



n. 6165/08

Reg. Sent.

n. 2691/05

Reg. Ric.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA
SEZIONE SECONDA

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

BONIFICA CAPRONI s.r.l.,

rappresentata e difesa dagli avv. Cesare Ribolzi, Fabio Bifulco, Luciano Salamoni,
con domicilio eletto per le notifiche presso lo studio dei difensori in Milano, via Ariosto 30;

contro

PREFETTURA DI VARESE,

rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato,
domiciliata *ex lege* per le notifiche presso gli uffici dell'Avvocatura in Milano, via Freguglia
1;

e contro

SOCIETA' ESERCIZI AEROPORTUALI,

rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Croff e Luca Perfetti,
con domicilio eletto per le notifiche presso lo studio dei difensori in Milano, via Verdi 2;

e contro

CONSORZIO PARCO LOMBARDO VALLE DEL TICINO,

non costituito in giudizio,

per l'annullamento

del provvedimento del 22. 6. 2005 con cui la Prefettura di Varese ha rigettato l'istanza avanzata dalla ricorrente di retrocessione parziale, con ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, tra cui la nota S.e.a. del 20. 6. 2005 allegata al provvedimento della Prefettura;

e per la condanna

al risarcimento del danno subito per effetto dell'attività amministrativa asseritamente illegittima;

Visto il ricorso con i relativi allegati ed i documenti tutti del giudizio:

Uditi alla pubblica udienza del 20. 11. 2008 i difensori delle parti come da verbale;

Relatore il dott. Russo;

MOTIVAZIONE

La società Bonifica Caproni impugna il provvedimento con cui la Prefettura di Varese, su conforme proposta della S.e.a. (la società cui è affidato in gestione l'aeroporto di Malpensa), le ha negato la retrocessione parziale di alcuni fondi che le erano stati espropriati il 16. 7. 1974 per la realizzazione di opere di ampliamento dell'aeroporto, e che da allora però non erano mai stati utilizzati per gli scopi pubblici cui avrebbero dovuto essere destinati.

Il provvedimento impugnato, e la nota S.e.a. su cui esso era fondato, rilevavano che i fondi in esame erano ancora necessari per la realizzazione di opere connesse alla gestione della struttura aeroportuale, indicandone anche le attuali e future destinazioni.

I motivi di ricorso contro il provvedimento in esame sono i seguenti:

1. violazione di legge e travisamento del fatto, in quanto già dalla lettura del tenore letterale del provvedimento impugnato emergerebbe che i terreni in esame non sono

destinati alla realizzazione delle opere per cui furono a suo tempo espropriati, ma ad opere diverse rispetto a queste;

2. mancanza di comunicazione d'avvio e di preavviso di diniego.

La ricorrente formulava altresì istanza cautelare ed istanza di risarcimento del danno subito.

Si costituivano in giudizio l'Avvocatura dello Stato per conto della Prefettura di Varese, che deduceva l'infondatezza dei motivi di ricorso.

Si costituiva in giudizio la S.e.a. che in via preliminare riteneva non corretta la qualificazione giuridica data all'istanza di retrocessione dalla ricorrente, in quanto si verterebbe in un caso di retrocessione totale e non parziale (con ricadute in tema di giurisdizione e prescrizione del diritto); rilevava inoltre l'inammissibilità del ricorso presentato contro mero atto confermativo, e nel merito ne deduceva l'infondatezza.

Nessuno si costituiva per il Consorzio lombardo Parco del Ticino.

Con ordinanza del 29 agosto 2007 il Tribunale respingeva l'istanza cautelare per difetto del *periculum in mora*.

Il ricorso veniva discusso nella pubblica udienza del 20. 11. 2008, all'esito della quale veniva trattenuto in decisione.

Il ricorso è infondato.

Prima di esaminare il merito del ricorso ed evidenziare i motivi per cui esso deve essere rigettato, occorre però affrontare le questioni preliminari sollevate dalla difesa della controinteressata S.e.a., in particolare partendo dal tema preliminare della qualificazione giuridica dell'istanza di retrocessione formulata dalla ricorrente.

1. Il punto della sussumibilità della richiesta della ricorrente che ha originato questo giudizio negli schemi della retrocessione totale o della retrocessione parziale è affrontato in modo analitico nella costituzione in giudizio della controinteressata S.e.a., in cui si sollecita il Collegio a svolgere un'attenta analisi della vicenda per incasellare correttamente la fattispecie in esame.

