

Publicato il 01/03/2017

N. 00941/2017REG.PROV.COLL.
N. 04522/2016 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4522 del 2016, proposto dai Signori Teresa Cedola, Marino Antonio, Masciocco Giovanni, Colucci Michele, Maiatico Brigida Maria Rosaria, Di Franco Nicola, Scarafino Michele, Carrescia Leonardo, Carrescia Carmela, Carrescia Michelina, De Santis Concetta, Carrescia Santucci Beatrice, Carrescia Maria, Zita Beatrice, Zita Antonio, Zita Tuccio, Curiale Velia Giovanna, Policelli Michele, Colatruglio Francesco, Del Buono Maria Domenica, Masciocco Maria Concetta, rappresentati e difesi dagli avvocati Lucio Rodolfo Crisci C.F. CRSLRD36C14H898I, Fabrizio Crisci C.F. CRSFRZ71L29A783T, con domicilio eletto presso Studio Legale Sandulli Borrillo Marialaura in Roma, via Fulcieri Paulucci de' Calboli 9;

contro

Comune di Alberona non costituito in giudizio;

nei confronti di

Società Ivpc - Italian Vento Power Corporation a r.l., in persona del legale rappresentante in carica rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea

Abbamonte C.F. BBMNR62D18F839S, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi, 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la PUGLIA –Sede di BARI - SEZIONE I n. 428/2016, e della sentenza parziale del T.A.R. per la PUGLIA –Sede di BARI - SEZIONE I n. 885/2015, resa tra le parti, concernente acquisizione, ex art. 42 bis, al patrimonio indisponibile della società I.v.p.c. del diritto di servitù coattiva - restituzione aree illecitamente acquisite - risarcimento danni - parziale difetto di giurisdizione

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Ivpc - Italian Vento Power Corporation A R.L.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 febbraio 2017 il consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti gli avvocati L.R. Crisci, F. Crisci, A. Abbamonte;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con la sentenza non definitiva in epigrafe appellata n. 885 del 17 giugno 2015 e con la successiva sentenza definitiva in epigrafe impugnata n. 428 del 24 marzo 2016 il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia – Sede di Bari – ha definito un complesso ricorso collettivo di primo grado proposto dalla odierna parte appellante principale teso ad ottenere l'annullamento del decreto del 3 luglio 2013, adottato dal Comune di Alberona a mezzo del Dirigente dell'U.T.C. recante, ai sensi dell'art. 42 bis comma 6 d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327, l'acquisizione al patrimonio indisponibile della Società I.V.P.C. S.r.l. del diritto di servitù coattiva sulle aree di pertinenza dalla odierna parte appellante principale e diretto ad

ottenere altresì la condanna del Comune di Alberona alla restituzione delle aree illecitamente acquisite con la conseguente cancellazione della trascrizione - se effettuata - presso il competente Ufficio RR.II. ed alla corresponsione del risarcimento dei danni arrecati.

2. La complessità della vicenda necessita di una puntualizzazione della sequenza cronologica delle iniziative giurisdizionali succedutesi:

a) gli odierni appellanti principali (nella qualità proprietari di taluni fondi a destinazione agricola prescelti ed utilizzati da soggetti imprenditoriali impegnati nel campo della produzione elettrica da fonte eolica, ubicati in agro di Alberona, sulla dorsale appenninica della Daunia)avevano convenuto innanzi al Tribunale Civile di Lucera la società I.V.P.C. s.r.l. deducendo che quest'ultima nel 1996 aveva installato in prossimità dei predetti suoli, taluni aerogeneratori, in tesi violando la disciplina delle distanze dal confine, invadendo ed occupando i fondi di loro pertinenza con le pale eoliche sporgenti per una lunghezza di oltre 22,5 mt ed avevano chiesto che venisse ordinata la demolizione, lo spostamento e/o l'arretramento degli aerogeneratori, nonché la rimozione delle pale eoliche rotanti e dei cavidotti elettrici, con condanna al risarcimento dei danni;

b) in pendenza dei predetti giudizi civili la società I.V.P.C. s.r.l. aveva ottenuto dal Comune di Alberona l'emanazione di separati decreti di imposizione di servitù di sorvolo ai sensi dell'art. 43 comma 6 bis del d.P.R. 327/2001;

c) gli appellanti principali avevano impugnato detti decreti innanzi al T.a.r. della Puglia - Sede di Bari – che però con la sentenza n. 2088 del 7 maggio 2008 aveva respinto il loro ricorso; essi avevano quindi proposto appello, ed il Consiglio di Stato, Sez. IV, con la sentenza n. 2089/2010 aveva accolto l'impugnazione annullando i richiamati decreti impositivi di servitù coattiva;

d) essi avevano quindi agito per l'ottemperanza della detta decisione n. 2089/2010 innanzi al Consiglio di Stato, Sez. IV, che però con la sentenza

n. 5178/2012 aveva dichiarato detto ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione: la detta sentenza era stata da essi impugnata con ricorso per cassazione, ma con esito negativo (sentenza n. 26583/2013 delle SS.UU);
e) nelle more della decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la società I.V.P.C. s.r.l. aveva chiesto ed ottenuto dal Comune di Alberona l'adozione del decreto del 3 luglio 2013 di asservimento coatto ai sensi dell'art. 42 bis del d.P.R. 327/2001, che gli odierni appellanti principali avevano impugnato innanzi al T.a.r. della Puglia con il ricorso n. 1245/2013 nell'ambito del quale sono state emesse le due sentenze oggetto della odierna impugnazione proponendo sette articolate censure di violazione di legge ed eccesso di potere.

