



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 9290 del 2006, proposto da:
Societa' Metrocampania Nord Est S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv.
Francesco Casertano, Gabriele Casertano, con domicilio eletto presso Emilio
Iacobelli in Roma, via Panama, 13;

contro

Amministrazione Provinciale di Benevento, rappresentato e difeso dall'avv.
Vittorio Fucci, con domicilio eletto presso Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria
N. 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 01630/2006,
resa tra le parti, concernente SOSTITUZIONE SEMIBARRIERE AI LATI DI
UN ATTRAVERSAMENTO FERROVIARIO -RIVALSA EC..

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 maggio 2010 il Cons. Nicola Russo e uditi per le parti gli avvocati F. Casertano e Cerceo, quest' ultimo su delega dell' avv. Fucci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 3 novembre 2006 (R.G. n. 9290/2006), la MetroCampania NordEst s.r.l. (già Ferrovia Alifana e Benevento-Napoli s.r.l.) ha proposto appello avverso la sentenza resa dalla Sezione I[^] del T.A.R. Campania, sede di Napoli, n. 1630 del 6 febbraio 2006, con cui è stato respinto il ricorso dalla medesima promosso ai fini del riconoscimento del diritto di rivalsa delle spese sostenute per il servizio di transennamento dei passaggi a livello Km 20+413, 37+613, 40+325 42+341 della linea ferroviaria Canello-Benevento nonché per la sostituzione delle semibarriere ivi installate con le barriere complete, intervenuti nell'anno 1996 in attuazione degli art. 44, comma 2, e 234, comma 4, del nuovo Codice della Strada e per la conseguente liquidazione degli importi erogati a tal titolo dalla società appellante, il tutto sulla base del presupposto della configurazione del rapporto giuridico in essere tra ricorrente ed Ente Provinciale in termini di *negotiorumgestio*.

La sentenza n. 1630/2006 cit. ha rigettato il ricorso alla stregua del seguente ordine di argomentazioni: «...*Al riguardo, non appare sussistente nella fattispecie un'ipotesi di negotiorum gestio, così come prospettato dal ricorrente, vertendo la questione su di un rapporto prettamente pubblicistico che in termini generali attiene alla gestione del servizio pubblico e che, nella specie, ha ad oggetto l'assolvimento di un compito inerente, appunto, alla sicurezza del servizio che la norma primaria qualifica in termini di obbligo di natura pubblicistica.*

Trattasi, quindi, non già di un'ipotesi gestoria, configurabile unicamente con riferimento ad attività negoziali, ma di una vicenda che -in tesi- concreterebbe una sostituzione nell'adempimento di tale obbligo e, come tale, sicuramente rientrante nella giurisdizione amministrativa.

Inoltre, non vi è dubbio che l'adempimento imposto dal codice della strada, ossia l'adeguamento e la messa in sicurezza dei passaggi a livello con semibarriere, è qualificabile come attività di manutenzione delle strade pubbliche in funzione della salvaguardia della loro funzionalità e quindi come servizio pubblico; la controversia, avendo ad oggetto un rapporto tra soggetti pubblici, implicante sia una valutazione di legittimità della sostituzione operata dal ricorrente, sia la fondatezza di una pretesa di natura indennitaria presenta proprio quella situazione di intreccio tra posizione di diritto ed interesse che configura una ipotesi di giurisdizione esclusiva.

Nel merito il ricorso è infondato.

Va premesso che il ricorrente non si è affatto sostituita alla resistente Amministrazione Provinciale di Benevento nell'esercizio di una competenza propria ed esclusiva di quest'ultima, ma, al contrario, ha operato nell'ambito delle proprie competenze e su beni che rientrano nella sua tipica sfera di gestione. In sostanza, di fronte ad un atteggiamento di sostanziale inerzia della provincia, la società ricorrente invece di avvalersi dei rimedi di silenzio al fine di attivare l'ente proprietario ha preferito provvedere direttamente ad un intervento che è sostitutivo solo nella sostanza, ma che in alcun modo può essere imputato all'ente territoriale >>.

Tale sentenza è impugnata dalla società MetroCampania, che ne deduce l'erroneità e l'ingiustizia e ne chiede la conseguente riforma sulla base di un unico articolato motivo di gravame e, per l'effetto, chiede di: 1) dichiarare il diritto della società appellante al rimborso delle somme, sostenute – in luogo dell'Ente proprietario della strada rimasto inoperoso – per il servizio di transennamento manuale dei passaggi a livello, nonché per la sostituzione delle semibarriere preesistenti con barriere automatiche ivi installate; 2) condannare l'Ente appellato a corrispondere le somme sostenute a tale titolo per un importo complessivo di lire 550.204.268

(pari ad euro 284.156,79), oltre interessi e rivalutazione come per legge dalla data dei pagamenti e fino all'effettivo soddisfo.

Si è costituita la Provincia di Benevento, che ha chiesto il rigetto dell'appello, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie illustrative, ribadendo il contenuto delle proprie tesi difensive ed insistendo per l'accoglimento delle conclusioni già rassegnate nei rispettivi atti.

Alla pubblica udienza dell'11 maggio 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

L'appello è infondato.

Il T.A.R. nella sentenza impugnata ha osservato come nella specie non possa in nessun modo prefigurarsi, come invece sostenuto dalla ricorrente, un'ipotesi di *negotiorumgestio*, dal momento che nella sostanza l'attività in concreto svolta dal Gestore delle Ferrovie non è stata compiuta in sostituzione della resistente Amministrazione, ma in attuazione di una competenza propria della Società di gestione delle ferrovie.

