

**N. 01133/2012REG.PROV.COLL.
N. 10332/2006 REG.RIC.**



REPUBBLICA ITALIANA

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 10332 del 2006, proposto da:
Fallimento A.E.Pa.Con. S.r.l., in persona del curatore fallimentare,
autorizzato a proporre appello con decreto del Giudice delegato del
Tribunale di Reggio Calabria del 28 novembre 2006, esibito in atti,
rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Iofrida per mandato a
margine del ricorso, ed elettivamente domiciliato in Roma, alla via
Lucrezio Caro n. 62, presso lo studio dell'avv. Simone Ciccotti in
Roma, per dichiarazione di elezione di domicilio a firma del
difensore, depositata in segreteria il 14 settembre 2011;

contro

Comune di Reggio Calabria, in persona del Sindaco pro-tempore,
rappresentato e difeso dall'avv. Mario De Tommasi, ed elettivamente
domiciliato in Roma, alla via Cosseria n. 2, presso lo studio dell'avv.
Alfredo Placidi, per mandato a margine del controricorso;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria n. 1211 del 26 giugno 2006, resa inter partes, con cui è stato dichiarato inammissibile il ricorso, con motivi aggiunti, proposto per annullamento e/o declaratoria d'inefficacia del decreto sindacale n. 570 del 23 settembre 2003 e dell'avviso della fissazione della data per la redazione del verbale di consistenza e immissione in possesso, di cui alla nota dirigenziale n. 574 di prot. del 24 settembre 2003, nonché delle presupposte deliberazioni di Giunta municipale n. 15 del 18 gennaio 2000 (di approvazione del progetto preliminare e declaratoria di p.u., indifferibilità e urgenza dei lavori), n. 481 del 24 luglio 2000 (di approvazione del progetto definitivo) e n. 734 del 21 dicembre 2001 (di approvazione del progetto esecutivo con delega al Sindaco per gli atti relativi all'occupazione d'urgenza)

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2011, il Cons. Leonardo Spagnoletti e uditi per le parti gli avvocati Domenico Iofrida per la curatela fallimentare appellante e Mario De Tommasi per l'amministrazione comunale appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con appello notificato il 5 dicembre 2006 e depositato il 18 dicembre 2006, la Curatela del fallimento della società A.E.Pa.Con. S.r.l., autorizzata al gravame con decreto del giudice delegato del Tribunale

di Reggio Calabria del 28 novembre 2006, ha impugnato la sentenza in epigrafe meglio indicata.

Giova premettere che:

- la società A.E.Pa.Con. S.r.l., proprietaria di suolo identificato nel nuovo catasto edilizio urbano di Reggio Calabria alla partita 27811 foglio 89 particella n. 693, di complessiva superficie catastale di mq. 1564, proponeva al T.A.R. Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria, ricorso n. 2523/2003 per l'annullamento e/o la declaratoria d'inefficacia:

--. del decreto sindacale n. 570 del 23 settembre 2003, recante occupazione d'urgenza del suolo, da assoggettare ad esproprio per mq. 306, nonché del relativo avviso della fissazione della data per la redazione del verbale di consistenza e immissione in possesso, di cui alla nota dirigenziale n. 574 di prot. del 24 settembre 2003;

-- delle presupposte deliberazioni di Giunta municipale n. 15 del 18 gennaio 2000 (di approvazione del progetto preliminare e declaratoria di p.u., indifferibilità e urgenza dei lavori), n. 481 del 24 luglio 2000 (di approvazione del progetto definitivo) e n. 734 del 21 dicembre 2001 (di approvazione del progetto esecutivo con delega al Sindaco per gli atti relativi all'occupazione d'urgenza);

- con successivi motivi aggiunti, la Curatela del fallimento (medio-tempore dichiarato) della società, autorizzata con decreto del giudice delegato del Tribunale di Reggio Calabria del 13 febbraio 2006, deduceva l'intervenuta scadenza, in difetto dell'emanazione del decreto di esproprio e dell'avvio (non che dell'ultimazione) dei lavori, dell'efficacia della dichiarazione di pubblica utilità, insistendo per la restituzione del suolo, occupato ormai sine titolo.

