delle conferenze di servizi in materia di lavori pubblici, si osservano le forme previste dal decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554.

5. Salvo quanto previsto dal comma 2, restano in vigore le disposizioni vigenti che regolano le modalità di partecipazione del proprietario dell'area e di altri interessati nelle fasi di adozione e di approvazione degli strumenti urbanistici.”” e 16 comma 4 (“Al proprietario dell'area ove è prevista la realizzazione dell'opera è inviato l'avviso dell'avvio del procedimento e del deposito degli atti di cui al comma 1, con l'indicazione del nominativo del responsabile del procedimento”) del D.P.R. 8-6-2001 n. 327 congiurano nel fare ritenere il detto obbligo assolutamente cogente ed inderogabile in armonia con i principi affermati dalla Cedu e ben recepiti a più riprese da questo Consiglio di Stato.

Non appare il caso di immorare vieppiù sul punto, se non per rimarcare, a fini di coerenza sistematica, che (d.lgs. 12-4-2006 n. 163, art. 166) il detto obbligo è prescritto anche nel caso di opere strategiche, per cui esso costituisce principio non dequotabile (comma 2 della in ultimo citata disposizione: “l'avvio del procedimento di dichiarazione di pubblica utilità è comunicato dal soggetto aggiudicatore, o per esso dal concessionario o contraente generale, ai privati interessati alle attività espropriative ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni; la comunicazione è effettuata con le stesse forme previste per la partecipazione alla procedura di valutazione di impatto ambientale dall'articolo 5 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 agosto 1988, n. 377. Nel termine perentorio di sessanta giorni dalla comunicazione di avvio del

procedimento, i privati interessati dalle attività espropriative possono presentare osservazioni al soggetto aggiudicatore, che dovrà valutarle per ogni conseguente determinazione. Le disposizioni del presente comma derogano alle disposizioni degli articoli 11 e 16 del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327.”).

2.3. Neppure accoglimento meritano le ulteriori censure prospettate dall'amministrazione regionale: quanto alla tesi per cui l'avviso sarebbe stato validamente omesso in quanto gli espropriandi erano in numero superiore a 50, quest'ultima è stata soltanto labialmente affermata, non è stata né allegata, né provata e, inoltre, non v'è traccia in atti delle supposte modalità alternative di pubblicità eventualmente esperite. Né l'amministrazione ha fatto espresso riferimento alla notifica da effettuarsi “nelle forme degli atti processuali civili” e neppure ha mai dichiarato (né disposto) di procedere alla pubblicazione di alcun atto, avvalendosi del disposto di cui all'art. 16 comma 5 ed 11 comma 2 del DPR n. 327/2001 (Consiglio di Stato Sez. IV, sent. n. 408 del 27-01-2012 :”in tema di espropriazione per pubblica utilità l'avviso di cui all'art. 11 D.P.R. n. 327/2001 - T.U. espropriazione per p.u.- deve contenere, per essere legittimo, l'indicazione delle particelle e dei nominativi, quali indefettibili elementi diretti ad individuare i soggetti espropriandi ed i beni oggetto del procedimento amministrativo, e ciò sia che la comunicazione avvenga personalmente, sia che essa avvenga in forma collettiva mediante avviso pubblico. E' evidente che le modalità di comunicazione, seppur semplificate nella forma e nel numero, devono in ogni caso essere idonee a raggiungere lo scopo della effettiva conoscenza, di guisa che il proprietario inciso sia posto in grado di optare o meno per la partecipazione procedimentale in chiave difensiva).

Essa tesi appare al Collegio unicamente un espediente processuale confusorio, e come tale va disattesa.