3. Il Comune di Alberona e la società I.V.P.C. s.r.l. - Italian Vento Power Corporation si erano costituite chiedendo che il ricorso venisse dichiarato inammissibile, ovvero respinto in quanto infondato.

4. Il T.a.r. con la sentenza non definitiva n. 885 del 17 giugno 2015 ha partitamente esaminato le doglianze proposte, ed ha soltanto parzialmente accolto il ricorso, deducendo che:

a) erano infondate le prime sei censure - volte a dimostrare la nullità ovvero la illegittimità intrinseca del contestato decreto acquisitivo- in quanto il medesimo era stato emesso in presenza di tutte le condizioni di legge, era fornito di perspicua motivazione, erano state rispettate le disposizioni tese a garantire i diritti infraprocedimentali e di difesa dei destinatari dell'atto, era stato ponderato l'interesse pubblico ed era stata dimostrata l'indispensabilità del provvedimento e l'assenza di ragionevoli alternative alla emissione del medesimo;

b) quanto alla settima doglianza, incentrata sulla contestazione della determinazione dell'indennizzo offerto in conseguenza del decreto impositivo di servitù impugnato, il T.a.r., ritenuta la propria giurisdizione sul punto, ha disposto un approfondimento istruttorio riposante in una

consulenza tecnica d'ufficio di tipo estimativo ed ha rinviato ad una successiva udienza per la definizione integrale del procedimento.

5. Con la successiva sentenza definitiva n. 428 del 24 marzo 2016 il T.a.r. ha integralmente confermato la sentenza non definitiva n. 885/2015 ad eccezione delle statuizioni rese limitatamente al settimo motivo di doglianza: quanto a quest'ultimo ha ritenuto essere sopraggiunto il difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo sulla questione concernente la quantificazione dell'indennizzo ed ha declinato la propria giurisdizione unicamente quanto a tale segmento della controversia alla stregua delle argomentazioni contenute nell'ordinanza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione n. 22096 del 29.10.2015.

6. La originaria parte ricorrente rimasta soccombente, (che aveva proposto riserva di appello) avverso la sentenza non definitiva n. 885 del 17 giugno 2015 ha proposto un articolato atto di appello, nell'ambito del quale, dopo avere ripercorso il prolungato *iter* del contenzioso intercorso, ha dedotto che:

a) la sentenza non definitiva n. 885 del 17 giugno 2015 era gravemente errata, e non aveva colto che il contestato decreto era nullo, ovvero illegittimo anche per difetto di motivazione, e comunque emesso da un organo incompetente, riproponendo tutte le sei censure contenute nel ricorso di primo grado respinte dal Ta.r. atualizzandole rispetto alla motivazione della sentenza;

b) la sentenza definitiva n. 428 del 24 marzo 2016 era altresì errata, in quanto:

I) a tutto concedere il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in punto di determinazione del quantum dell'indennizzo dovuto ex art. 42 bis del TUEspropriazione poteva riscontrarsi unicamente allorchè il tema della quantificazione dell'indennizzo fosse l'unico dedotto in giudizio, e non anche laddove (come pacificamente nel caso di specie) fossero state

dedotte anche censure attingenti il “merito” del decreto ex art. 42 bis sotto il profilo della nullità/illegittimità di quest’ultimo;

II) in ogni caso era precluso al T.a.r. declinare la giurisdizione sul punto, in quanto la problematica era stata espressamente affrontata dalla sentenza non definitiva n. n. 885 del 17 giugno 2015 e ci si trovava al cospetto di una preclusione processuale insuperabile.

7. In data 10.6. 2016 la appellata società controinteressata I.V.P.C. s.r.l. si è costituita con atto di stile, ed in data 15.7.2016 ha depositato una articolata memoria deducendo che:

a) l’appello proposto dalla parte originaria ricorrente di primo grado doveva essere dichiarato inammissibile, in quanto teso unicamente a riproporre le censure di primo grado respinte e privo di argomenti critici attingenti la motivazione delle sentenze impugnate;

b) esso era comunque meritevole di reiezione perché infondato.

8. In data 18.7.2016 parte appellante ha depositato una articolata memoria ed in data 19.7.2016 ha depositato una ulteriore memoria, integrativa della prima, puntualizzando e ribadendo le proprie tesi.

7. Alla camera di consiglio del 21 luglio 2016 fissata per la delibazione della domanda di sospensione della provvisoria esecutività dell’impugnata decisione sull’accordo delle parti la trattazione della controversia è stata differita all’udienza di merito.

8. In data 30.1.2017 la appellata società controinteressata I.V.P.C. s.r.l. ha depositato una ulteriore memoria puntualizzando e ribadendo le proprie tesi.