Con la sentenza appellata il T.A.R. Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria, premessa la differenza tra occupazione appropriativa e occupazione usurpativa, e dato conto dell'inapplicabilità dei due istituti di formazione giurisprudenziale in relazione alla nuova disciplina di cui all'art. 43 del d.P.R. n. 327/2001 (acquisizione sanante), dichiarava inammissibile il ricorso in base a duplice rilievo:

- l'applicabilità dell'art. 21 octies della legge n. 241/1990, quanto al dedotto vizio di omessa comunicazione dell'avvio del procedimento espropriativo, tenuto conto che il decreto d'occupazione era affatto vincolato agli atti presupposti e non poteva avere contenuto diverso;
- la tardività dell'impugnazione delle deliberazioni giuntali (atti presupposti, tra i quali la deliberazione recante la declaratoria di p.u.) perché il Comune sin dal 27 febbraio 2002 aveva notificato alla società ricorrente l'avviso di deposito degli atti relativi alla procedura espropriativa, (laddove il ricorso era stato notificato solo il 3 dicembre 2003).

A sostegno dell'appello sono stati dedotti, in sintesi, i seguenti motivi:

1) *Mancata pronuncia sui motivi aggiunti*

Il T.A.R. ha omesso di pronunciarsi sull'assorbente domanda introdotta con i motivi aggiunti, con i quali, rilevata la sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di p.u. per decorso del termine fissato per l'ultimazione dei lavori ed espropriazioni (al 20 dicembre 2005, ossia alla scadenza dei quattro anni dalla data della delibera di G.M. n. 734 de 21 dicembre 2001, dichiarata immediatamente esecutiva), e non essendo intervenuto né il decreto di esproprio e nemmeno

L'avvio dei lavori (circostanze pacifiche siccome incontestate), si chiedeva la restituzione del suolo, ormai occupato sine titolo.

Né l'omissione della pronuncia sui motivi aggiunti potrebbe considerarsi preclusa dalla declaratoria d'inammissibilità della domanda di annullamento degli atti impugnati col ricorso, stante l'autonomia del loro petitum e causa petendi.

2) *Merito della decisione*

La decisione è comunque erronea perché la ricorrente in primo grado, odierna appellante, non ha mai sostenuto che si sia verificata occupazione acquisitiva o usurpativa, avendo invece soltanto chiesto la restituzione del suolo in relazione all'illegittimità e/o inefficacia degli atti impugnati, la cui impugnativa non poteva, peraltro, considerarsi tardiva perché l'avviso di deposito degli atti espropriativi non potrebbe surrogare la notificazione individuale delle deliberazioni giuntali impuginate.

3) *Riproposizione dei motivi di ricorso:*

Violazione dell'art. 1 legge n. 1/1978 e decadenza effetti dichiarazione di pubblica utilità e relativi termini. Violazione dell'art. 7 legge n. 241/1990, dell'art. 2 legge n. 1187/1968, dell'art. 7 legge n. 1150/1942 anche in relazione alla sentenza della Corte Costituzionale n. 179/1999. Eccesso di potere per omissione di procedura

Si ribadisce che il decreto di occupazione è stato emanato (23 settembre 2003) decorso il triennio dalla deliberazione, immediatamente esecutiva, recante la declaratoria di pubblica utilità (deliberazione di G.M. n. 15 del 18 gennaio 2000); che i lavori avrebbero dovuto essere avviati entro due anni e ultimati entro quattro anni dalla data della deliberazione di G.M. n. 734 del 21

dicembre 2001, immediatamente esecutiva, laddove ciò non è accaduto; che, scaduto il vincolo a viabilità di piano previsto dal P.R.G., la deliberazione di approvazione del progetto di opera pubblica doveva seguire la procedura di variante allo strumento urbanistico generale, ciò che del pari non si è verificato.