2.4. Quanto all'assunto secondo il quale l'unico responsabile avrebbe dovuto essere il concessionario, essa collide con il consolidato orientamento secondo il quale "costituisce principio a più riprese affermato dalla giurisprudenza quello per cui sussiste la responsabilità solidale dell'ente espropriante-appaltante e dell'appaltatore ogni quale volta entrambi abbiano concorso a determinare l'evento dannoso (Cass. civ. Sez. I, 17-10-2008, n. 25369) ed anche alla luce delle vigenti prescrizioni normative va ribadita la permanente vigenza del principio secondo il quale anche laddove ci si trovi al cospetto dell'utilizzo "dell'istituto della delega, l'amministrazione è responsabile dell'operato del delegato (poiché la legge dispone che l'espropriazione si svolge non soltanto "in nome e per conto" del delegante, ma anche "d'intesa" con quest'ultimo, che conserva ogni potere di controllo e di stimolo, il cui mancato esercizio è fonte di corresponsabilità con il delegato per i danni da questi materialmente arrecati, senza che assuma rilievo - qualora sia, comunque, avvenuta la radicale trasformazione del fondo in difetto di tempestiva emanazione del decreto di esproprio - la natura del negozio intercorso tra delegante e delegato (si veda: Cass. civ. Sez. I, 27-05-2011, n. 11800).

Sotto altro profilo, rileva il Collegio che è parimenti errata la qualificazione della eccezione prospettata in forma di motivo di appello impressa dall'appellante Regione.

Si rammenta in proposito, che per costante quanto condivisa giurisprudenza di legittimità "a differenza del difetto di legittimazione passiva - rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, salvo il limite del giudicato eventualmente formatosi - l'effettiva titolarità attiva del rapporto giuridico attiene al merito della controversia e il suo difetto, non rilevabile d'ufficio dal giudice, è rimesso al potere dispositivo delle parti, le quali sono tenute a dedurlo nei tempi e modi previsti per le eccezioni di parte;" (ne consegue che, nel giudizio di risarcimento dei danni, l'eccezione relativa alla titolarità del diritto di proprietà del bene danneggiato

deve essere sollevata - nella vigenza del sistema novellato dalla legge n. 353 del 1990, "ratione temporis" applicabile - nel termine assegnato dal giudice per la proposizione, da parte del convenuto, delle eccezioni non rilevabili d'ufficio- nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto tardiva, e quindi inammissibile, la menzionata eccezione, sollevata per la prima volta in sede di precisazione delle conclusioni nel giudizio di primo grado e poi ribadita in appello-.(Cass. civ. Sez. II, 03-06-2009, n. 12832).

Giova in proposito rilevare che giammai l'appellante Regione aveva sollevato la detta eccezione nel corso del giudizio di primo grado in nessun atto e che neppure nel corso dell'odierno giudizio ha chiarito in base a quali emergenze processuali essa non dovrebbe rispondere dell'obbligo risarcitorio scaturente dalla illegittimità della procedura espropriativa, pur non ricorrendo nel caso di specie la figura della "concessione traslativa".

Né la circostanza che la procedura è stata realizzata "a stralci" e nell'interesse del concessionario può valere ad esonerare da responsabilità il titolare del potere espropriativo, proprio in quanto non è stato neppure provato che si vertesse nel campo della "concessione traslativa".

In ogni caso il Collegio non ritiene sul punto di doversi discostare dagli approdi cui sono giunte le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la decisione n. 6769/2009, le cui complessive argomentazioni devono intendersi integralmente richiamate in questa sede.

In particolare, la Corte regolatrice della giurisdizione, dopo una approfondito excursus anche in ordine alla controversa figura della "concessione traslativa", ha fatto presente che in passato essa stessa, al fine di rafforzare la tutela spettante al proprietario espropriato, aveva specificato: "1) che il mero ricorso allo strumento della concessione traslativa con l'attribuzione, al concessionario affidatario dell'opera, della titolarità di poteri espropriativi, non può comportare

indiscriminatamente l'esclusione di ogni responsabilità al riguardo del concedente. Perché ciò avvenga è infatti necessario, in osservanza al principio di legalità dell'azione amministrativa, che l'attribuzione all'affidatario di detti poteri e l'accollo da parte sua degli obblighi indennitari siano previsti da una legge che espressamente li autorizzi: non essendo altrimenti consentito alla p.a. disporre a sua discrezione onde sollevarsi dalle responsabilità che il legislatore le attribuisce; 2) che d'altra parte, ove detta legge non lo preveda o non lo consenta, l'accollo degli obblighi indennitari (e risarcitori) può essere utilmente invocato purché non sia rimasto fatto interno tra espropriante ed affidatario, e quest'ultimo, nell'attività che lo abbia portato in contatto con il soggetto passivo dell'esproprio, si sia correttamente manifestato come titolare delle relative obbligazioni, oltre che investito dell'esercizio del potere espropriativo (Cass. 6807/2007; 25544/2006; 464/2006; 821/2004) che in ogni altro caso si aggiunge la responsabilità del concedente a quella dell'affidatario quale che sia il contenuto della delega conferita a quest'ultimo, nonché delle pattuizioni tra detti soggetti intercorse.”.