9. In data 31.1.2017 la parte appellante ha depositato una ulteriore memoria puntualizzando e ribadendo le proprie tesi.

10. In data 4.2.2017 la parte appellante ha depositato una memoria di replica puntualizzando e ribadendo le proprie tesi e facendo presente che l’appello da essa proposto era conforme al dettato dell’art. 101 del c.p.a..

11. Alla odierna pubblica udienza del 16 febbraio 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. L'appello è infondato e va respinto nei sensi di cui alla motivazione che segue.

1.1. Seguendo la tassonomia propria delle questioni (secondo le coordinate ermeneutiche dettate dall'Adunanza plenaria n. 5 del 2015), è evidente che in ordine logico è prioritario lo scrutinio della eccezione contenuta nella memoria di costituzione dell'appellata società nella quale si sostiene che l'appello dovrebbe essere dichiarato inammissibile per genericità.

1.2. La eccezione è palesemente infondata: in contrario senso si osserva che la parte appellante ha prospettato –con sufficiente specificità- una ricostruzione sia fattuale che giuridica opposta a quella patrocinata dal T.a.r., e dalla quale discenderebbe –ove essa fosse accolta dal Collegio-la illegittimità della azione amministrativa sfociata nel contestato decreto; le censure non sono né generiche né incomplete, per cui la eccezione va senz'altro disattesa.

2. Venendo alle censure di merito, appare evidente che, in ordine logico, è necessario scrutinare le censure di incompetenza, in armonia con il consolidato orientamento (tra le tante T.A.R. Palermo, -Sicilia-, sez. II, 06/05/2015, n. 1095 T.A.R. Perugia –Umbria- sez. I 28 novembre 2016 n. 729) secondo il quale “il vizio formale d'incompetenza, deve essere sempre scrutinato per primo, poiché, se fosse fondato, la valutazione nel merito della controversia alla stregua delle altre censure sostanziali proposte sarebbe impedita, risolvendosi in un giudizio meramente ipotetico sull'ulteriore attività amministrativa dell'organo competente, cui spetta l'effettiva valutazione della vicenda e che potrebbe emanare, o non, l'atto in questione e, comunque, provvedere con un contenuto diverso. Pertanto, la decisione di accoglimento del ricorso fondata sul vizio d'incompetenza esaurisce l'oggetto stesso del giudizio e rende obbligatorio l'assorbimento

delle eventuali censure sostanziali: dato che in tutte le situazioni di incompetenza e di carenza di proposta o di parere obbligatorio si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice, anche ai sensi ex art. 34, comma 2 c.p.a, non può fare altro che rilevare il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo ritenersi vincolato dalla prospettazione del ricorrente e dalla eventuale graduazione dei motivi da quest'ultimo effettuata.”.

2.1. La parte appellante sostiene che l'impugnato provvedimento sarebbe viziato sotto tal profilo in quanto non poteva essere disposto dal dirigente dell'U.t.c. (ma sarebbe invece spettato al Consiglio comunale disporlo) e, più radicalmente, che trattandosi di impianti relativi ad energie rinnovabili non era competenza del Comune (che infatti non è il soggetto “che utilizza il bene”) provvedere all'acquisizione sanante.

2.2. La prima articolazione della doglianza è infondata in quanto:

a) è ben vero che sotto un profilo generale è stato a più riprese predicato dalla giurisprudenza (Cons. St., sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7472, e sez. III, 31 agosto 2010, n. 775 T.A.R. Pescara, -Abruzzo-, sez. I, 07/05/2012, n. 189) interpretando la previgente normativa contenuta nell'art. 43 del T.U. sulle espropriazioni che il Consiglio comunale è competente a deliberare tale acquisizione, in quanto tale atto è emesso *ab externo* al procedimento espropriativo, quindi non è disciplinato dalle relative norme; inoltre, i provvedimenti di acquisizione rientrano a pieno titolo nelle competenze consiliari di cui alla lett. l) dell'art. 42, comma 2, D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, la quale elenca "acquisti e alienazioni immobiliari, relative permutate, appalti e concessioni che non siano previsti espressamente in atti fondamentali del Consiglio o che non ne costituiscano mera esecuzione e che, comunque, non rientrino nella ordinaria amministrazione di funzioni e servizi di competenza della Giunta, del segretario o di altri funzionari", così ricomprendendo anche l'ipotesi di acquisto di immobili mediante lo strumento di diritto pubblico in parola;

b) può altresì concordarsi sulla circostanza che tale orientamento formatosi in costanza della previgente legislazione sia traslabile anche alla acquisizioni disposte ai sensi dell'art. 42-bis, che ha nella sostanza reintrodotto un meccanismo di acquisizione sanante delle occupazioni illegittime parzialmente analogo a quello disciplinato dal predetto art. 43;

c) senonchè, come già osservato dal T.a.r. l'art. 15 della Legge della Regione Puglia n. 13/2001 ("1. Il dirigente del Settore lavori pubblici esercita le funzioni comunque attribuite alla Regione in materia di dichiarazione di pubblica utilità delle opere e di urgenza e di indifferibilità dei lavori, per tutte le opere di competenza regionale.2. Il dirigente del Settore lavori pubblici esercita altresì le funzioni amministrative in ordine ai procedimenti espropriativi, ivi comprese le occupazioni temporanee di urgenza, le determinazioni delle indennità, le retrocessioni e provvede ai relativi atti preparatori e successivi, per tutte le opere di competenza regionale.