Costituitasi in giudizio, l'Amministrazione comunale appellata, con memoria difensiva depositata il 22 settembre 2011, ha chiesto la conferma della sentenza, ribadendo il rilievo della tardività dell'impugnativa delle deliberazioni di Giunta municipale.

A sua volta, con memoria difensiva depositata il 22 settembre 2011, la Curatela fallimentare ha insistito per l'accoglimento dell'appello.

All'udienza pubblica del 25 ottobre 2011 l'appello è stato discusso e deciso.

DIRITTO

1.) L'appello in epigrafe è fondato, onde, in riforma della sentenza gravata, deve essere dichiarata l'illegittimità del comportamento dell'amministrazione, relativo alla perdurante occupazione del suolo pur dopo la sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità, e va accolta la domanda di restituzione del suolo di cui particella n. 693 partita 27811 foglio 89, oggetto di occupazione rimasta priva di titolo giuridico.

1.1) In punto di fatto deve evidenziarsi che:

- la deliberazione di Giunta municipale n. 15 del 18 gennaio 2000, di approvazione del progetto preliminare dell'opera pubblica (svincolo stradale), pur recando espressa dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza ai sensi del richiamato art. 1 della legge 3 gennaio 1978, n. 1, e coerentemente alle previsioni di quest'ultima

disposizione, si limitò a disporre che gli effetti della dichiarazione sarebbero cessati “...se i lavori non hanno inizio nel triennio successivo all’approvazione del progetto”, senza fissare i termini per l’inizio e il compimento dei lavori e del procedimento espropriativo (i relativi spazi furono lasciati “in bianco”);

- prima della scadenza del termine triennale ex art. 1 della legge n. 1/1978 (che stante l’immediata esecutività dichiarata della deliberazione n. 15/2000) rimaneva fissato al 18 gennaio 2003, con la successiva deliberazione di Giunta municipale n. 734 del 21 dicembre 2001, l’Amministrazione comunale provvide ad approvare il progetto esecutivo dell’opera pubblica;

- nella suddetta deliberazione n. 734/2001, con cui fu approvato anche l’elenco delle ditte espropriande, la stima e il piano particellare grafico e descrittivo, nonché autorizzata l’occupazione temporanea e d’urgenza dei suoli da espropriare con delega al Sindaco per l’emanazione dei relativi atti, furono fissati i termini per l’inizio e l’ultimazione dei lavori e delle procedure espropriative, rispettivamente in due e quattro anni;

- per effetto della declaratoria d’immediata esecutività della deliberazione suddetta, il termine iniziale per l’avvio dei lavori e delle procedure espropriative restò quindi fissato al 21 dicembre 2003 e il termine finale al 21 dicembre 2005;

- il decreto sindacale n. 570 del 23 settembre 2003, e il relativo avviso della fissazione della data per la redazione del verbale di consistenza e immissione in possesso, di cui alla nota dirigenziale n. 574 di prot. del 24 settembre 2003, intervennero quindi entro il termine biennale fissato dalla deliberazione n. 734/2001, ancorché dopo la scadenza

del termine triennale di cui alla precedente deliberazione n. 15/2000 (18 gennaio 2003),

- la società appellante ha documentato che il Comune di Reggio Calabria ha rilasciato concessione edilizia a terzi per l'installazione di un impianto di autolavaggio da ubicare sulla particella n. 693 (concessione edilizia n. 137 del 7 maggio 2002), mentre la pur invocata autorizzazione dirigenziale n. 5014-Amm. del 26 settembre 2005 che consentiva a terzi il passaggio di mezzi di cantiere, e quindi occupazione temporanea di mq. 84,00 di suolo pubblico per la durata di novanta giorni, non contiene un espresso riferimento alla predetta particella;

