**TAR Toscana, Sez. I n. 433 del 21 marzo 2013 - Pres. Buonvino - Est. Bellucci - Ric. L. C. I. c. Comune di Firenze**

**Acqua -** Le acque piovane convogliate in condutture sotterranee sono destinate allo smaltimento.

*La conduttura realizzata dal comune, costituente un tratto di fognatura destinato alla raccolta di acque meteoriche, non è annoverabile tra le opere idrauliche, in relazione alle quali sussiste la giurisdizione del Tribunale delle acque pubbliche, poiché le acque piovane convogliate in condutture sotterranee o in reti fognarie non sono suscettibili di alcuna utilizzazione idonea a soddisfare un pubblico interesse generale, ma sono destinate al mero smaltimento.*

FATTO

Il Comune di Firenze, con deliberazione della giunta n. 15 del 15.1.2008, ha approvato il progetto esecutivo per la realizzazione di una conduttura idonea a risolvere, mediante convogliamento delle acque al vicino torrente Ema, il problema degli allagamenti dovuti agli afflussi provenienti dai fondi agricoli situati nelle zone collinari.

L’approntamento del progetto assumeva a presupposto che l’esistente fognatura comunale non consentiva il deflusso contemporaneo delle acque affluenti, che pertanto causavano allagamenti, con la conseguenza che l’unica soluzione possibile appariva essere costituita dal collettamento al vicino torrente Ema, con opere localizzate in parte nella sede stradale e in parte con l’adeguamento di preesistenti fossi campestri; in particolare, l’intervento in terreni privati consisteva nella risagomatura e ampliamento del fosso, nel suo tombamento nel tratto iniziale, nell’intubamento in alcuni tratti con tubazioni di cm. 100 di diametro, con conseguente necessità di servitù avente ad oggetto una fascia di 7 metri, comprendente il sedime del corso d’acqua e la zona necessaria alle operazioni manutentive (si veda la relazione generale approvata con la suddetta delibera, costituente il documento n. 1 depositato in giudizio contestualmente all’impugnativa).

La giunta comunale, con deliberazione n. 172 del 25.3.2008, ha approvato la bozza di accordo transattivo da stipulare tra Comune di Firenze e I. A. I. P. s.r.l.; in forza di detto contratto, stipulato il 4.4.2008, quest’ultima si è impegnata a realizzare, a titolo di liberalità, il nuovo tronco fognario di ricezione e convogliamento delle acque piovane, costituito da una nuova conduttura in sede stradale fino ad una preesistente scolina campestre da ricalibrare, pattuendo l’affidamento dei lavori ad impresa scelta dalle due parti, mentre il Comune si è impegnato ad attuare le procedure tese a consentire i lavori nelle proprietà private, assumendosi a proprio carico la spesa riguardante l’imposizione di servitù per la sola parte eventualmente eccedente l’importo di euro 10.000 (documento n. 2 depositato in giudizio dalla parte istante).

L’Amministrazione, con missiva del 16.4.2008, ha comunicato alla ricorrente l’avvio del procedimento previsto dall’art. 15 del d.p.r. n. 327/2001, relativo all’occupazione del terreno (identificato catastalmente al foglio n. 144, particelle 139, 140, 157 e 152, rispettivamente di mq. 37.560, 1.350, 1.770 e 1.280; si veda il documento n. 3 depositato in giudizio).

E’ seguita, in data 29.5.2008 (documento n. 4) la comunicazione di avvio del procedimento di costituzione di servitù e di occupazione temporanea, ex art. 16, comma 4, del d.p.r. n. 327/2001.

Il Comune, con determina del 30.5.2008 (documento n. 5), ha autorizzato i tecnici comunali dell’Ufficio espropri ad accedere nelle predette particelle n. 139, 140, 157 e 152, ai fini della redazione del verbale di consistenza, fissata, con missiva del 3.6.2008, per il giorno 13.6.2008 (documento n. 6).

L’interessata, con lettera del proprio legale datata 1.7.2008 (documento n. 7), ha lamentato la mancanza di uno studio idrologico teso a quantificare le acque meteoriche afferenti alla fognatura ed ha proposto, quale soluzione alternativa, l’estensione della fognatura sotto la sede stradale di via delle Cinque Vie sino all’altezza dell’immissione del fosso privato nel torrente Ema.

Il responsabile del procedimento, nel replicare alla predette osservazioni, ha obiettato che sono state effettuate verifiche idrauliche con simulazione numerica, che la valutazione delle portate è stata effettuata facendo riferimento alle piogge statisticamente attese, che la soluzione alternativa proposta era inaccettabile in quanto avrebbe comportato sia l’allungamento del tratto stradale di circa tre volte, sia (recapitando acqua da ulteriori superfici) l’incremento dei bacini imbriferi con conseguente necessità di rivedere le dimensioni della condotta idrica (documento n. 8 depositato in giudizio dal Comune di Firenze).