3. Sono trasferite, per i lavori di rispettiva competenza, ai Comuni, alle Comunità montane, alle Province, ai Consorzi tra Comuni o tra Comuni e Province le funzioni amministrative concernenti:

a) la dichiarazione di pubblica utilità nonchè di urgenza e indifferibilità dei lavori;

b) l'occupazione temporanea d'urgenza e le relative attività previste dagli articoli 7 e 8 della legge 25 giugno 1865, n. 2359.4. Sono altresì delegate alle Comunità montane per i lavori localizzati nell'ambito territoriale delle Comunità stesse e, per i restanti lavori, alle Province le funzioni amministrative previste dal comma 3, lettere a) e b), preordinate alla realizzazione di lavori o interventi di pubblica utilità realizzati da altri enti pubblici o da soggetti privati, interessanti il territorio di più Comuni.

5. Nel caso di opere interessanti il territorio di più Province o di opere pubbliche la cui esecuzione è di competenza della Regione, si applicano le norme di cui ai commi 1 e 2.

6. I provvedimenti relativi ai procedimenti amministrativi previsti dal presente articolo sono adottati dai dirigenti dei rispettivi uffici competenti.”) prevede in materia la competenza dirigenziale;

d) anche l’art. 6 del d.P.R. n. 327/2001 prevede la competenza del dirigente e peraltro nel caso di specie, nessuna ragione imponeva l’intervento del consiglio comunale, laddove si consideri che non vi sono oneri finanziari in capo al Comune: pertanto, salvo quanto si dirà immediatamente di seguito quanto alla seconda articolazione della doglianza, la censura è infondata.

2.3. Quanto al secondo profilo, critico, la tesi secondo la quale il Comune non avrebbe competenza in materia (dal che discenderebbe anche l’inconferenza del richiamo all’art. 15 della Legge della Regione Puglia n. 13/2001 che disciplinerebbe soltanto i lavori pubblici di competenza comunale) è del tutto infondata, sol che si consideri che:

a) il vaglio sulla attività “dinamica” dell’impianto è stato effettuato dalle Autorità competenti;

b) il provvedimento ex art. 42 bis non riguarda affatto il prosieguo di tale attività, ma al comune –che è il soggetto che ha rilasciato le concessioni – è stato demandato un vaglio in ordine alla fattibilità di uno spostamento/arretramento dell’impianto, nel bilanciamento degli interessi rispetto alle parti private coinvolte;

c) ha trovato applicazione il comma 6 dell’art. 42 bis a più riprese citato (“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'autorita' amministrativa, con oneri a carico dei soggetti beneficiari, puo' procedere all'eventuale acquisizione del diritto di servitu' 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.”) e l’unico

soggetto competente ad attribuire una servitù insistente sul territorio comunale non può che essere il comune medesimo.

Le censure di incompetenza vanno quindi disattese.

3. Quanto alle censure volte a prospettare la nullità del decreto e o la sua illegittimità per carenza delle condizioni di legge, ovvero per vizi infraprocedimentali (censure queste che, per la loro intima connessione possono essere esaminate congiuntamente) si osserva quanto segue.

3.1. La parte odierna appellante ha contestato la legittimità del provvedimento di acquisizione sanante emesso dal comune prospettando essenzialmente due critiche:

a) sotto un primo profilo, più generale, ha proposto censure che, in realtà, attingono direttamente la norma legittimante (id est: l'art. 42 bis del TUEspropriazione) e che, in via indiretta, vengono traslate sul provvedimento amministrativo dolendosi della indebita compressione del diritto di proprietà, costituzionalmente protetto, che dal contestato decreto è discesa sulla propria posizione;

b) sotto un più concreto angolo prospettico, si è doluta dello specifico provvedimento in quanto asseritamente privo di motivazione ed emesso in assenza delle condizioni di legge.

3.2. Quanto alle censure più generali osserva il Collegio che la Corte Costituzionale (decisione n. 71 del 30 aprile 2015) ha respinto i dubbi di costituzionalità dell'art. 42 bis del TU Espropriazione; tutte le censure con le quali l'odierna appellante dubita della compatibilità di tale disposizione con lo "statuto proprietario" tutelato ex art. 42 della Costituzione sono incentrate su argomenti che sono stati accuratamente scandagliati dalla detta decisione n. 71/2015 e non sussistono elementi per discostarsi dal condivisibile approdo raggiunto dal Giudice delle leggi che il Collegio condivide integralmente e cui fa riferimento in questa sede.

Di recente l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, con la decisione n. 2/2016 ha reso analogo convincimento, e da tali approdi non

ravvisa il Collegio motivi per discostarsi: da ciò consegue l'inaccogliabilità di tutti gli argomenti critici attingenti la disposizione di cui all'art. 42 bis del dPR n. 327/2001 e quindi, a cascata, traslati sul provvedimento reso dall'Amministrazione.

3.3 Ad analoghe conclusioni deve invece pervenirsi, seppur con maggiore approfondimento, con riguardo al secondo gruppo di doglianze, tese in concreto a contestare la legittimità del provvedimento di "acquisizione sanante" reso dall'Amministrazione.

3.3.1. Proprio nella recente decisione dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, n. 2/2016 è rimasto chiarito che (si riporta un breve passaggio motivazionale della detta decisione);

“a) la disposizione introduce una norma di natura eccezionale; tale conclusione è coerente con l'impostazione tradizionale che considera a tale stregua le norme limitatrici della sfera giuridica dei destinatari, con particolare riguardo a quelle che attribuiscono alla P.A. un potere ablatorio. Un atto definibile come espropriazione in sanatoria *stricto sensu*, e basato sulla illiceità dell'occupazione di un bene altrui, infatti, segnerebbe una interruzione della consequenzialità logica della disciplina generale (europea e nazionale) di riferimento in materia di acquisizione coattiva della proprietà privata, ponendosi in contrasto con essa attraverso una discriminazione - pure sancita dalla legge - del trattamento giuridico di situazioni soggettive che altrimenti sarebbero destinatarie della disciplina generale; da qui l'indefettibile necessità, ex art. 14, disp. prel. c.c., di una esegesi rigorosa della norma medesima che sia, ad un tempo, conforme al sistema di tutela della proprietà privata disegnato dalla CEDU ma rispettosa del valore costituzionale della funzione sociale della proprietà privata sancito dall'art. 42, co. 2, Cost. (che costituisce il fondamento del potere attribuito alla P.A.), secondo un approccio metodologico basato su una visione sistemica, multilivello e comparata della tutela dei diritti, a sua volta incentrata sulla considerazione dell'ordinamento nel suo complesso,

quale risultante dalla interazione fra norme (interne e internazionali) e principi delle Corti (interne e sovranazionali);

b) l'art. 42-bis, invece, configura un procedimento ablatorio sui generis, caratterizzato da una precisa base legale, semplificato nella struttura (*uno actu perficitur*), complesso negli effetti (che si producono sempre e comunque *ex nunc*), il cui scopo non è (e non può essere) quello di sanatoria di un precedente illecito perpetrato dall'Amministrazione (perché altrimenti integrerebbe una espropriazione indiretta per ciò solo vietata), bensì quello autonomo, rispetto alle ragioni che hanno ispirato la pregressa occupazione *contra ius*, consistente nella soddisfazione di imperiose esigenze pubbliche, redimibili esclusivamente attraverso il mantenimento e la gestione di qualsiasi opera dell'infrastruttura realizzata *sine titulo*;

c) un tale obiettivo istituzionale, inoltre, deve emergere necessariamente da un percorso motivazionale - rafforzato, stringente e assistito da garanzie partecipativo rigorose - basato sull'emersione di ragioni attuali ed eccezionali che dimostrino in modo chiaro che l'apprensione coattiva si pone come *extrema ratio* (perché non sono ragionevolmente praticabili soluzioni alternative e che tale assenza di alternative non può mai consistere nella generica;...eccessiva difficoltà ed onerosità dell'alternativa a disposizione dell'amministrazione;), per la tutela di siffatte imperiose esigenze pubbliche;

d) sono coerenti con questa impostazione:

I) le importanti guarentigie previste per il destinatario dell'atto di acquisizione sotto il profilo della misura dell'indennizzo (avente natura indennitaria secondo Cass. civ., Sez. un., n. 2209 del 2015 cit.), valutato a valore venale (al momento del trasferimento, alla stregua del criterio della *taxatio rei*, senza che, dunque, ci siano somme da rivalutare ma, in ogni caso, tenuto conto degli ulteriori parametri individuati dagli artt. 33 e 40 t.u.espr.), maggiorato della componente non patrimoniale (dieci per cento

senza onere probatorio per l'espropriato), e con salvezza della possibilità, per il proprietario, di provare autonome poste di danno;

II) la previsione del coinvolgimento obbligatorio della Corte dei conti in una vicenda che produce oggettivamente (e indipendentemente dagli eventuali profili soggettivi di responsabilità da accertarsi nelle competenti sedi) un aggravio sensibile degli esborsi a carico della finanza pubblica;

e) per evitare che l'eccezionale potere ablatorio previsto dall'art. 42-bis possa essere esercitato sine die in violazione dei valori costituzionali ed europei di certezza e stabilità del quadro regolatorio dell'assetto dei contrapposti interessi in gioco, la disciplina ivi dettata è inserita in (ed arricchita da) un più ampio contesto ordinamentale che - in ragione della sussistenza dell'obbligo della P.A. di valutare se emanare un atto tipico sull'adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto - prevede per il proprietario strumenti adeguati di reazione all'inerzia della P.A., esercitabili davanti al giudice amministrativo, sia attraverso il c.d. "rito silenzio" (artt. 34 e 117 c.p.a.), sia in sede di ordinario giudizio di legittimità avente ad oggetto il procedimento ablatorio sospettato di illegittimità (o altro giudizio avente ad oggetto la tutela reipersecutoria, come verificatosi nel caso di specie), secondo le coordinate esegetiche esplicitamente stabilite dalla sentenza n. 71 del 2015 (in particolare § 6.6.3.);

