

**N. 01698/2013REG.PROV.COLL.
N. 03588/2012 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 3588 del 2012, proposto da:

Gdf Suez Rinnovabili Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Eugenio Picozza, Annalisa Di Giovanni, con domicilio eletto presso Eugenio Picozza in Roma, via di San Basilio N.61; Gdf Suez Produzione Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Annalisa Di Giovanni, Eugenio Picozza, con domicilio eletto presso Eugenio Picozza in Roma, via di San Basilio N.61;

contro

Regione Campania, rappresentato e difeso per legge dall'Maria Laura Consolazio, domiciliata in Roma, via Poli, 29; Giunta Regionale della Campania;

nei confronti di

Comune di Contursi Terme;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO: SEZIONE I n. 00174/2012, resa tra le parti, concernente autorizzazione alla costruzione e all'esercizio di un impianto da fonte eolica-diniego mutamento destinazione terre di uso civico - ris.danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione Campania;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2012 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Annalisa Di Giovanni ed Eugenio Picozza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Si deve premettere che, con Decreto del Dirigente della competente struttura della Regione Campania n. 130 del 6.6.2008, la AceaElectrabel -- dante causa delle odierne appellanti -- aveva ottenuto l'autorizzazione, ai sensi dell'art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003, alla costruzione e all'esercizio di un impianto, da realizzare in Contursi Terme, in località Piano del Cornale, costituito da n. 23 aerogeneratori eolici da 850 kW, della potenza di 19.55 MW. Di questi, n. 5 aerogeneratori avrebbero dovuto essere posizionati su una particella gravata dal vincolo di "uso civico", per cui l'autorizzazione regionale era stata subordinata "alla positiva conclusione della procedura attivata dalla competente struttura per il cambio di destinazione d'uso dell'area stessa".

Il successivo 2.8.2010, la Giunta Regionale della Campania aveva tuttavia deliberato di non accogliere la richiesta di eliminazione del vincolo ad uso civico fatta dal Comune di Contursi Terme, per il mancato preventivo espletamento di una procedura di evidenza pubblica per l'assegnazione dell'area.

Con il presente gravame le società GDF Suez Rinnovabili s.p.a e GDF Suez Produzione s.p.a impugnano la sentenza del Tar Salerno con cui è stato respinto:

- il ricorso introduttivo diretto avverso il diniego della Giunta Regionale con i relativi atti presupposti;
- i motivi aggiunti dedotti avverso ulteriori atti della Regione rispettivamente soprassessori e reiettivi della richiesta di accesso agli atti del procedimento *de quo*.

L'appello delle GDF Suez è affidato a due articolate rubriche di censura sostanzialmente concernenti:

- ___ 1. la violazione dei limiti esterni della giudizio di legittimità e l'erronea applicazione dei principi generali in materia di qualificazione dei beni di uso civico e dei beni pubblici demaniali;
- ___ 2. l'integrale e pedissequa riproposizione di motivi di primo grado;
- ___ 4. il travisamento ed erroneità dei presupposti e violazione dell'articolo 41 del R.D. n. 333/1928 in relazione alla non necessità del nullaosta paesaggistico in relazione al D. Lgs. n. 42/2004.

L'appellante conclude chiedendo inoltre:

- il risarcimento del danno emergente; del lucro cessante per il 2011 ed il 2012, oltre agli ulteriori danni per la perdita degli incentivi e "da ritardo" da quantificarsi in corso di causa per l'ingiustizia del danno e la colpa

dell'amministrazione regionale;

-- il deferimento, in via subordinata, dalla questione all'Adunanza Plenaria ai sensi dell'articolo 99, secondo e quarto comma del c.p.a., in relazione alla particolare importanza della questione di massima sottesa al primo mezzo di gravame, al fine di dirimere i contrasti giurisprudenziali tra gli organi della giustizia amministrativa di primo grado e quelli insorti tra la giurisprudenza del giudice amministrativo, del giudice ordinario e degli stessi commissari degli usi civici.

Tale richiesta è stata reiterata con un'ulteriore istanza versata il 15 maggio 2012.

Si è costituita in giudizio la Regione Campania, che con memoria ha contestato le affermazioni di controparte.

Con il deposito di alcuni atti e con la memoria per la discussione le appellanti hanno sottolineato le proprie argomentazioni.

Chiamata all'udienza pubblica, il patrocinatore delle parti appellanti ha particolarmente insistito sull'istanza risarcitoria.

La causa è stata ritenuta in decisione.

DIRITTO

Deve preliminarmente darsi atto che, non avendo avuto alcun seguito nella sede competente la richiesta delle appellanti di deferimento all'Adunanza Plenaria ai sensi dell'art. 99, commi due e quattro del c.p.a. di cui al d.lgs. 2/07/2010, n. 104, la Sezione sulla rinnovata istanza non ritiene che vi siano i presupposti per rimettere d'ufficio il punto di diritto coinvolto dal ricorso all'esame dell'Adunanza Plenaria, ai sensi del primo comma della detta norma.

Infatti non risultano i pretesi – ma non specificamente indicati -- contrasti

da dirimere né tra gli organi della giustizia amministrativa di primo grado e neppure tra la giurisprudenza del giudice amministrativo, del giudice ordinario e degli stessi commissari degli usi civici.

___ 1.§. Con il motivo (sub II) di gravame le appellanti lamentano in primo luogo l'illegittimità dei punti della decisione del Tar che riguardano il regime dell'uso civico ed in particolare il preteso obbligo di gara pubblica come condizione preliminare al mutamento di destinazione (capi 2/9); in secondo luogo ripropongono integralmente i primi due motivi del ricorso di primo grado.

___ 1.§.1. Con il primo capo di doglianza si contesta il potere della Regione di imporre l'obbligo della gara e la propria competenza a gestirla in prima persona. La Regione non avrebbe avuto il potere di innovare la disciplina fondamentale, e di principio, del regime degli usi civici, con una sorta di forzato appiattimento degli usi civici alla disciplina dei beni pubblici in senso soggettivo, cioè dei beni di proprietà pubblica.

___ 1.§.1.1. A differenza dei beni demaniali, il vincolo di indisponibilità, inalienabilità e destinazione funzionale degli usi civici che fanno capo alle proprietà collettive non precluderebbe l'autorizzazione al mutamento di destinazione, in quanto quest'ultima comunque non sarebbe permanente ma, una volta cessato l'uso, i beni ritornerebbero nella titolarità dell'*universitas civium*.

Il comune, e non la regione, avrebbe l'amministrazione dei beni in nome e per conto della collettività. Nel rispetto della riserva di legge di cui all'articolo 97 della Costituzione, la decisione sulla finalità del bene demaniale avrebbe dovuto essere assunta sulla base del rapporto di rappresentanza politica, come avviene nel caso dei Comuni quando si crea

o si rimuove lo stesso vincolo di destinazione.

Di qui l'erroneità della sentenza a pagina 9/10 quando afferma che *“l'utilizzazione collettiva propria degli usi civici, rende questi ultimi assimilabili ai beni pubblici in relazione al loro sostanziale assolvimento di interessi di carattere pubblicistico tra i quali la conservazione delle risorse ambientali in favore della collettività nazionale”*. Il Tar non avrebbe tenuto conto che la funzione principale dell'uso civico sarebbe quella di garantire risorse alla collettività che ne è proprietaria e finalità aggiuntive a quelle della tutela dell'ambiente.

La rilevanza del regime della proprietà farebbe premio anche sulle funzioni esercitabili. Il concetto reale di beneficio, per l'universitas civium, sarebbe soggetto all'interpretazione costituzionalmente orientata. Pertanto l'articolo 41 del R.D. n. 332/1928 che riserva ai comuni, ovvero alle società agrarie, il potere di impulso di richiedere oggi alle regioni, l'attribuzione di poteri decisionali trova il suo fondamento secondo la legge n. 1776/1927 sul solo fatto che il comune o l'associazione agraria è il rappresentante istituzionale del bene civico.

Mentre, ai sensi dell'articolo 12 della predetta legge n. 1776, e dell'articolo 41 del Regio Decreto n.332/1928, dell'articolo 10 della Legge Regionale Campania n. 11/1981, la regione avrebbe solo un potere di controllo circa l'idoneità della richiesta alienazione a comportare un mutamento di destinazione d'uso.

Pertanto la sentenza sarebbe perplessa perché avrebbe acriticamente adottato un presupposto erroneo, affermando la necessità di indire una procedura di evidenza pubblica tra non meglio precisati progetti di utilizzazione quasi volendo riecheggiare proposte in materia di finanza di pro-getto ovvero attribuzione contratto di disponibilità.

Dall'altro canto, il primo giudice non avrebbe specificato se la procedura di evidenza pubblica avrebbe dovuto essere gestita dal comune o dalla regione, ed avrebbe lasciato intendere che avrebbe dovuto essere la regione ad occuparsene, operando ancora una volta un'indebita commistione tra i principi relativi al regime giuridico che disciplinano i beni di uso civico a quelli demaniali in violazione dei principi della legge del regolamento di contabilità.

Nel caso di richiesta di "mutamento di destinazione d'uso" del bene soggetto ad un uso civico la finalità dell'autorizzazione regionale non sarebbe quella di lucrare il miglior compenso monetario, ma di accertare se il nuovo uso sia compatibile con l'originaria destinazione.

Pertanto in tali casi, la Regione sarebbe costretta a concedere l'autorizzazione al mutamento di destinazione come atto dovuto. La soluzione adottata al Tar costituirebbe una grossolana inversione delle competenze tra regione e comune, titolare del rapporto di esponenzialità.

___ 1.§.1.2. L'assunto non ha pregio.

Come è noto, gli "usi civici" sono diritti reali millenari di natura collettiva, volti ad assicurare un'utilità o comunque un beneficio ai singoli appartenenti ad una collettività .