- è peraltro del tutto incontestato dall'Amministrazione comunale che nel termine finale del 21 dicembre 2005 i lavori, non che ultimati, non siano stati nemmeno avviati, né risulta che sia stato emanato il decreto di esproprio; in effetti la difesa dell'Amministrazione si è limitata con laconica memoria a ribadire che le deliberazioni giuntali non sarebbero state "...impugnate nei termini benché alle stesse fosse stata data adeguata pubblicità e benché, già in data 27.02.2002, la p.a. avesse noviziato la ricorrente degli atti espropriativi fino a quel momento adottati..." e che "dall'inammissibilità del ricorso principale per mancata impugnazione degli atti presupposti, certamente lesivi per la ricorrente, discende l'inammissibilità oltre che l'infondatezza dei motivi aggiunti notificati in corso di causa".

1.2) Tanto premesso in punto di fatto, è fondato il rilievo di cui al primo motivo di appello, secondo il quale il Tribunale amministrativo reggino ha ommesso ogni pronuncia sulla domanda introdotta con i motivi aggiunti al ricorso, pur avendo richiamato i medesimi sia in

premessa (“Visto il ricorso per motivi aggiunti”), sia nel primo periodo del paragrafo1) della motivazione (“Con il ricorso in esame la ricorrente richiede, anche con motivi aggiunti, l’annullamento dei provvedimenti oggetto di impugnazione...”).

Senonché il giudice di primo grado, soffermandosi poi esclusivamente sui motivi del ricorso, non si è avveduto che i motivi aggiunti recavano un’autonoma, distinta e nuova domanda, intesa alla restituzione del suolo oggetto di occupazione in funzione dell’esaurimento dell’efficacia della dichiarazione di pubblica utilità.

A pagina 3 dei motivi aggiunti, dopo aver richiamato in sintesi le censure già dedotte in ricorso, si affermava che “Tale argomentazione va oggi integrata, e a tal fine vengono proposti i presenti motivi aggiunti, con la constatazione della circostanza che ancora oggi l’opera non sia stata realizzata né i relativi lavori siano iniziati”; e di seguito si richiamavano appunto i termini fissati con la deliberazione n. 734/2001 e la loro inutile decorrenza, chiedendosi nelle “conclusioni” di “accogliere il ricorso e i presenti motivi aggiunti, dichiarando l’inefficacia e/o illegittimità del provvedimento di occupazione temporanea...e del relativo verbale di consistenza...e di tutti gli atti impugnati...” e “conseguentemente, poiché non vi è stata trasformazione irreversibile del fondo, disporre e/o ordinare la sua restituzione all’originario proprietario”.

Con i motivi aggiunti, quindi, non erano state dedotte, in effetti, ulteriori censure d’invalidità dei provvedimenti già impugnati, sebbene l’illegittimità del comportamento dell’Amministrazione, sia pure connesso e in origine sorretto dai provvedimenti amministrativi impugnati, consistente nella perdurante occupazione del bene

immobile senza più alcun titolo giuridico.

Ne consegue che il Tribunale amministrativo reggino non avrebbe potuto arrestarsi al rilievo della ritenuta tardività dell'impugnativa delle deliberazioni di Giunta municipale per dedurne la dichiarata inammissibilità del ricorso, nonché in modo implicito dei motivi aggiunti.

Questi ultimi introducevano una domanda autonoma che, a prescindere dall'ammissibilità e fondatezza dell'impugnativa degli atti della procedura espropriativa, e anche quindi ammettendone la legittimità e/o inoppugnabilità, era fondata sul rilievo della scadenza dei termini per l'inizio e conclusione dei lavori e delle procedure espropriative, in difetto sia dell'emanazione del decreto di esproprio sia di qualsivoglia attività di trasformazione del bene immobile, e quindi diretta a censurare l'illegittimità del comportamento materiale dell'amministrazione in quanto privo, da un certo momento temporale, di titolo giuridico.