La giunta, con deliberazione n. 467 del 30.7.2008, ha approvato le predette controdeduzioni del responsabile del procedimento e la relazione di calcolo idrologico e idraulico, dichiarando contestualmente la pubblica utilità dell’opera ex art. 16, comma 2, del d.p.r. n. 327/2001 (documento n. 8 depositato in giudizio dall’esponente).

L’Amministrazione, con missiva del 20.8.2008, nel rendere nota l’avvenuta approvazione della declaratoria di pubblica utilità, ha notificato l’elenco dei beni da asservire ed ha indicato l’importo previsto quale indennizzo per la costituzione della servitù (documento n. 9 della deducente).

La giunta, con deliberazione n. 525 del 2.9.2008 (documento n. 10), ha deciso l’occupazione anticipata ex art. 22 bis del d.p.r. n. 327/2001, adducendo a motivazione il rischio di allagamenti ed i pericoli per la pubblica incolumità derivanti dal possibile allagamento della sede stradale in un tratto delicato per il traffico. E’ seguito il provvedimento dirigenziale datato 24.9.2008, con cui, in esecuzione della suddetta delibera, si è proceduto all’occupazione anticipata (documento n. 11).

Con lettera del 25.9.2008 la ricorrente è stata avvertita che l’immissione in possesso sarebbe stata compiuta il giorno 7.10.2008 (documento n. 12).

In data 7.10.2008 è stato redatto il verbale di occupazione d’urgenza (documento n. 13 depositato in giudizio).

Avverso la declaratoria di pubblica utilità e urgenza, l’approvazione del progetto esecutivo ed il provvedimento di occupazione la ricorrente è insorta deducendo:

1) Violazione degli artt. 8 e 17 del d.p.r. n. 327/2001; violazione dei principi generali in tema di procedimento espropriativo; eccesso di potere per difetto del presupposto, di istruttoria e di motivazione; illegittimità derivata.

Gli atti impugnati sono stati assunti senza la preventiva istituzione del vincolo espropriativo.

2) Violazione dell’art. 16, comma 4, del d.p.r. n. 327/2001 e dell’art. 7 della legge n. 241/1990; violazione del principio del giusto procedimento; illegittimità derivata.

L’avvio del procedimento avrebbe dovuto essere comunicato prima dell’approvazione del progetto definitivo, mentre nel caso di specie tale comunicazione è avvenuta dopo l’approvazione del progetto esecutivo.

3) Violazione dell’art. 93 del d.lgs. n. 163/2006 e degli artt. 25, 33, 34, 35 e 37 del d.p.r. n. 554/1999, nonché dell’art. 16, comma 4, del d.p.r. n. 327/2001 e dell’art. 7 della legge n. 241/1990; eccesso di potere per difetto di istruttoria e per motivazione insufficiente o erronea; illegittimità derivata.

Sono mancate le tre fasi progettuali, articolate nei progetti preliminare, definitivo ed esecutivo, essendosi dato spazio solo a quest’ultimo; mancano il piano particellare dell’asservimento ed il quadro economico dell’intervento e delle espropriazioni, nonché le relazioni idrologica e idraulica (la relativa relazione di calcolo è stata redatta soltanto nel luglio 2008, ovvero dopo l’approvazione del progetto esecutivo), l’individuazione dei sottoservizi e le tavole grafiche riportanti il rilievo planoaltimetrico nello stato attuale e finale ex art. 93, comma 5, del d.lgs. n. 163/2006.

4) Violazione dell’art. 12 del d.p.r. n. 327/2001; illegittimità derivata.

Il legislatore prescrive che la dichiarazione di pubblica utilità discenda dal progetto definitivo, che però nel caso in esame non è mai stato predisposto, tanto che la dichiarazione di pubblica utilità è stata collegata all’approvazione delle controdeduzioni del responsabile del procedimento.

5) Eccesso di potere per difetto di istruttoria sotto altro profilo, per motivazione contraddittoria, errata ed insufficiente; eccesso di potere per ingiustizia manifesta; illegittimità derivata.

Il Comune ha respinto, sulla base di argomentazioni errate e contraddittorie, la soluzione progettuale alternativa proposta dalla ricorrente.

6) Eccesso di potere per mancata ponderazione degli interessi coinvolti, per ingiustizia manifesta e violazione del principio di proporzionalità, per carenza di motivazione; illegittimità derivata.