Essi sono disciplinati, in linea generale, dalla legge 16 giugno 1927, n. 1766 (mantenuta in vigore dall'allegato 1 del comma 1 dell'art. 1, D.Lgs. 1° dicembre 2009, n. 179, limitatamente agli articoli da 1 a 34 e da 36 a 43) e del relativo regolamento di cui al r.d. n. 332/1928.

Il legislatore, nel disciplinare la destinazione delle terre sulle quali gravano usi civici all'art. 12, II° co. della L. n.1766 cit, ha sancito, in via di principio, l'inalienabilità e l'impossibilità di mutamento di destinazione, dei terreni

convenientemente utilizzabili come bosco o come pascolo permanente e -- solo in via di eccezione-- salva la possibilità di richiedere l'autorizzazione (oggi di competenza della Regione in luogo del Ministero) a derogare dai predetti limiti.

Tale deroga all'utilizzazione del terreno, comportando necessariamente limitazioni dei diritti d'uso civico per le collettività cui appartengono, anche oggi ha carattere tipicamente eccezionale e non può né deve risolversi nella perdita dei benefici, anche solo di carattere ambientale per la generalità degli abitanti, unicamente a vantaggio di privati (cfr. Consiglio Stato sez. IV 25 settembre 2007 n. 4962; Consiglio Stato sez. VI 6 marzo 2003 n. 1247).

In tale direzione, se i beni di uso civico sono di norma inalienabili, incommerciabili ed insuscettibili di usucapione, esattamente il TAR ha fatto proprio l'univoco orientamento della Corte di Cassazione, per cui essi sono sostanzialmente riconducibili al regime giuridico della demanialità (cfr. di recente Cass. Civ. III, 28 Settembre 2011 n.19792; Cass. Civ. III, 28 Settembre 2011 n.19792; Cass. Civ., sez III, n. 1940/2004; idem Sez. V, n. 11993/2003).

In tale scia, le terre appartenenti ai diritti civici risultano, di norma, incompatibili con l'attività edificatoria (arg. Consiglio Stato sez. IV 19 dicembre 2003 n. 8365) per l'evidente ragione che "privatizzano" a tempo indeterminato un bene, i cui diritti spettano invece ad una collettività, sottraendo spesso definitivamente alla pubblica utilità i benefici provenienti dalla terra, dai boschi e dalle acque.

La pur condivisibile finalità dell'incremento delle fonti di energia rinnovabili non può portare il Collegio ad accettare la qualificazione come "provvisorie" di strutture di carattere oggettivamente permanente, quali

sono quelle che conseguono all'apposizione al suolo di cinque tralicci d'acciaio (la cui altezza minima in genere è di oltre 60 mt.), oltre alle relative opere accessorie (linee di adduzione, cabine, strade di accesso ecc.).

Contrariamente a quanto mostrano di ritenere le società appellanti, in sostanza le collettività – sia nel loro insieme che in testa a ciascuno dei suoi componenti uti singulus – vantano nei confronti dei relativi beni un diritto collettivo di natura reale che si esercita in forma “duale” con il Comune il quale, ente esponenziale dei diritti della collettività, ordinariamente li amministra in suo nome, mentre per iniziative di carattere straordinario è sottoposto alla diretta ed indefettibile vigilanza della Regione.

In tali casi la eccezionalità della deroga rispetto all'ordinario regime di intangibilità di tali diritti si impone proprio perché il “mutamento di destinazione”, nella realtà delle cose, implica il venir meno della possibilità stessa di usufruire dei frutti dei terreni di uso civico.

Del tutto inconsistente è quindi la tesi delle società appellanti per cui l'amministrazione comunale sarebbe la titolare unica dei diritti di disposizione, perché se così fosse i diritti civici scolorirebbero addirittura alla stregua dei meri beni del “patrimonio disponibile”.

Quando il mutamento di destinazione “in deroga” delle terre sottoposte ad uso civico si risolve in un'attribuzione a terzi di diritti spettanti alla collettività, l'iter per il rilascio della relativa autorizzazione deve quindi essere necessariamente ricondotto all'ambito proprio dei procedimenti di concessione dei beni demaniali, in quanto ha l'identico effetto di privare i componenti della collettività (che ne sono i veri titolari) del beneficio, per trasferirlo a soggetti privati che richiedono l'utilizzazione imprenditoriale del terreno a fini di lucro personale per un consistente lasso di tempo.

Infatti, se i diritti appartengono alla collettività e questi sono solo amministrati dal Comune sotto il controllo della Regione, è evidente che le relative dinamiche procedurali di gestione non solo debbano corrispondere al predetto assetto istituzionale, ma soprattutto debbano comunque avvenire nel rispetto dei cardini della pubblicità, imparzialità, trasparenza e non discriminazione in quanto, analogamente alle concessioni di beni demaniali, anche qui il procedimento finisce per costituire un utilizzo privato di beni della collettività che, nel favorire le possibilità di lucro di un determinato imprenditore in danno degli altri, altera le naturali dinamiche del mercato (arg. ex Corte Conti 13 maggio 2005 n. 5).