La tesi della S.e.a. è che si sarebbe in presenza di una richiesta di retrocessione totale, da cui deriverebbe quantomeno la prescrizione del diritto, se non il difetto di giurisdizione del giudice adito.

Tale tesi, peraltro, non è fondata.

La ricostruzione della vicenda in fatto ed in diritto, a giudizio del Tribunale, è infatti la seguente:

- l'elemento distintivo tra retrocessione totale e retrocessione parziale è individuato da Cass. civ., s.u., 5 giugno 2008 n. 14826 secondo cui *“la retrocessione totale, prevista dall' art. 63 della L. n. 2359 del 1865 - che si ha quando l'opera pubblica non sia stata eseguita, e siano decorsi i termini a tale uopo concessi o prorogati - va distinta dalla retrocessione parziale, prevista dagli artt. 60 e 61 della medesima legge, che si ha quando dopo l'esecuzione totale o parziale dell'opera alcuni dei fondi espropriati non abbiano ricevuto la prevista destinazione”*,
- in concreto, per verificare se l'opera non è stata realizzata oppure se essa è stata realizzata solo in parte, occorre considerare non l'ampiezza dei fondi espropriati al soggetto richiedente, ma l'ampiezza della dichiarazione di pubblica utilità e del decreto di esproprio, e verificare se almeno una parte dei fondi espropriati sulla base di essi hanno ricevuto la loro destinazione pubblica per cui erano stati oggetto della procedura ablatoria (in questo senso v. Cass. civ., s.u., 6 giugno 2003, n. 9072, secondo cui *“al fine di stabilire se ricorra l'una o l'altra delle due, su riferite ipotesi, deve considerarsi non solo il decreto di espropriazione ma anche e soprattutto la dichiarazione di p.u.”*, nonché più di recente Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 15 maggio 2008, n. 241 secondo cui la retrocessione totale è contraddistinta dalla mancata realizzazione dell'opera prevista dalla dichiarazione di pubblica utilità),
- ne consegue che nel caso in cui tutte le aree a suo tempo espropriate ad un soggetto siano rimaste inutilizzate, ma l'espropriazione sia avvenuta sulla base di un provvedimento ablativo che comprendeva anche aree di altri proprietari, una parte delle quali è stata effettivamente interessata dalla realizzazione dell'opera di pubblica utilità, si avrà retrocessione parziale, e non retrocessione totale (Cassazione civile, sez. un., 8 marzo 2006, n. 4894: *l'incompleta realizzazione dell'opera, da attuarsi su una serie di aree già appartenenti a proprietari diversi, non dà luogo alla retrocessione totale di quelle aree non ancora utilizzate alla scadenza della data fissata per l'ultimazione dell'opera, ma solo alla retrocessione parziale dei relitti e ciò anche nel*

caso in cui uno di essi venga a coincidere con l'intera superficie espropriata in danno di un singolo proprietario, il quale non è, pertanto, titolare di una posizione di diritto soggettivo tutelabile innanzi all'Ago finché non sia intervenuta la dichiarazione di inservibilità di cui all'art. 61 della legge n. 2359 del 1865);

- nel caso in esame, la dichiarazione di pubblica utilità, che è il decreto del Ministro dei Trasporti del 24. 6. 1972, non è agli atti, in quanto nessuna delle parti ha ritenuto di produrlo (onere che gravava su chi intendeva usare in giudizio tale provvedimento per il principio ricordato di recente da Tar Lazio, sez. III, 4 giugno 2008, n. 5475, secondo cui *“in materia di onere della prova nel processo amministrativo vigono contemporaneamente due principi diversi, applicabili ciascuno a determinati fatti da provare: per i fatti che sono nella disponibilità del ricorrente grava su questi l'onere della prova piena e concludente; per i fatti che sono viceversa nella disponibilità dell'amministrazione vige la regola del « principio di prova » da parte del ricorrente, suscettibile peraltro di dare impulso - se necessario - ai poteri istruttori del giudice amministrativo”*), ma già la lettura del decreto di esproprio, che è il provvedimento della Prefettura di Varese del 16. 7. 1974, depositato in atti, rivela un oggetto molto più ampio dell'attuale richiesta di retrocessione perché ricomprende numerosi altri mappali non coinvolti dall'odierna richiesta di retrocessione (3391, 2219, 1464, 2219, 3468, 1464, 270, 268, 316, 315, 250).

La richiesta presentata dalla parte deve, pertanto, essere correttamente qualificata come istanza di retrocessione parziale, circostanza da cui consegue preliminarmente la sua attribuzione alla giurisdizione del g.a., atteso che *“nell'ipotesi di retrocessione totale sussiste un vero e proprio diritto soggettivo perfetto del proprietario ad ottenere la restituzione del bene inutilmente espropriato, come tale tutelabile davanti al giudice ordinario. Ugualmente tutelata è la situazione del proprietario nel caso di retrocessione parziale, sia pure previa adozione da parte dell'Amministrazione di un provvedimento dichiarativo della inservibilità del bene espropriato di cui si chiede la restituzione, espressione di un potere discrezionale dell'Amministrazione tutelabile avanti al giudice amministrativo”* (Cons. Stato, sez. IV, 4 luglio 2008, n. 3342; in senso conforme è anche la giurisprudenza della Cassazione civile, cfr. sul punto S.U., 5 giugno 2008 n. 14826, secondo cui *“mentre in caso di retrocessione totale gli espropriati sono titolari di uno ius ad rem di carattere potestativo a contenuto patrimoniale, che consente loro di agire dinanzi al giudice ordinario per chiedere la pronuncia di decadenza della dichiarazione di pubblica utilità e la restituzione dei beni*

espropriati, nel caso di retrocessione parziale il diritto alla restituzione è subordinato alla dichiarazione del Prefetto che il fondo non serve più all'opera pubblica, ed alla manifestazione da parte degli espropriati della volontà di riacquistarne la proprietà”).

2. Dalla qualificazione come retrocessione parziale dell'istanza formulata dalla ricorrente consegue anche il rigetto dell'eccezione di prescrizione del diritto avanzata dalla controinteressata S.e.a..

La prescrizione di un diritto, infatti, inizia a decorrere dal momento in cui può essere esercitato tale diritto (art. 2935 c.c.).

Il diritto di ottenere la retrocessione parziale può essere esercitato soltanto nel momento in cui la pubblica amministrazione emette la dichiarazione di inservibilità delle aree espropriate (cfr. *ex plurimis* la citata Cass. civ., s.u., 5 giugno 2008 n. 14826, secondo cui “*nel caso di retrocessione totale il diritto soggettivo alla retrocessione, azionabile davanti al giudice ordinario, sorge automaticamente per effetto della mancata realizzazione dell'opera, e quindi a prescindere da qualsiasi valutazione discrezionale dell'Amministrazione, nel secondo caso esso nasce solo se ed in quanto l'Amministrazione, nel compimento di una valutazione discrezionale, in ordine alla quale il privato è titolare di un mero interesse legittimo, abbia dichiarato che quei fondi più non servono all'opera pubblica*”).

Nel caso in esame, una dichiarazione di inservibilità delle aree espropriate non è mai stata emessa (ed anzi, al contrario, l'amministrazione continua ad affermarne la loro utilità per gli scopi di interesse pubblico per cui furono espropriate); ne consegue che non può essere dichiarato prescritto un diritto che il titolare del fondo non ha mai in concreto potuto esercitare.

La difesa della S.e.a. obietta che l'art. 61, co. 3, l. 2359/1865 attribuisce al privato il diritto di proporre apposita istanza per ottenere il decreto di inservibilità dei fondi, e che nel caso in esame l'istanza è stata proposta per la prima volta nel 2003 a fronte di un'espropriazione avvenuta nel 1974, quanto pertanto il relativo termine prescrizione era già decorso.

In realtà - a tacer del fatto che in tal caso dovrebbe ritenersi prescritto non il diritto alla retrocessione parziale, ma il diritto a chiedere la dichiarazione di inservibilità, che è posizione giuridica soggettiva diversa - si omette di considerare che il “diritto” a chiedere l'emanazione della dichiarazione di inservibilità altro non è che un interesse legittimo di tipo pretensivo all'esercizio del potere pubblico, e, pertanto, come tutti gli interessi legittimi non è suscettibile di prescrizione, in quanto in teoria generale la perdita dell'interesse legittimo per

effetto del mancato esercizio dello stesso da parte del titolare si verifica secondo gli schemi non della prescrizione, ma della decadenza (che, nel caso degli interessi pretensivi, consegue all'applicazione dei moduli peculiari degli artt. 2 l. 241/90 e 21 *bis* l. 1034/71 in caso di mancata risposta all'istanza del privato, ma non può avere proprio luogo nel caso in cui manchi del tutto a monte la richiesta del privato).

3. Non è fondata neanche la questione di inammissibilità della istanza che, a giudizio della contro interessata, sarebbe stata presentata contro mero atto confermativo di altro provvedimento a suo tempo non impugnato.

Va premesso in fatto che la ricorrente aveva già presentato altra istanza di retrocessione il 6. 11. 2003 ottenendo risposta negativa per il persistente interesse pubblico all'utilizzo dell'area in esame, ed ha ripresentato la domanda il 9. 6. 2005, avviando il procedimento amministrativo che ha portato al provvedimento di rigetto impugnato nel presente giudizio.

La sistemazione teorica della natura dell'atto confermativo e del suo rapporto con l'interesse a ricorrere, che è presupposto necessario dell'azione davanti al giudice amministrativo, è stata più volte affrontata dalla giurisprudenza, il cui stato attuale è sintetizzabile nella massima di Cons. Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 797, secondo cui *“il provvedimento amministrativo ha natura confermativa quando, senza acquisizione di nuovi elementi di fatto e senza alcuna nuova valutazione, tiene ferme le statuizioni in precedenza adottate; invece, se viene condotta un'ulteriore istruttoria, anche per la sola verifica dei fatti o con un nuovo apprezzamento di essi, il mantenimento dell'assetto degli interessi già disposto ha carattere di nuovo provvedimento, poiché esprime un diverso esercizio del medesimo potere. È, dunque, necessario, affinché possa escludersi che un atto venga considerato meramente confermativo del precedente, che la sua formulazione sia preceduta da un riesame della situazione che aveva condotto al precedente provvedimento. Giacché, solo l'esperimento di un ulteriore adempimento istruttorio, sia pure attraverso la rivalutazione degli interessi in gioco ed un nuovo esame degli elementi di fatto e diritto che caratterizzano la fattispecie considerata, può dar luogo ad un atto propriamente confermativo in grado, come tale, di dar vita ad un provvedimento diverso dal precedente e, quindi, suscettibile di autonoma impugnazione”* (nel senso della necessità che nel corso del procedimento amministrativo di riesame della situazione sia compiuto uno o più atti istruttori per attribuire al provvedimento conclusivo di conferma della precedente statuizione amministrativa quel *quid novi* che ne legittimerebbe

l'autonoma impugnativa giurisdizionale v. anche Tar Campania, Salerno, sez. I, 22 maggio 2008, n. 1692; Tar Lazio, sez. II, 14 maggio 2008, n. 4127, e Tar Emilia Romagna, Parma, 15 aprile 2008, n. 224).

Senza tale rinnovata istruttoria, ed in presenza, pertanto, di un provvedimento che *“si limita a richiamare il precedente provvedimento e a confermarlo integralmente senza alcun nuovo esame degli elementi di fatto e di diritto già considerati”* il ricorso è *“inammissibile perché è proposto contro un atto privo di reale ed autonoma capacità lesiva”* (Tar Basilicata, sez. I, 28 maggio 2008, n. 257). L'atto meramente confermativo, infatti, *“non riapre i termini per impugnare: esso non rappresenta, infatti, un'autonoma determinazione dell'Amministrazione, sia pure identica nel contenuto alla precedente, ma solo la manifestazione della decisione dell'Amministrazione di non ritornare sulle scelte già effettuate”* (Tar Sicilia Catania, sez. IV, 19 marzo 2008, n. 489).

Nel caso di specie, peraltro, il tipo di provvedimento invocato (la dichiarazione di inservibilità, da cui doveva conseguire la agognata retrocessione parziale) per sua stessa natura impone all'amministrazione procedente ogni volta una rinnovata valutazione sulla persistenza degli scopi d'interesse pubblico che erano sottesi all'avvenuta espropriazione, atteso che in un caso del genere anche il semplice decorso di ulteriore tempo dal momento della pronuncia dell'espropriazione, senza l'intervento di nessuna ulteriore novità, può costituire elemento di rivalutazione della esistenza di un interesse pubblico alla conservazione al patrimonio pubblico dell'area in esame.

4. Nel merito, però, si anticipava all'inizio che il ricorso non è fondato.

La ricorrente deduce, infatti, il proprio diritto a rientrare nella proprietà dei beni espropriati dalla circostanza che essi sarebbero destinati alla realizzazione di opere diverse da quelle per cui per cui furono espropriati; aggiunge che in un sistema di tipicità degli atti amministrativi non è possibile che una espropriazione che fu pronunciata per un certo scopo possa poi vedere i beni espropriati destinati a scopi differenti di interesse pubblico.

Nel caso di specie questa prospettazione non può essere accolta.

Premesso in diritto che in presenza di una dichiarazione della pubblica amministrazione di persistente necessità delle aree per scopi di interesse pubblico, i margini di esame del giudice amministrativo sono piuttosto limitati in quanto si verte in ambito di scelte discrezionali della pubblica amministrazione (Cass. civ., s.u., 5 giugno 2008, n. 14826: *“nella retrocessione parziale, rispetto ai beni non ancora utilizzati e che l'espropriato avrebbe interesse*

riacquistare, tuttora può esercitarsi una valutazione discrezionale circa la convenienza di utilizzarli in funzione dell'opera realizzata”, in cui si precisa poi anche che “la dichiarazione d'inservibilità non può tuttavia essere sostituita da un accertamento dell'Autorità giudiziaria, involgendo un giudizio discrezionale dell'autorità amministrativa in ordine all'esistenza o meno di un rapporto di utilità tra il relitto e l'opera compiuta, anche in ragione di una semplice accessorietà o dipendenza”), in fatto la vicenda deve essere ricostruita nel modo seguente:

- l'espropriazione era stata pronunciata per interventi di ampliamento dell'aeroporto,
- la Prefettura con il provvedimento impugnato del 22. 6. 2005 si limita a riferire che le aree in esame sono ancora destinate ad interventi di pubblica utilità e rimanda per il resto ad una nota della S.e.a.,
- la S.e.a. con nota del 20. 6. 2005 aveva riferito che le aree sono effettivamente esterne al sedime aeroportuale, ma sono interessate da interventi funzionalmente connessi con l'ampliamento e l'ammodernamento dell'aeroporto, che sono in particolare in parte l'accessibilità di Malpensa (una parte del mappale 270), in parte interventi di mitigazione e compensazione derivanti dalla realizzazione dell'infrastruttura eseguiti materialmente dal Parco del Ticino, perciò convenuto in giudizio (parte dei mappali 270, 31, 32, 35 e 36), mentre le restanti aree sono destinate ad ulteriori interventi di compensazione.

In questo contesto non si può sostenere che i beni espropriati siano destinati a scopi di pubblica utilità diversi da quelli per cui era stata pronunciata l'espropriazione. Gli interventi di accessibilità dell'aeroporto, di mitigazione compensazione ambientale non sono opere pubbliche diverse da quella più genericamente indicata come ampliamento dell'aeroporto che erano all'origine del decreto di espropriazione, in quanto il decreto di esproprio per la realizzazione di una infrastruttura pubblica comporta “anche, e necessariamente, tutte le realizzazioni accessorie, finalizzate al raccordo della nuova opera con il tessuto urbanistico” (Cons. Stato, sez. VI, 7 novembre 2006, n. 6553, fattispecie in tema di realizzazione di opere ferroviarie).

5. Non possono da ultimo trovare accoglimento neanche le doglianze di tipo formale proposte dalla ricorrente in ordine alla mancanza nel caso in esame di comunicazione di avvio del procedimento e di mancato preavviso di diniego dell'istanza.

In un contesto quale quello in esame, in cui la medesima questione era già stata portata all'attenzione dell'amministrazione precedente che si era pronunciata con un rigetto motivato nel medesimo modo, la parte avrebbe potuto addurre già nella seconda istanza di retrocessione i motivi che avrebbero, a suo giudizio, dovuto indurre l'amministrazione a disporre la restituzione del bene. La mancanza della comunicazione d'avvio e del preavviso di diniego non hanno, pertanto, inciso in alcun modo sul contraddittorio procedimentale, e si risolvono in una inosservanza inidonea ad incidere sulla validità del provvedimento finale ai sensi dell'art. 21 *octies* l. 241/90.

6. In ragione della natura della controversia e della soccombenza virtuale reciproca sulle statuizioni preliminari, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. II, così definitivamente pronunciando,

Respinge il ricorso in epigrafe.

Compensa tra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 20. 11. 2008, con l'intervento dei signori magistrati

Mario Arosio, Presidente

Silvana Bini, Referendario

Carmine Russo, Referendario relatore.

L'estensore

Il Presidente