f) assume un rilievo centrale (in particolare ai fini della risoluzione del quesito sottoposto all'Adunanza plenaria, come si vedrà meglio in prosieguo) un ulteriore elemento caratterizzante l'istituto in esame, ovvero l'impossibilità che l'Amministrazione emani il provvedimento di acquisizione in presenza di un giudicato che abbia disposto la restituzione del bene al proprietario; tale elemento - valorizzato dalla sentenza n. 71 del 2015 in coerenza coi principi elaborati dalla Corte di Strasburgo - si desume implicitamente dalla previsione del comma 2 dell'art. 42-bis nella parte in cui consente all'autorità di adottare il provvedimento durante la pendenza del giudizio avente ad oggetto l'annullamento della procedura

ablatoria (ovvero nel corso del successivo eventuale giudizio di ottemperanza), ma non oltre, e quindi dopo che si sia formato un eventuale giudicato non soltanto cassatorio ma anche esplicitamente restitutorio (come meglio si dirà in prosieguo);

g) ne consegue che la scelta che l'amministrazione è tenuta ad esprimere nell'ipotesi in cui si verifichi una delle situazioni contemplate dai primi due commi dell'art. 42-bis, non concerne l'alternativa fra l'acquisizione autoritativa e la concreta restituzione del bene, ma quella fra la sua acquisizione e la non acquisizione, in quanto la concreta restituzione rappresenta un semplice obbligo civilistico - cioè una mera conseguenza legale della decisione di non acquisire l'immobile assunta dall'amministrazione in sede procedimentale - ed essa non costituisce, né può costituire, espressione di una specifica volontà provvedimento dell'autorità, atteso che, nell'adempire gli obblighi di diritto comune, l'amministrazione opera alla stregua di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento e non agisce *iure auctoritatis*;

h) per concludere sul punto utilizzando un argomento esegetico caro all'analisi economica del diritto, può dirsi che la nuova disposizione, in buona sostanza, ha evitato che si riproducesse il vulnus arrecato dal superato art. 43 t.u. espr., ovvero la possibilità, accordata dalla norma all'epoca vigente, di far regredire la *property rule* (che dovrebbe assistere il privato titolare della risorsa), a *liability rule* (con facoltà della pubblica amministrazione di acquisire a propria discrezione l'altrui bene con il solo pagamento di una compensazione pecuniaria), introducendo pragmaticamente una regola di *second best*, da un lato, riducendo al minimo l'ambito applicativo dell'appropriazione coattiva, dall'altro, evitando che tale strumento divenga di uso routinario - causa maggiori costi, responsabilità erariale, impossibilità di far valere l'onerosità della restituzione quale giusta causa di acquisizione del bene, partecipazione rafforzata del proprietario alla scelta finale, motivazione esigente e rigorosa

sulla impossibilità di configurare soluzioni diverse - configurandosi come una normale alternativa all'espropriazione ordinaria: in quest'ottica la procedura prevista dall'art. 42-bis non rappresenta più (per usare il linguaggio della Corte di Strasburgo) il punto di emersione di una *defaillance structurelle* dell'ordinamento italiano (rispetto a quello europeo) ma costituisce, essa stessa, espropriazione adottata secondo il canone della "buona e debita forma" predicato dal paradigma europeo."

Sin qui la sentenza dell'Adunanza Plenaria.

3.4. Il Collegio non intende decampare dai condivisibili principii ivi esposti, e da essi può ben ricavarsi la non condivisibilità delle critiche mosse dall'appellante al provvedimento impugnato, laddove si consideri che:

- a) parte appellante fu avvertita dell'avvio del procedimento, e vi ebbe accesso pieno, anche depositando memorie;
- b) non può ravvisarsi alcun *vulnus* al contraddittorio partecipativo, in quanto per costante giurisprudenza (tra le tante, Consiglio di Stato, sez. VI, 03/07/2014, n. 3355) "il dovere di esame delle memorie prodotte dall'interessato a seguito della comunicazione di avvio del procedimento non comporta la confutazione analitica delle allegazioni presentate dall'interessato, purché il provvedimento finale sia corredato da una motivazione che renda nella sostanza percepibili le ragioni del mancato adeguamento dell'azione amministrativa a quelle osservazioni. Pertanto, l'amministrazione, nell'adottare un provvedimento, non è tenuta a riportare il testo integrale delle deduzioni del potenziale destinatario, essendo sufficiente che le valuti nel loro complesso o per questioni omogenee": nel caso di specie la parte appellante aveva in realtà prospettato, di massima, considerazioni in punto di tutela economica, aveva censurato il mancato raggiungimento di intese transattive, ma non erano emersi argomenti dimostrativi della indispensabilità alla conservazione del bene di sua pertinenza senza che fosse imposta la contestata servitù, né sulla

realizzabilità altrove degli impianti, e neppure sulla diversa dislocazione (in arretramento) dei medesimi sullo stesso fondo ove allo stato insistono; inoltre, sulla circostanza che l'area sia agricola, ed allo stato inutilizzata, non v'è neppure contestazione;