La natura comunque “pubblica” dei diritti di uso civico comporta, in linea generale, l'applicazione dei principi di derivazione comunitaria, di concorrenza, parità di trattamento, trasparenza, non discriminazione, e proporzionalità, di cui all'articolo 1 della legge n. 241 del 1990 e s.m.i, i quali non solo si applicano direttamente nel nostro ordinamento, ma debbono informare il comportamento della P.A., anche quando, come nel caso di concessioni di diritti su beni pubblici, non vi è una specifica norma che preveda la procedura dell'evidenza pubblica (cfr. Consiglio di Stato Sezione V, 19 giugno 2009, n. 4035).

In coerenza di tale ultima considerazione e della ricordata natura collettiva “duale” dei diritti reali, l'interpretazione costituzionalmente orientata ai cardini di cui all'art. 97 Cost. impone che le procedure concernenti le richieste di autorizzazione al mutamento di destinazione debbano anche rispettare le regole di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, e s.m.i. ed in particolare i principi generali:

-- del contraddittorio, di informazione e di partecipazione pubblica:

pertanto, prima di procedere a qualunque iniziativa in materia di deroga ex art. 12 della L. n. 1766/1927, le amministrazioni comunali -- la cui rappresentanza è pur sempre in nome della loro collettività -- devono dare massima notorietà a mezzo di pubblici avvisi anche sul proprio sito internet, dell'esistenza dell'iniziativa ed delle relative condizioni generali, al fine di consentire la partecipazione e richieste di chiarimenti, l'emersione del dissenso, il vaglio delle eventuali obiezioni dei soggetti appartenenti alla comunità che sono i reali titolari dei diritti civici;

-- di trasparenza, pubblicità ed imparzialità: la procedura ad evidenza pubblica non può che seguire il canone generale di cui all'art. 12 della L. n. 241/1990 che è espressione concreta dei cardini costituzionali di cui all'art. 97 della Costituzione a presidio dei principi dell'imparzialità e della trasparenza (cfr. Consiglio Stato sez. V 10 maggio 2005 n. 2345). La predetta norma (oltre ai casi "... di sovvenzioni e sussidi, ecc., ..") disciplina, senza distinzioni di sorta, tutte le concessioni concernenti "*...l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati?*" tra i quali rientrano indubitabilmente anche le fattispecie di cui all'art. 12 della L. n. 1766/1927. Pertanto, l'autorizzazione alla cessione ovvero al mutamento di destinazione di un bene civico deve essere senz'altro "*...subordinata alla predeterminazione ed alla pubblicazione da parte delle Amministrazioni procedenti dei criteri e delle modalità cui le Amministrazioni devono attenersi?*" (come recita il cit. art. 12).

E ciò a prescindere dal fatto che il procedimento de quo sia stato iniziato, o meno, ad istanza di parte. Infatti anche nell'ipotesi in cui il procedimento inizi non già per volontà dell'amministrazione bensì sulla base di una specifica richiesta di uno dei soggetti interessati all'utilizzo del bene, le

concessioni di beni civici non sfuggono ai principi che impongono comunque l'espletamento di un confronto concorrenziale per l'individuazione di tutti i soggetti potenzialmente interessati e per il conseguimento del massimo utile per l'universitas civium.

In definitiva, in materia di usi civici l'applicazione dell'art. 12 della L. n.1766 non può in nessun caso prescindere dal previo esperimento della pubblicità e dalla predeterminazione dei criteri di assegnazione che devono essere resi previamente noti a garanzia della trasparenza e dell'imparzialità dell'azione amministrativa e dalla successiva puntuale verifica dell'applicazione degli stessi nel provvedimento comunale di richiesta alla Regione di assenso al mutamento di destinazione.

Sotto altro profilo poi, contrariamente a quanto affermano le società appellanti, quando, come nel caso in esame, la richiesta di mutamento di destinazione comporti una rilevante e permanente alterazione dello stato dei luoghi non è escluso che -- a maggior garanzia dell'eventuale ripristino dei luoghi e del rispetto delle regole per la definizione dei rapporti giuridici successivi alla scadenza del periodo tra affidatari e collettività -- il beneficiario dell'autorizzazione per lo sfruttamento "in deroga" ex art. 12 della L. n.1766 di terreni gravati da usi civici possa essere individuato attraverso l'esperimento di una procedura di "project financing", ex art. 153, del d.lgs. 12/04/2006, n. 163 e s.m.i.(" Codice dei contratti").

In conseguenza delle affermazioni che precedono, dunque pertanto, il Comune nel caso in esame:

-- in primo luogo, avrebbe dovuto dare pubblica notizia (es. con pubbliche affissioni, albo pretorio. siti informatici, ecc. ecc.), dell'esistenza di una richiesta di deroga al diritto civico delle società;

-- in secondo luogo, era tenuto a procedere alla pubblicazione dell'avviso diretto ad altri possibili operatori professionali del settore contenenti i requisiti ed elementi di ammissione (ovvero una sintesi delle proposte di utilizzo e delle utilità promesse), i criteri di valutazione delle eventuali richieste alternative, nonché le modalità procedurali per la valutazione delle diverse ipotesi.

La sentenza poi non pone affatto in dubbio, come sostengono le appellanti, che l'onere della procedura ad evidenza pubblica, in una delle due forme ora ricordate, non debba fare capo al Comune che amministra gli usi civici: per il TAR infatti “... *l'istanza di autorizzazione al mutamento di destinazione d'uso*” fatta dal Comune alla Regione “.. *non può prescindere dal previo espletamento di una gara pubblica...*” da indirsi con tutta evidenza da parte dello stesso Comune.

Il provvedimento -- contenente sia l'individuazione del beneficiario che la proposta di deroga --- dell'Amministrazione Comunale è tuttavia sottoposto ad una fase integrativa dell'efficacia, costituita dal controllo dell'Autorità Regionale, di cui all'art. 41 del regolamento attuativo di cui al r.d. n. 332/1928 relativamente all' “*an*”, al “*quid*” ed al “*quomodo*”.

In tale scia interpretativa, ancora una volta, “*costituzionalmente orientata*” deve dunque affermarsi che:

___ *) quanto all' “*an*”: che la valutazione di conformità alla norma deve verificare la sussistenza dei presupposti legali per l'ammissibilità della richiesta in quanto nella Regione Campania, la L.R. 17-3-1981 n. 11 “*Norme in materia di usi civici*” all'art. 10, consente l'alienazione “*solo per i terreni che hanno perso l'originaria destinazione agro - silvo - pastorale quali, ad esempio, i suoli edificatori utilizzati per insediamenti residenziali o produttivi*” ed

ilmutamento di destinazione solo *nell'ipotesi prevista dall'ultimo comma dell'articolo 2*" vale a dire solo per i casi nei quali sia intervenuto il decreto del Presidente della Giunta di concessione della legittimazione a terzi. Tali disposizioni devono essere interpretate alla luce dell'insegnamento della Corte Costituzionale per cui la disciplina statale in materia tende a garantire l'interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici e alla salvaguardia dell'ambiente, con la preventiva valutazione in concreto ad opera della Regione anche della compatibilità paesaggistica dei progetti delle opere che si intendano eseguire (cfr. Corte costituzionale 27 luglio 2006 n. 310).

Pertanto l'autorizzazione al mutamento d'uso deve essere riconducibile ad una delle fattispecie individuate nell'art. 10 della L.R. n. 11/1981 e deve essere conforme agli indirizzi, di assetto paesaggistico e territoriale, fissati nel "Piano territoriale regionale" di cui alla L.R. 13-10-2008 n. 13 (ma sul punto vedi *amplius infra*);

___ *) quanto al "quid": - in primo luogo la Regione deve assicurare che la diversa destinazione "...*rappresenti un reale beneficio per la generalità degli abitanti, quali l'istituzione di campi sperimentali, vivai e simili*" ex art. 41 del regolamento attuativo di cui al r.d. n. 332/1928, non solo nell'immediato ma anche per il futuro.

La valutazione dell'utilità effettiva non deve essere ancorata a profili di carattere solamente economico, ma la "convenienza" deve abbracciare anche tutte le altre possibili variabili coinvolte nelle determinazioni effettuate in sede di controllo regionale (cfr. Cassazione civile sez. II 30 gennaio 2001 n. 1307) e deve tenere conto dei costi e della garanzie del futuro ripristino dei luoghi una volta venuta, per qualunque ragione meno,

la società beneficiaria.

L'autorità regionale, nel suo ruolo di vigilanza sulle richieste di mutamento di destinazione dei terreni di uso civico, deve peraltro far luogo ad una valutazione complessiva diretta a dimostrare in concreto che la nuova diversa destinazione rappresenti davvero un beneficio presente e futuro per la generalità degli abitanti. L'analisi comparativa dovrà dimostrare la maggiore utilità della nuova destinazione delle terre ad uso civico in contrapposizione con gli interessi civici, economici ed ambientali che depongono per il mantenimento dello status quo;

___ *) quanto al “*quomodo*” :il controllo deve attenersi in particolare :

-- alla verifica della legittimità stessa del procedimento svolto dal Comune ai sensi di cui all'art.12 L. n. n.241/1990 ovvero con la procedura di cui all'art. 153, del d.lgs. 12/04/2006, n. 163 e s.m.i.;

-- alla veridicità e congruità, sul piano logico e fattuale, degli elementi allegati dall'Amministrazione comunale a dimostrazione dell'utilità effettiva, e dei relativi riscontri e giustificazioni nell'ambito del “business plan” proposto dall'azienda richiedente;

-- alla ricorrenza di una precisa data di scadenza dell'autorizzazione al mutamento di destinazione, in quanto un provvedimento senza un termine equivarrebbe ad una cessione a titolo definitivo;

-- alla concretezza delle guarentigie e delle garanzie concernenti rispettivamente gli oneri del beneficiario di restituzione e/o le modalità di ripristino dei siti espressamente previste dall'art. 41 del r.d. n. 332/1928 ed al rispetto degli obblighi assunti dal beneficiario.