1.3) Orbene, è noto che, secondo la giurisprudenza anche più recente della Corte regolatrice, la dichiarazione di pubblica utilità priva di termini iniziali e finali per l'avvio e compimento dei lavori e delle occupazioni è da ritenere radicalmente nulla, onde l'occupazione costituisce mero comportamento materiale "...in nessun modo ricollegabile ad un esercizio abusivo dei poteri della p.a., sicché spetta al g.o. la giurisdizione sulla domanda risarcitoria proposta dal privato" perché in tal caso essa è "da ritenere emessa in carenza ovvero in difetto assoluto di attribuzione del potere stesso, che comporta nullità del provvedimento dichiarativo della pubblica utilità e degli atti conseguenti della procedura ablatoria" (Cass. Civ., SS.UU.,

14 febbraio 2011, n. 3569).

Tale ipotesi si sarebbe inverata, nel caso di specie, qualora - a prescindere dalla scadenza del termine triennale acceleratorio di cui all'art. 1 della legge n. 1/1978, espressamente richiamato nella deliberazione n. 15/2000- il decreto sindacale di occupazione fosse stato emanato sul presupposto della citata deliberazione di Giunta municipale n. 15 del 18 gennaio 2000, che come rilevato sub 1.1) difettava del tutto dell'indicazione dei termini iniziali e finali per l'avvio e il compimento di lavori ed espropriazioni.

E' evidente, infatti, che la radicale nullità della dichiarazione di pubblica utilità avrebbe in ogni caso implicato che l'occupazione del bene fosse stata disposta in carenza di potere, con conseguente declaratoria dell'inammissibilità della domanda proposta coi motivi aggiunti in funzione della doverosa declinatoria di giurisdizione a favore dell'A.G.O.

1.4) Nel caso di specie, invece, è accaduto che l'Amministrazione, approvando il progetto esecutivo, abbia indicato i termini di avvio e ultimazione di lavori e procedure espropriative, rinnovando in realtà la dichiarazione di pubblica utilità.

Né, trattandosi di declaratoria collegata ex lege all'approvazione del progetto, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 1/1978, può assumere alcun rilievo la circostanza che nel corpo della deliberazione non sia stata riproposta la "formula" enunciativa degli effetti dell'approvazione del progetto, ossia che esso comportava la dichiarazione di pubblica utilità.

In presenza, pertanto, di una "nuova" e "completa" dichiarazione di pubblica utilità, il decreto sindacale di occupazione, emanato peraltro

in base a espressa delega contenuta nella stessa deliberazione n. 734/2001, non può ritenersi adottato in carenza di potere, a nulla rilevando che medio-tempore fosse scaduto il termine triennale computato dalla data di esecutività della deliberazione n. 15/2000.

Per un verso, infatti, il termine triennale ex art. 1 della legge n. 1/1978 ha natura meramente acceleratoria dell'avvio delle opere e assume rilievo soltanto se siano stati fissati i termini di cui all'art. 13 della legge n. 2359/1865 (cfr. Cass. Civ., Sez. I, 23 giugno 2009, n. 14606).

Sotto altro profilo, poi, è evidente che il termine triennale deve computarsi -ancorché non espressamente richiamato nel corpo della deliberazione-, proprio a far data dalla deliberazione n. 734/2001, che ha rinnovato con i dovuti termini la dichiarazione di pubblica utilità, e con la delega all'occupazione ha altresì dichiarato, sia pure implicitamente, anche la indifferibilità e urgenza delle opere; sicché tale termine, decorrente dal 21 dicembre 2001, data della deliberazione dichiarata immediatamente esecutiva, assumeva in realtà scadenza al 21 dicembre 2004 e rispetto a tale termine il decreto sindacale era affatto tempestivo.

1.5) Dai rilievi che precedono, consegue che la domanda di accertamento dell'illegittimità del comportamento dell'amministrazione -consistente nella perdurante occupazione sine titolo del suolo, connessa all'inutile scadenza, in difetto dell'avvio dei lavori e del decreto di esproprio, dei termini finali della dichiarazione di pubblica utilità- e la collegata domanda di condanna dell'amministrazione alla restituzione del suolo, appartengono alla giurisdizione amministrativa esclusiva, ai sensi dell'art. 53 del d.P.R. 8

giugno 2001, n. 327 (“*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità*”), vigente al momento della pronuncia della sentenza appellata, e ancor prima dell’art. 34 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall’art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205.