c) di converso, erano stati acquisiti agli atti tutti gli apporti provenienti dalla parte controinteressata odierna appellata (che non sono stati mai confutati nel merito dalla parte appellante) dai quali risultava chiarito e documentato che non era possibile disporre l'arretramento e/o traslazione in sito vicinioro degli impianti anche e soprattutto per la conformazione dell'area;

d) come è noto, poi, (Consiglio di Stato, sez. VI, 05/05/2016, n. 1779) “nel provvedimento amministrativo la motivazione *per relationem* corrisponde ad una tecnica motivazionale ammessa dall'art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241, specie allorquando il provvedimento sia preceduto da atti istruttori o da pareri, e purché l'interessato sia messo in grado di prenderne visione, non incidendo siffatto *modus operandi* sull'essenza dell'operazione valutativa che non ne risulta minimamente sminuita.”);

e) nel caso di specie come correttamente osservato dal T.a.r.:

I) la delibazione complessiva vi fu certamente;

II) essa, seppur sintetica, è stata completa, in quanto ha dato atto anche della attuale destinazione urbanistica dell'area, e dell'attività che vi si svolge (“valutati i contrapposti interessi, persiste l'interesse pubblico alla produzione di energia da fonte rinnovabile e che i proprietari dei terreni permangono nella titolarità e disponibilità dei suoli di natura agricola, il cui sfruttamento non è compromesso; che non è possibile pervenire a diversa soluzione tecnica senza compromettere la capacità produttiva degli impianti e dunque la produzione di energia da fonte rinnovabile di interesse pubblico”.);

III) si osserva pertanto che la “scelta” dell'Amministrazione non è stata affatto supportata da considerazioni quasi esclusivamente di carattere

economico ed è stato chiarito il perché l'impianto di che trattasi non possa essere realizzato in altra area del territorio comunale previa eventuale adozione di una legittima procedura espropriativa: pare al Collegio ci si muova nel solco della decisione dell' Adunanza Plenaria n. 2/2016 che ha chiarito che è necessaria l'emersione di ragioni attuali ed eccezionali che dimostrino in modo chiaro che l'apprensione coattiva si pone come *extrema ratio* (perché non sono ragionevolmente praticabili soluzioni alternative e che tale assenza di alternative non può mai consistere nella generica "...eccessiva difficoltà ed onerosità dell'alternativa a disposizione dell'amministrazione");, per la tutela di siffatte imperiose esigenze pubbliche.

4. Conclusivamente, le doglianze proposte avverso la sentenza non definitiva n. 885 del 17 giugno 2015 sono infondate.

5. Venendo adesso alle doglianze attingenti la sentenza definitiva n. 428 del 24 marzo 2016 si osserva quanto segue.

5.1. E' incontestabile che la giurisdizione in materia di quantificazione dell'indennizzo appartenga al Giudice ordinario: ciò è stato affermato dalla Corte regolatrice della giurisdizione con molteplici pronunce (in ultimo si veda Cassazione civile, sez. un., 25/07/2016, n. 15283) per cui è rimasto definitivamente chiarito che "in materia di espropriazione per pubblica utilità, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario non solo la controversia relativa alla determinazione e corresponsione dell'indennizzo previsto in relazione alla fattispecie di "acquisizione sanante" ex art. 42-bis del d.P.R. n. 327 del 2001, ma anche quella avente ad oggetto l'interesse del cinque per cento del valore venale del bene, dovuto, ai sensi del comma 3, ultima parte, di detto articolo, "a titolo di risarcimento del danno", giacché esso, ad onta del tenore letterale della norma, costituisce solo una voce del complessivo "indennizzo per il pregiudizio patrimoniale" di cui al precedente comma 1, secondo un'interpretazione imposta dalla necessità di salvaguardare il principio costituzionale di concentrazione della tutela

giurisdizionale avverso i provvedimenti ablatori” e che dette controversie siano devolute alla competenza, in unico grado, della Corte di appello.

5.2. Il Collegio condivide integralmente tale approdo e da esso non ha intenzione di discostarsi.

5.3. Parte appellante (che non contraddice apertamente tale tesi) sostiene che:

a) da un canto, ciò possa e debba avvenire allorchè il tema della quantificazione dell'indennizzo sia l'unico dedotto in giudizio, e non anche laddove (come pacificamente nel caso di specie) siano state dedotte (sebbene respinte con la sentenza non definitiva di cui il Collegio ha dianzi affermato la piena condivisibilità) anche censure attingenti il “merito” del decreto ex art. 42 bis sotto il profilo della nullità/illegittimità di quest'ultimo;

b) vi sarebbe stata una preclusione processuale a rilevare il difetto di giurisdizione *ex officio*, in quanto nella sentenza non definitiva n. 885 del 17 giugno 2015 era stata affermata la spettanza della giurisdizione al Plesso giurisdizionale amministrativo (tanto che era stata disposta una c.t.u. estimativa): la sentenza definitiva n. 428 del 24 marzo 2016 avrebbe violato tale preclusione.