Infine il decreto autorizzativo, di cui all'art. 41 del r.d. n. 332/1928, deve contemplare anche le nuove finalità, qualora non fosse più possibile la

restituzione dei fondi alla primigenia destinazione, successivamente alla cessazione della deroga.

In conclusione sul punto, del tutto erroneamente le appellanti affermano che la Regione sarebbe stata incompetente ad individuare le procedure per assegnare le terre gravate di uso civico ed avrebbe traciato dal proprio ruolo.

AL contrario la Regione ha invece correttamente fatto luogo all'esercizio dei suoi poteri di vigilanza e controllo, ed in tali ambiti ha rifiutato del tutto legittimamente l'autorizzazione per la rilevata mancanza di una procedura ad evidenza pubblica.

In conclusione il motivo è complessivamente infondato e deve essere respinto.

___ 1.§.2. Con un secondo capo della medesima rubrica, le appellanti ripropongono, a maggior chiarimento del precedente assunto, i seguenti motivi introdotti in primo grado a sostegno dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati:

___ 1.§.2. 1. Incompetenza, eccesso di potere, sviamento, violazione e falsa applicazione dell'art. 2 L. 1766/1927 e 41 R.D. 332/1928. Violazione e falsa applicazione Legge reg. 17.3.1981, n. 11 art. 10: la Regione non avrebbe avuto i poteri di negare l'autorizzazione al mutamento di destinazione d'uso sul presupposto che il comune non aveva espletato la procedura ad evidenza pubblica per la concessione delle terre d'uso civico interessate dalla realizzazione dell'impianto;

___ 1.§.2.2. Eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità: il diniego della Regione Campania si paleserebbe del tutto contraddittorio con il precedente riconosciuto ufficiale dell'ammissibilità del mutamento di

destinazione d'uso di terre gravate da uso civico per la realizzazione, gestione d'impianti eolici di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili;

___ 1.§.2.3. Travisamento dei presupposti di fatto e diritto, erroneità, eccesso di potere, violazione e falsa applicazione dell'art. 2 L. 1766/1927 e 41 r.d. 332/1928 e dell'art. 10 della L. reg. 17.3.1981, n. 11,; non sarebbe stato possibile applicare il concetto di concessioni di beni pubblici ai terreni gravati da usi civici dal momento che il comune non ne è proprietario; viceversa la proprietà è collettiva;

___ 1.§.2. 4. Violazione per mancata applicazione dell'art. 10-bis L. n. 241 del 1990; eccesso di potere.

___ 1.§.2. 5. Tutti i motivi sono inammissibili.

Ai sensi dell'art. 101, c.p.a. l' appello -- atto preordinato non alla semplice revisione della pronuncia del primo giudice, ma alla ripetizione del processo -- infatti deve contenere la contestazione delle argomentazioni svolte nella sentenza di primo grado, e non limitarsi alla mera riproposizione delle argomentazioni già svolte nel ricorso di primo grado.

Nell'attuale sistema di giustizia amministrativa, il giudizio di appello non è un "iudicium novum", per cui la cognizione del giudice resta circoscritta alle questioni dedotte dall'appellante attraverso l'enunciazione di specifici motivi diretti ad incrinare il fondamento logico-giuridico della sentenza (cfr. infra multa: Consiglio Stato sez. IV 09 ottobre 2010 n. 7384; idem sez. IV 27 Dicembre 2011 n.6863; idem sez. IV 13 Luglio 2011 n.4240; idem sez. V 30 novembre 2012 n. 6116; idem sez. III 13 settembre 2012 n. 4877; idem sez. V 06 settembre 2012 n. 4717; idem sez. VI 15 maggio 2012 n. 2772).

Di qui l'inammissibilità dei motivi di cui sopra perché non sono diretti a

censurare la sentenza, ma si limitano a riproporre le medesime doglianze del ricorso introduttivo.

___ 1.§.3. La prima rubrica deve dunque essere integralmente respinta perché inammissibile oltre che infondata.

___2.§ Con una seconda censura si contesta il capo della decisione con cui si sostiene la legittimità del provvedimento impugnato con riferimento ad una preclusione contenuta nel Testo Unico dei Beni Culturali e paesaggistici di cui al decreto legislativo n.42/2004 e s.m.i. in base al quale il Tar avrebbe affermato che *“laddove non sia intervenuto un apposito piano paesaggistico regionale a disciplinare la materia, graduando quindi le fasce di tutela gli interventi possibili, non è attuabile alcun intervento modificativo delle aree elencate – tra le quali rientrano anche le zone gravate da usi civici --- a meno che non vi sia la preventiva autorizzazione imposta dall’articolo 146 del D. Lgs. n. 42/2004”*.