2.5. Neppure può essere accolta la tesi postulante la concorrente affermazione dell'amministrazione centrale, della quale rettamente il primo giudice ha disposto l'estromissione: oltre a rilevarne la endemica contraddittorietà con quella prima scrutinata (che avrebbe preteso la traslazione integrale della responsabilità risarcitoria verso il concessionario, ultimo anello della catena amministrativa), è sufficiente in proposito rammentare che l'espressa attribuzione di poteri commissariali alla Regione ne esclude l'accogliibilità in senso troncante.

3. Stessa sorte reiettiva va riservata alla unica censura proposta dall'appellante Consorzio secondo cui, posto che l'Amministrazione – sebbene già immessasi in possesso non avrebbe ancora occupato materialmente il fondo, né lo avrebbe trasformato - non sussistevano i presupposti per applicare il disposto di cui all'art. 42 bis del D.P.R. 8-6-2001 n. 327.

3.1. La doglianza è palesemente infondata e muove in realtà da un parziale fraintendimento del decisum del Tar.

Come è noto un'amministrazione può divenire proprietaria di un bene di un privato in due modi: per il tramite dell'ablazione mercé legittimo e valido provvedimento espropriativo ed attraverso la volontaria cessione.

L'art. 42 bis non è un "tertium genus". È un rimedio (introdotto nel sistema a seguito della nota declaratoria di incostituzionalità dell'art. 43 del TU) del quale è in facoltà dell'amministrazione avvalersi ove la procedura espropriativa sia stata riscontrata affetta da illegittimità.

Ove non voglia divenire proprietaria del fondo illegittimamente occupato, potrà non avvalersene, restituendolo e liquidando i danni (ed eventualmente, ma non è questo il caso, demolendo l'opera pubblica medio tempore edificata).

Invero, l'art. 42 bis, il cui primo comma è inequivoco nello stabilire che la disposizione trova applicazione in assenza di valido ed efficace provvedimento di esproprio, mentre l'ultimo comma espressamente vi ricomprende i fatti occupativi pregressi all'entrata in vigore del medesimo, così prevede: "Valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene.

Il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche quando sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio. Il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche durante la pendenza di un giudizio per

l'annullamento degli atti di cui al primo periodo del presente comma, se l'amministrazione che ha adottato l'atto impugnato lo ritira. In tali casi, le somme eventualmente già erogate al proprietario a titolo di indennizzo, maggiorate dell'interesse legale, sono detratte da quelle dovute ai sensi del presente articolo.

Salvi i casi in cui la legge disponga altrimenti, l'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale di cui al comma 1 è determinato in misura corrispondente al valore venale del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità e, se l'occupazione riguarda un terreno edificabile, sulla base delle disposizioni dell'articolo 37, commi 3, 4, 5, 6 e 7. Per il periodo di occupazione senza titolo è computato a titolo risarcitorio, se dagli atti del procedimento non risulta la prova di una diversa entità del danno, l'interesse del cinque per cento annuo sul valore determinato ai sensi del presente comma.

Il provvedimento di acquisizione, recante l'indicazione delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area e se possibile la data dalla quale essa ha avuto inizio, è specificamente motivato in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione; nell'atto è liquidato l'indennizzo di cui al comma 1 e ne è disposto il pagamento entro il termine di trenta giorni. L'atto è notificato al proprietario e comporta il passaggio del diritto di proprietà sotto condizione sospensiva del pagamento delle somme dovute ai sensi del comma 1, ovvero del loro deposito effettuato ai sensi dell'articolo 20, comma 14; è soggetto a trascrizione presso la conservatoria dei registri immobiliari a cura dell'amministrazione procedente ed è trasmesso in copia all'ufficio istituito ai sensi dell'articolo 14, comma 2.