L’Amministrazione avrebbe dovuto dimostrare di avere adottato la soluzione più idonea al perseguimento dell’interesse pubblico col minor sacrificio possibile per gli interessi concorrenti; è erronea l’affermazione del Comune (espressa nel provvedimento dirigenziale datato 24.9.2008) secondo cui si tratterebbe di incremento di servitù su un terreno di proprietà privata, in quanto invece rileva la costituzione ex novo di due servitù (di fognatura e di passo e transito veicolare); gli studi idraulici e idrologici sono stati effettuati dal Comune sulla base di meri dati statistici; il fatto che sotto la sede stradale di via delle Cinque Vie esista già una fognatura rende illogico che il Comune la utilizzi per la raccolta delle acque meteoriche solo per 150 metri.

7) Violazione dell’art. 22 bis del d.p.r. n. 327/2001; eccesso di potere per motivazione illogica e contraddittoria, nonché per travisamento dei fatti e dei presupposti; illegittimità derivata.

Il problema degli allagamenti esisteva già nel 1992, cosicchè non sussistono le ragioni di urgenza addotte nella delibera datata 2.9.2008 con cui la giunta ha dichiarato l’urgenza dell’opera.

In pendenza del gravame il Comune, con determinazione dirigenziale n. 4443 del 9.4.2009, ha prorogato l’occupazione d’urgenza al 14.7.2009 (posticipando l’originario termine del 15.4.2009), sulla base della necessità di intervenire nella parte finale del canale di raccolta in prossimità del torrente.

Tale provvedimento e gli atti connessi sono stati impugnati con motivi aggiunti, depositati in giudizio in data 18.6.2009, incentrati sulle seguenti censure:

1) Illegittimità derivata; eccesso di potere per difetto dei presupposti.

L’annullamento degli atti impugnato col ricorso principale si riflette sugli atti oggetto dei motivi aggiunti.

2) Violazione dell’art. 22 bis del d.p.r. n. 327/2001; eccesso di potere per motivazione illogica e contraddittoria.

Il citato art. 22 bis non prevede la possibilità di prorogare il termine finale di occupazione e, comunque, la disposta proroga non si basa su circostanze impreviste e imprevedibili.

3) Violazione dell’art. 22 bis del d.p.r. n. 327/2001; eccesso di potere per motivazione illogica e contraddittoria, nonché per travisamento.

Manca una reale ragione di urgenza e, ancor più, di proroga.

Si è costituito in giudizio il Comune di Firenze.

Con ordinanza n. 1195 del 17.12.2008 è stata respinta l’istanza cautelare.

All’udienza del 6 marzo 2013 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

In via preliminare occorre soffermarsi sulle questioni in rito.

E’ stato eccepito il difetto di giurisdizione, sull’assunto che la controversia in esame, riguardando l’occupazione di aree finalizzata all’esecuzione di opere idrauliche, sarebbe devoluta alla competenza del Tribunale delle acque pubbliche ex art. 140, comma 1, lett. d, del R.D. n. 1775/1933.

L’eccezione non può essere accolta.

La conduttura realizzata dal Comune di Firenze, costituente un tratto di fognatura destinato alla raccolta di acque meteoriche, non è annoverabile tra le opere idrauliche, in relazione alle quali sussiste la giurisdizione del Tribunale delle acque pubbliche, poiché le acque piovane convogliate in condutture sotterranee o in reti fognarie non sono suscettibili di alcuna utilizzazione idonea a soddisfare un pubblico interesse generale, ma sono destinate al mero smaltimento (ex multis: Cass. civ., I, 11.1.2001, n. 315). Invero nel caso di specie non rilevano opere afferenti le acque pubbliche, non potendo essere qualificate come tali le acque piovane non convogliate in un corso d’acqua o non raccolte in invasi o cisterne preordinate al soddisfacimento di un pubblico interesse generale (TAR Puglia, Lecce, I, 25.1.2012, n. 120; idem, 8.4.2004, n. 2396; TAR Veneto, III, 4.12.2006, n. 3991).

La società I. P. ha altresì eccepito l’irricevibilità del ricorso, osservando che la deliberazione di approvazione del progetto era conosciuta dalla ricorrente prima dei sessanta giorni precedenti la notifica dell’impugnativa.

L’obiezione non è condivisibile.

Il Comune, con deliberazione n. 15 del 15.1.2008, ha approvato il progetto esecutivo esclusivamente in linea tecnica, senza contestuale declaratoria di pubblica utilità, la quale è stata oggetto di approvazione successivamente, per effetto della delibera della giunta comunale n. 467 del 30.7.2008: il provvedimento dichiarativo della pubblica utilità, per scelta dell’amministrazione, nel caso in esame non è implicito nell’atto di approvazione del progetto.