___2.§ 1. Per le società appellanti l’affermazione:

-- costituirebbe una violazione dell’articolo 112 del c.p.c. e della corrispondente norma del c.p.a. perché nel provvedimento impugnato non si farebbe alcun riferimento a motivi ostativi di carattere ambientale o paesaggistico;

-- nel caso in esame vi sarebbe un clamoroso errore di fatto perché nel provvedimento n. 130 del 6.6. 2008, contenente la “autorizzazione unica integrata”, si affermerebbe che *“... la particella.. è gravato al vincolo di uso civico del pascolo del legname e che pertanto, ad avvenuta dichiarazione di pubblica utilità con apposito atto emesso dalla competente amministrazione regionale, è definito il cambio di destinazione d’uso delle aree interessate”*;

-- ai sensi dell’articolo 12 del D. Lgs. n. 387/2003 si conclude con un’autorizzazione unica l’endo-procedimento di valutazione ambientale, e

nella specie tale procedimento si sarebbe concluso positivamente con l'emissione del decreto VIA n. 379 del 6 luglio 2004 e del decreto direttoriale n. 78 del 27 marzo 2008, esaustivi di qualsiasi valutazione in ordine a tutela ambientale dell'opera interessata.

Inoltre si sarebbero pronunciate positivamente la Soprintendenza dei Beni Archeologici di Salerno e Avellino con nota n. 13.143 del 18/9/2003, nonché la Soprintendenza dei Beni Archeologici per il paesaggio di Salerno ed inoltre aveva espresso parere favorevole alla realizzazione dell'impianto anche la Direzione Regionale della Campania del Ministero dei Beni Culturali.

Il giudice di primo grado in conseguenza :

-- avrebbe esaminato un motivo non esistente nel primo provvedimento il quale farebbe esclusivo riferimento al diniego di mutamento di destinazione d'uso per mancato espletamento della procedura di evidenza pubblica, mentre nel secondo provvedimento impugnato in primo grado con i motivi aggiunti erroneamente si è fatto riferimento alla presunta mancata autorizzazione ai sensi dell'articolo 146 del codice n. 42/2004.

-- con evidente straripamento di potere ed erroneità per errore sui presupposti non avrebbe correttamente considerata il decreto direttoriale della regione Campania 130 del 6 giugno 2008.

___ 2. §.2. Il Tar, al punto 11, si sarebbe pronunciato su poteri non ancora esercitati laddove nell'analisi del decreto direttoriale 130/2008 impugnato, estrapola solo il n. 5 (a pagina 7) senza situarlo nel contesto la complessa ricognizione dei presupposti. Quindi l'affermazione della sentenza -- argomento non presente nell'originario provvedimento di diniego di mutamento di destinazione d'uso impugnato in primo grado -- sarebbe del

tutto estranea al thema decidendum.

Di qui la radicale erroneità della motivazione affidato alla valutazione di profili paesaggistici ed ambientali, che erano completamente estranei alle ragioni inizialmente esposte con il provvedimento in quanto l'autorizzazione a costruire sarebbe solo condizionata dalla positiva conclusione della procedura di cambio di destinazione nell'area.

___ 2. §.3 Nel caso il vincolo d'uso civico di cui all'articolo 142, comma primo lettera h) del d. lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 dipende esclusivamente dall'ottenimento dell'autorizzazione paesaggistica di cui all'articolo 146 del medesimo codice dei Beni Culturali, che sarebbe stata perfettamente rilasciata. L'ottenimento del cambio di destinazione avrebbe dunque precluso qualsiasi indagine in proposito, fatti salvi eventuali vincoli a tutela del paesaggio diversi dall'uso civico. In conclusione, in accoglimento del presente motivo, la Sezione dovrebbe dichiarare l'obbligo della Regione Campania di consentire il mutamento di destinazione d'uso di quell'articolo 41 del R.D. n. 332/1928 senza alcuna necessità di autorizzazioni paesaggistica.

L'assunto complessivo è inconferente oltreché infondato.

Sul piano processuale non vi è stata alcuna violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato in quanto, come già sottolineato in precedenza, tutti i profili concernenti la verifica del rispetto degli indirizzi di assetto paesaggistico e territoriale, fissati nel "Piano territoriale regionale" di cui alla L.R. Campania 13 ottobre 2008 n. 13, devono essere ricondotti nell'alveo dei ricordati poteri di controllo di cui all'art. 12 della L. n.1766 cit. .

Nella specie, il profilo qui in esame costituisce un mero obiter dictum,

peraltro condivisibile rispetto alle motivazioni fondamentali su cui il Primo Giudice ha fondato il rigetto del ricorso. Il TAR, nel completare sul piano giuridico l'integrale ricostruzione della fattispecie e delle ragioni che giustificavano il rigetto del ricorso di primo grado, si è limitato semplicemente ad annotare in linea di principio, che sarebbe stato necessario verificare se fosse *"...intervenuto un apposito piano paesaggistico regionale diretto a disciplinare la materia, graduando quindi le fasce di tutela e gli interventi possibili"*, sottolineando che, in difetto, in base ad una comunque cogente norma di legge regionale non sarebbe stato *"...possibile alcun intervento modificativo sulle aree elencate – tra le quali rientrano anche le zone gravate da usi civici, a meno che non vi sia la preventiva autorizzazione imposta dall'art. 146 d. lgs. 42 del 2004"*.