5.3.1. Il primo ordine di censure è certamente infondato: per costante giurisprudenza (Cassazione civile, sez. un., 19/04/2013, n. 9534) “salvo deroghe normative espresse, vige nell'ordinamento processuale il principio generale dell'inderogabilità della giurisdizione per motivi di connessione, potendosi risolvere i problemi di coordinamento posti dalla concomitante operatività della giurisdizione ordinaria e di quella amministrativa su rapporti diversi, ma interdipendenti, secondo le regole della sospensione del procedimento pregiudicato”.

L'arresto della Corte Costituzionale di cui alla decisione n. 71 del 30 aprile 2015 ha perentoriamente affermato (in un quadro per cui permane la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia espropriativa)

la qualificazione di “indennizzo” alla erogazione ex art. 42 bis del TUEspropriazione.

La tesi appellatoria da un canto apparentemente “semplificherebbe” l’assetto della giurisdizione in *subiecta materia*, ma perverrebbe ad una *interpretatio abrogans* del *dictum* della Corte Costituzionale che rimarrebbe svuotato di contenuto (nell’esperienza giudiziaria, nella stragrande maggioranza delle controversie le censure sul quantum si accompagnano a quelle sulla legittimità del provvedimento ex art. 42 bis del TUEspropriazione).

Questa Sezione, peraltro - contrariamente a quanto sostenuto da parte appellante- è a più riprese pervenuta a declinatorie parziali della giurisdizione (si veda la decisione n. 1910 del 12 maggio 2016) a fronte di contestazioni che investivano sia la legittimità del decreto ex art. 42 bis che la quantificazione dell’indennizzo e non intende decampare da tali considerazioni

5.4. Quanto alla seconda articolazione della censura, si osserva che:

a) l’appellante cerca di applicare alla fattispecie in esame gli approdi raggiunti dalla giurisprudenza in punto di c.d. “giudicato interno” (Cassazione civile, sez. I, 09/02/2016, n. 2533 “le sentenze non definitive producono effetti di preclusione endoprocessuale assimilabili al giudicato interno, sicché la verifica della relativa violazione deve essere effettuata, anche in sede di legittimità, mediante l’esame diretto degli atti processuali”);

b) senonchè, da un canto oblia che la ditta appellata aveva proposto tempestiva riserva di appello sulla detta sentenza non definitiva, e per altro verso è agevole riscontrare che essa non avrebbe neppure alcun concreto interesse a proporre la censura, in quanto:

I) se il Collegio accogliesse il detto motivo di censura , non potrebbe giammai statuire sulla quantificazione dell’indennizzo, ma dovrebbe annullare *in parte qua* la impugnata sentenza definitiva, con rinvio al primo

giudice (ciò come prescritto ex art. 105 del c.p.a. e come sempre accade allorchè vengano riformate le sentenza declinatorie della giurisdizione, al fine di garantire il principio tendenziale del doppio grado di giudizio del processo amministrativo che, seppur non provvisto di copertura costituzionale, integra presidio del diritto di difesa del quale assicurare l'osservanza);

II) la società Ivc aveva già sollevato l'eccezione di difetto di giurisdizione in relazione alla quantificazione dell'indennizzo e non ha impugnato la sentenza definitiva n. 428 del 24 marzo 2016 in quanto soddisfattoria nei propri confronti, avendo recepito la tesi della spettanza della giurisdizione ordinaria in materia ;

III) ove quindi il T.a.r. dovesse “rivedere” la declinatoria di giurisdizione, e si dovesse pronunciare sulla quantificazione dell'indennizzo- non potendosi certo ritenere che la società Ivc resti priva di tutela quanto alla eccezione già formulata – si creerebbe una situazione paradossale (e contraria al principio della ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 della Costituzione) per cui la sentenza di primo grado che “ritenesse” la giurisdizione e si pronunciasse sull'indennizzo, “nascerebbe morta”, in quanto destinata a cadere in appello, con irragionevole dilatazione dei tempi di definizione del contenzioso e, in ultima analisi, con lesione proprio dell'interesse della parte originaria ricorrente.

c) per altro verso, assume natura dirimente la considerazione del T.a.r. secondo la quale il permanere della giurisdizione è condizione per emettere la pronuncia sulla tematica devolutagli, e nel caso di specie essa, all'evidenza, non sussisteva.

5.4.1. Sulla scorta delle superiori considerazione il Collegio ritiene preferibile l'orientamento di recente patrocinato da qualificata giurisprudenza amministrativa di primo grado (T.a.r. Umbria, sentenza n. 67/2014) ed in passato affermato dal Giudice di legittimità (Cass. Civ.Sez. 1, sentenza n. 13513 dell'8/06/2007) rispetto a quello del pari predicato da

qualificata giurisprudenza (Cass. Civ. VI, 3 maggio 2012, n. 6689) il che conduce alla reiezione della censura.

6. Conclusivamente il Collegio, definitivamente pronunciando sull' appello avverso la sentenza non definitiva n. 885 del 17 giugno 2015 e la successiva sentenza definitiva in epigrafe impugnata n. 428 del 24 marzo 2016 lo respinge.

6.1. Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, tra le tante, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663).

6.2. 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.

7. La particolarità e la novità delle questioni esaminate legittimano l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese processuali del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Anastasi, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

Oberdan Forlenza, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Taormina

IL PRESIDENTE
Antonino Anastasi

IL SEGRETARIO