Nel caso di specie, infatti, non si è in presenza di un *mero comportamento*, sebbene di una condotta dell’amministrazione direttamente collegata all’esercizio del potere pubblico concernente l’apprensione del bene ai fini della realizzazione di un’opera pubblica, nei sensi precisati dalla sentenza della Corte costituzionale n. 191 dell’11 maggio 2006.

La Consulta ha chiarito, a proposito, che “deve ritenersi conforme a Costituzione la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative a "comportamenti" (di impossessamento del bene altrui) collegati all’esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere, laddove deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima la devoluzione alla giurisdizione esclusiva di "comportamenti" posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto”.

Il confine tra le due giurisdizioni è così tracciato in modo chiaro e netto: laddove il comportamento sia riconducibile, anche “mediatamente”, all’esercizio del potere pubblico, compete al G.A. di conoscere le controversie relative al comportamento e ai suoi effetti, con la stessa ampiezza di poteri giurisdizionali propri della tutela risarcitoria, ossia, come chiarito ancora dalla Corte Costituzionale “sia per equivalente sia in forma specifica”, laddove la restituzione del bene immobile costituisce, appunto, reintegrazione in forma

specifica della sfera giuridico-patrimoniale del privato leso dal comportamento amministrativo illegittimo, ossia non assistito da un titolo giuridico valido ed efficace.

2.) Alla stregua della disposizione dell'art. 53 del d.P.R. n. 527/2001, disposizione di carattere processuale e come tale immediatamente applicabile (come posto in luce dalla stessa sentenza n. 191/2006), nel testo risultante dalla declaratoria di illegittimità costituzionale, il Collegio non può pertanto esimersi dal trarre le conseguenze giuridiche dei rilievi che precedono, in relazione all'assorbente fondatezza del primo motivo d'appello.

3.) Dato atto dell'inutile scadenza dei termini finali per i lavori e le espropriazioni e dell'esaurimento dell'efficacia della dichiarazione di pubblica utilità sin dal 21 dicembre 2005, l'occupazione della particella n. 693, per la porzione interessata, è comportamento illegittimo siccome privo di titolo, onde, in riforma della sentenza appellata, deve accogliersi la domanda proposta coi motivi aggiunti, e riproposta in appello, intesa alla declaratoria dell'illegittimità del comportamento dell'amministrazione e alla restituzione del suolo.

4.) Il regolamento delle spese processuali del doppio grado di giudizio segue la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) accoglie l'appello in epigrafe di cui al ricorso n. 10332 del 2006 e per l'effetto, in riforma della sentenza del T.A.R. Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria n. 1211 del 26 giugno 2006, resa inter partes, e in accoglimento della domanda proposta con i motivi aggiunti al ricorso in primo grado:

1), dichiara illegittimo il comportamento dell'amministrazione in ordine all'occupazione del suolo, di cui alla partita 27811 foglio 89 particella n. 693, in epoca successiva al 21 dicembre 2005, quanto alla porzione effettivamente occupata;

2) condanna il Comune di Reggio Calabria, in persona del Sindaco pro-tempore, alla immediata restituzione del predetto suolo alla appellante Fallimento A.E.Pa.Con. S.r.l., in persona del curatore fallimentare;

2) condanna il Comune di Reggio Calabria, in persona del Sindaco pro-tempore, alla rifusione in favore dell'appellante Fallimento A.E.Pa.Con. S.r.l., in persona del curatore fallimentare, delle spese e onorari del doppio grado di giudizio, liquidati in complessivi € 3.000,00 (tremila/00), oltre I.V.A. e C.A.P. nella misura dovuta.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozzi, Consigliere

Leonardo Spagnoletti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/02/2012

IL SEGRETARIO

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