L'art. 142, lett. h) d.lgs. n. 42 del 2004, nel sottoporre alla disciplina di cui alla parte III, titolo I, dello stesso d.lgs., prevede infatti una forma di salvaguardia aggiuntiva, e non sostitutiva, rispetto a quella prevista per il rilascio dell'autorizzazione, che deve assicurare il rispetto delle prescrizioni di assetto paesaggistico e territoriale, fissate nel "Piano territoriale regionale" di cui alla L.R. 13-10-2008 n. 13.

Il diretto riferimento ai terreni gravati da usi civici di cui all'art. 146 del T.u. n. 43/2004 costituisce infatti il riconoscimento del legislatore di una loro ulteriore e rilevante funzione nella società contemporanea, conseguente proprio alla natura di bene collettivo, per cui alle tradizionali funzioni degli usi civici, si è nel frattempo aggiunta una loro fondamentale utilità ai fini della conservazione di bene "ambiente", che ancorché costituzionalmente protetto, è in rapido e progressivo degrado.

Pertanto, se in linea teorica è condivisibile il rilievo relativo alla natura

speciale della disciplina di attuazione della direttiva comunitaria 2001/77/CE del 27 settembre 2001 di cui all'art. 12 d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, il procedimento autorizzatorio degli impianti destinati alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili è fondato sulla c.d. autorizzazione unica regionale ma per ciò che riguarda la valutazione dell'impatto paesaggistico, si distingue rispetto a quella ordinaria prevista dagli artt. 159 e 146 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI 23 maggio 2012 n. 3039).

Per questo il Decreto direttoriale n. 130/2008, per acquistare definitiva efficacia, necessitava dell'autorizzazione al mutamento di destinazione d'uso civico. In altre parole l'autorizzazione unica regionale rilasciata era "expressis verbis" condizionata, dal medesimo art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 al "*... rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico*".

Deve quindi respingersi la richiesta di declaratoria in via di principio della non-necessità di considerazione del profilo paesaggistico ai fini del rilascio dell'autorizzazione in deroga.

Il motivo va dunque respinto ed anche sul punto la decisione impugnata dunque deve essere confermata.

___ 3.§. Con la quarta rubrica le appellanti reiterano la richiesta di risarcimento del danno lamentando in sintesi:

- le mera natura di petizione di principio della motivazione di rigetto della sentenza;
- la posizione giuridicamente qualificata dal D.D. n. 130 delle società che avevano diffidato la Regione Campania a ritirare in autotutela il provvedimento di diniego;

-- la colpa dell'amministrazione per avere anche successivamente intenzionalmente insistito a difendere una tesi illegittima,

Di qui la richiesta di un risarcimento pari ad danno emergente per € 5.779.600,00; ad un lucro cessante pari a € 1.289.000 per il 2011 e € 1.289.000,00 del 2012; oltre agli ulteriori danni per la perdita degli incentivi da quantificarsi in corso di causa

La pretesa va respinta.

Salvo il caso della revoca per ragioni interesse pubblico o di opportunità, di cui all'articolo 21-quinquies l'ordinamento non prevede infatti l'indennizzo da atto lecito dannoso.

L'art. 30 c.p.a. II co. che, nel disciplinare espressamente la risarcibilità degli « interessi legittimi » richiama infatti puntualmente:

-- l' "illegittimo esercizio dell'attività amministrativa" (ovvero il mancato esercizio di quella obbligatoria), per cui in conseguenza è necessario il previo accertamento della colpa dell'Amministrazione, riconducibile alla natura antiggiuridica della condotta;

-- il diretto immediato nesso di causalità tra il provvedimento ed il nocumento patrimoniale;

-- il « danno ingiusto », e quindi l'accertamento dell'illegittimità dell'attività provvedimento.

Il codice di procedura amministrativa opera in sostanza un implicito, ma chiaro rinvio, all'art. 2043 c.c. ed ai classici elementi costitutivi della responsabilità da fatto illecito vale a dire colpevolezza; nesso di causalità, e danno risarcibile, per cui in presenza di un'azione amministrativa spiegata dall'Amministrazione, che sia dichiarata legittima dal giudice, la pretesa risarcitoria non può trovare accoglimento (arg. ex Consiglio di Stato sez. IV

31 maggio 2012 n. 3262; Consiglio Stato sez. VI 18 agosto 2009 n. 4958, ecc.).

In conseguenza del rigetto dei motivi che precedono, e quindi della legittimità degli atti impugnati è dunque evidente che nel caso non sussistono né i profili di ingiustizia del danno e né della colpa dell'amministrazione regionale.

___ 4.§. In conclusione la sentenza impugnata merita integrale conferma, nei sensi di cui sopra, e in conseguenza l'appello deve essere respinto.

Le spese, secondo le regole generali di cui all'art. 26 e segg. del c.p.a. seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando:

___1. respinge l'appello, come in epigrafe proposto.

___2 Condanna le società appellanti in solido al pagamento delle spese del presente giudizio che vengono liquidate in € 3,000,00 in favore della Regione Campania.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozzi, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/03/2013

IL SEGRETARIO

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