Se le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 4 sono applicate quando un terreno sia stato utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata o

convenzionata, ovvero quando si tratta di terreno destinato a essere attribuito per finalità di interesse pubblico in uso speciale a soggetti privati, il provvedimento è di competenza dell'autorità che ha occupato il terreno e la liquidazione forfetaria dell'indennizzo per il pregiudizio non patrimoniale è pari al venti per cento del valore venale del bene.

Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano, in quanto compatibili, anche quando è imposta una servitù e il bene continua a essere utilizzato dal proprietario o dal titolare di un altro diritto reale; in tal caso l'autorità amministrativa, con oneri a carico dei soggetti beneficiari, può procedere all'eventuale acquisizione del diritto di servitù al patrimonio dei soggetti, privati o pubblici, titolari di concessioni, autorizzazioni o licenze o che svolgono servizi di interesse pubblico nei settori dei trasporti, telecomunicazioni, acqua o energia.

L'autorità che emana il provvedimento di acquisizione di cui al presente articolo ne dà comunicazione, entro trenta giorni, alla Corte dei conti mediante trasmissione di copia integrale.

Le disposizioni del presente articolo trovano altresì applicazione ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore ed anche se vi è già stato un provvedimento di acquisizione successivamente ritirato o annullato, ma deve essere comunque rinnovata la valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico a disporre l'acquisizione; in tal caso, le somme già erogate al proprietario, maggiorate dell'interesse legale, sono detratte da quelle dovute ai sensi del presente articolo.”

L'art. 42 bis del d.PR n. 327/2001, quindi, è pacificamente applicabile alla fattispecie, essendo diretto a far cessare ogni forma di illegittima occupazione - sia essa, o meno, seguita dall'avvenuta trasformazione del compendio immobiliare - come si evince dal comma 6 dell'articolo medesimo: “le disposizioni di cui al presente articolo si applicano, in quanto compatibili, anche quando e' imposta una servitu' e il bene continua a essere utilizzato dal proprietario o dal titolare di un

altro diritto reale; in tal caso l'autorità amministrativa, con oneri a carico dei soggetti beneficiari, può procedere all'eventuale acquisizione del diritto di servitù al patrimonio dei soggetti, privati o pubblici, titolari di concessioni, autorizzazioni o licenze o che svolgono servizi di interesse pubblico nei settori dei trasporti, telecomunicazioni, acqua o energia.”

Il primo giudice, nell'affermare il “dovere” della emissione di “un provvedimento di acquisizione ex art.42-bis del T.U. n.327/2001”, con indicazione del risarcimento dovuto a parte ricorrente per la perdita della proprietà dei beni e nel fare presente che “la quantificazione del risarcimento dovrà avvenire secondo le disposizioni del più volte citato art.42-bis e comunque nel rispetto del principio del ristoro integrale del danno subito”, ha esternato una eventualità, muovendo dal dimostrato interesse dell'amministrazione ad acquisire detta area.

E' evidente che, laddove così non sia, il provvedimento non verrà emesso, il fondo verrà restituito, e verranno risarciti i danni medio tempore arrecati.

La circostanza che non sia ancora avvenuta la trasformazione del bene e che vi sia stata soltanto immissione in possesso in nulla rileva; e certamente non poteva precludere al Tar di enunciare detta possibilità spettante all'Amministrazione.

Ove l'amministrazione non ritenga di aderirvi (e ciò è stato “preannunciato” dalla ordinanza del PGRC n. 1265/2012 del 21.10.2011), il Tar, in funzione di giudice dell'ottemperanza, prenderà i provvedimenti conseguenti alla affermata dichiarazione dell'Amministrazione che ha ritenuto di non volersi avvalere della suddetta possibilità.

In sede di appello, però, va affermata la immunità da mende e correttezza anche di detto capo di decisione, che va pertanto integralmente confermato, nei termini interpretativi suesposti, mentre tutti gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

4. Conclusivamente, la sentenza merita integrale conferma nei termini di cui alla motivazione che precede.

5. Le spese processuali possono essere compensate tra le parti, in ragione della particolarità della controversia

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e quello incidentale.

Spese processuali compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

Diego Sabatino, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/08/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)