Orbene, la lesione della posizione della deducente è configurabile solo relativamente alla dichiarazione di pubblica utilità, la quale soltanto comporta l’affievolimento ad interesse legittimo del diritto soggettivo del proprietario e la costituzione, in capo all’Ente, del potere espropriativo avente ad oggetto i terreni sui quali l’opera dovrà essere allocata, mentre l’approvazione del progetto in linea meramente tecnica costituisce atto endoprocedimentale, come tale di per sé non impugnabile (Cons. Stato, IV, 6.2.1995, n. 73; idem, 16.3.2010, n. 1540; TAR Friuli Venezia Giulia, 17.12.2009, n. 835).

Pertanto, il termine di ricorso non poteva che decorrere dalla conoscenza della seconda delibera, adottata nel luglio 2008, la quale costituisce il primo atto con cui il Comune ha dato avvio alla procedura costitutiva della servitù.

Il Collegio osserva ulteriormente che non può rilevare, quale motivo di inammissibilità del gravame, la mancata impugnazione del provvedimento dirigenziale n. 6871 del 18.6.2009, con cui il Comune ha costituito la servitù permanente di fognatura e di passo e transito (documento n. 21 depositato in giudizio dall’Ente).

Invero, l’impugnazione dell’atto preparatorio fa sì che non sia necessaria l’impugnazione del provvedimento finale allorquando tra i due atti vi sia un rapporto di presupposizione – consequenzialità immediata e diretta, nel senso che la determinazione successiva si pone come inevitabile conseguenza di quella precedente, perché non vi sono nuove e ulteriori valutazioni di interessi.

Su tale premessa la giurisprudenza amministrativa ha costantemente statuito che la tempestiva impugnazione della declaratoria di pubblica utilità dell’opera esime il ricorrente dal seguire il prosieguo dell’iter procedurale, avendo l’eventuale annullamento degli atti presupposti un effetto non già meramente viziante, ma caducante sul decreto espropriativo della proprietà o, come nel caso di specie, sul decreto espropriativo di un diritto reale minore (ex multis: Cons. Stato, IV, 12.7.2007, n. 3984; TAR Campania, Napoli, V, 13.11.2007, n. 12105; TAR Sicilia, Palermo, III, 4.11.2009, n. 1726).

Entrando nel merito della trattazione del gravame si osserva quanto segue.

La prima censura è incentrata sulla mancata costituzione preventiva del vincolo espropriativo e sulla conseguente violazione degli artt. 8 e 17 del d.p.r. n. 327/2001.

Il rilievo è fondato.

Il procedimento ablatorio disciplinato dal d.p.r. n. 327/2001 può colpire non solo il diritto di proprietà ma anche, in modo autonomo, un diritto reale minore, come avviene nell’ipotesi dell’imposizione di servitù. Invero l’art. 1 del d.p.r. n. 327/2001, analogamente al previgente art. 1 della legge n. 2359/1865, assume ad oggetto dell’espropriazione sia la piena proprietà, sia singoli diritti relativi ad immobili (Cons. Stato, A.P., 18.7.1983, n. 21; Cons. Stato, A.G., 29.3.2001, n. 4; TAR Campania, Napoli, II, 23.11.1998, n. 3562).

Pertanto, le fasi del procedimento espropriativo, indicate nell’art. 8 del d.p.r. n. 327/2001 e articolate nell’apposizione del vincolo preordinato all’esproprio, nella dichiarazione di pubblica utilità dell’opera e nella determinazione dell’indennità, riguardano i provvedimenti impugnati, preordinati alla imposizione di una servitù permanente e quindi all’espropriazione di un diritto reale minore, il cui procedimento è inderogabilmente sottoposto alla disciplina contenuta nelle norme evocate dalla ricorrente.

Nel caso di specie, in violazione del citato art. 8, la dichiarazione di pubblica utilità non è stata preceduta dalla necessaria apposizione del vincolo espropriativo, il quale avrebbe dovuto essere introdotto mediante variante urbanistica, secondo quanto statuito dagli artt. 9 e 10 del d.p.r. n. 327 del 2001; tali norme precisano quali sono gli atti attraverso i quali può essere disposto il vincolo stesso, individuati nella approvazione di uno strumento urbanistico generale o sua variante (che preveda la realizzazione dell’opera pubblica), ovvero nella conferenza di servizi, accordo di programma o altra intesa che comporti la variante al piano urbanistico

La fondatezza della prima doglianza dedotta in via principale comporta l’accoglimento della prima censura introdotta con i motivi aggiunti, incentrata sull’illegittimità derivata.

In conclusione, il ricorso ed i motivi aggiunti vanno accolti, restando assorbite le censure non esaminate. Per l’effetto, devono essere annullati gli atti impugnati.

Sussistono, comunque, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, inclusi gli onorari difensivi, stante la particolarità della vicenda in esame.