Tale statuizione del giudice di primo grado merita conferma.

A norma dell'articolo 44 del Codice della strada, infatti, la sostituzione delle semibarriere con le barriere nei passaggi a livello sprovvisti di spartitraffico, così come l'apposizione di dispositivi di luce rossa fissa volta a segnalare l'arrivo dei treni, spetta ai gestori delle ferrovie.

Tanto alla costruzione dello spartitraffico quanto all'attività di transennamento prescritta dal nuovo Codice della strada la società esercente la tratta ferroviaria in discorso ha provveduto, dunque, del tutto unilateralmente, in assenza di un atto dell'amministrazione provinciale che l'autorizzasse, appaltando a una società esterna i lavori di potenziamento dei passaggi a livello.

A tale riguardo, occorre premettere in ordine alla *vexataquaestio* della esperibilità dell'azione ex art. 2028 c.c. nei confronti della pubblica amministrazione, che, com'è noto, il problema va risolto tenendo conto della differenza fra attività di carattere pubblicistico, nello svolgimento delle quali non sono ammesse ingerenze da parte degli amministrati, ed attività di carattere privatistico, nell'espletamento delle quali la giurisprudenza tende, entro certi limiti, ad ammettere che il cittadino si possa sostituire all'amministrazione, acquisendo il diritto ad essere rimborsato delle spese sostenute.

Nel primo caso deve ritenersi carente uno dei presupposti cardine della gestione d'affari altrui, costituito dall'assenza della *prohibitiodomini*. L'attività di carattere pubblicistico, infatti, è rigidamente riservata dall'ordinamento alla P.A. e deve pertanto riconoscersi un generale divieto, per i privati, di intraprendere qualsiasi affare in tali settori.

Nel settore dell'attività di carattere privatistico della P.A., invece, non può ritenersi operante tale divieto generale e, infatti, si ritiene tendenzialmente ammissibile l'espletamento da parte di privati di attività di pertinenza dell'amministrazione. Affinché, tuttavia, sia configurabile il diritto del gestore al rimborso delle spese sostenute, così come l'obbligo della P.A. di adempiere alle obbligazioni assunte in suo nome, nonché quello di tenere indenne il privato di quelle assunte in nome proprio, è necessario che ricorrano tutti i presupposti cui il codice civile subordina l'*actio negotiorum gestorum*, vale a dire: la mancanza di una *prohibitiodomini* specificamente espressa dall'amministrazione, l'*utilitercoeptum*, ossia il riconoscimento esplicito od implicito che la gestione dell'affare sia stata utilmente iniziata e, infine, l'*absentiadomini*, ossia l'impossibilità, sia pure temporanea, del *dominus* di provvedere ai suoi affari (la quale però non può essere considerata ricorrente solamente a causa dei modi e dei tempi di deliberare e di operare della

P.A., anche se ciò può comportare ritardi e disfunzioni nello svolgimento di talune attività: cfr. Cass. Civ., 9 novembre 1993, n. 11061).

Nella specie, mancano gli estremi per poter configurare l'esperibilità dell'*actione negotiorum gestorum* nei confronti dell'amministrazione appellata.

L'assenza di un valido titolo autorizzativo è provata dalle numerose note dell'Assessorato ai lavori pubblici della Provincia di Benevento, il quale diverse volte ha fatto notare alla Gestione Ferrovie Alifane e di Benevento l'illegittimità dell'attività compiuta per assenza di un atto che l'autorizzasse (*prohibitio domini*).

Anche laddove si ammettesse l'obbligo dell'amministrazione provinciale alla costruzione dello spartitraffico, in nessun caso può poi accogliersi la tesi, perorata dall'appellante, secondo cui a fronte dell'inerzia della Amministrazione e per preminenti ragioni di sicurezza stradale, la società esercente la ferrovia sia stata costretta a sostituirsi all'amministrazione nel compiere l'attività di sua precisa competenza.

L'appellante, invero, nell'atto introduttivo del presente giudizio, nel citare gli articoli in questione quale normativa applicabile *ratione materiae* alla fattispecie che ne occupa, omette la parte in cui esso precisa che: «*le semibarriere possono essere installate solo nel caso che la carreggiata sia divisa nei due sensi di marcia da spartitraffico invalicabile di adeguata lunghezza...*».

Non può revocarsi in dubbio, allora, che la mancanza di tale spartitraffico invalicabile, che separi il doppio senso di marcia della carreggiata della strada provinciale, non consente più, secondo il dettato normativo, la permanenza delle semibarriere già in precedenza installate dal medesimo gestore della ferrovia.

L'Assessorato ai Lavori Pubblici della Provincia di Benevento, nelle note sopra richiamate, ha palesato in più occasioni la sua netta posizione contraria agli interventi di adeguamento, così come intrapreso dall'ente gestore, facendo rilevare come una particolare conformazione toponomastica della strada, caratterizzata da

carreggiata stretta e tortuosa, e la tipologia del traffico veicolare da cui è generalmente interessata, autocorriere e trasporto pesante, non consentono (ed anzi, per motivi di sicurezza e funzionalità della rete viaria, vivamente sconsigliano) la costruzione degli spartitraffico fissi.

L'appello in esame, dunque, deve essere respinto in quanto infondato, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

La particolarità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione fra le parti delle spese, competenze ed onorari del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2010 con l'intervento dei Signori:

Calogero Piscitello, Presidente

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/08/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione