

INTRODUZIONE

Con la tesi di seguito svolta ci si pone l'obiettivo di analizzare la disciplina della occupazione "*sine titulo*" di un bene privato per scopi di pubblica utilità (la c.d. "occupazione acquisitiva" di antica memoria) alla luce della novella introdotta con l'art. 42-bis del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 - Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità.

E' appena il caso di ricordare che un esperimento regolatorio della medesima fattispecie era stato tentato con la norma di cui all'art. 43 del medesimo Testo Unico Espropri (T.U.E.), ma la declaratoria di incostituzionalità a seguito della sentenza Corte Cost. n. 293/2010 provocò una lacuna che andava subito colmata.

Dunque, con la introduzione dell'art. 42-bis, si tenta di disciplinare il radicato fenomeno della c.d. "occupazione acquisitiva", ossia l'apprensione illecita ed illegittima di suoli privati, da parte della P.A., divenuta nel corso degli ultimi 30 anni circa, una pratica tanto illecita quanto estremamente diffusa.

Prima della emanazione del T.U.E. l'istituto "acquisitivo" si reggeva su nessuna norma ed era sorretto esclusivamente dalla giurisprudenza che dal 1983 aveva accordato forza di legge a tale insana procedura.

Dunque quello che appariva a tutti un metodo arrogante e prevaricatore di acquisire la proprietà privata alla mano pubblica ha agito indisturbato per vari decenni con il beneplacito della magistratura di merito e di legittimità.

Pertanto il tentativo di rimediare alla lacuna normativa insorta con la incostituzionalità dell'art. 43 del T.U.E., decretata dalla Consulta nel 2010, non riuscì comunque a riportare l'attività amministrativa in questione entro i binari della legalità.

La legale “via d’uscita” da una illegalità permanente e consolidata, fu resa impossibile dai numerosissimi interventi, sulla materia *de qua*, da parte della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo che nell’interpretazione della Convenzione Europea dei Diritti Umani ha pietrificato il principio secondo cui le occupazioni acquisitive o espropriazioni indirette o di fatto o *de facto*, che dir si voglia, entrano in aperto contrasto e quindi non sono assolutamente conciliabili con l’articolo 1 del Protocollo Addizionale 1 della C.E.D.U..

Insomma, il legislatore, più che il Giudice, non ha mai digerito l’intervento a gamba tesa della Corte di Strasburgo che, in buona sostanza, lo costringeva a dover rinunciare ai copiosi vantaggi scaturenti dalle pratiche espropriative tanto più repentine quanto illecite le quali si traducevano nell’acquisire maggior potere nei settori: **economico** (gestione di proprietà fondiaria a volte di ingente valore), **sociale** (soggezione reverenziale dei cittadini bisognosi di un alloggio, appartenenti alle fasce meno abbienti della collettività), **politico** (consensi elettorali a furor di popolo), e così via.

Più la Corte di Strasburgo sferrava i suoi colpi nei confronti delle sentenze del giudice nazionale che teneva in vita la pratica acquisitiva sulla base del principio che gli interessi pubblici dovevano, ad ogni costo, prevalere su quelli privati e più il legislatore si accaniva a soffocare un diritto costituzionalmente (e convenzionalmente) garantito come il **diritto di proprietà**.

L’occasione del presente studio è quindi principalmente quella di esaminare la riconducibilità del “diritto di proprietà” tra i Diritti Fondamentali ed Inviolabili dell’uomo e il contenuto sostanziale dello stesso.

Analizzando poi lo strumento del ristoro indennitario, che dovrebbe avere la funzione di ricomporre lo squilibrio venutosi a creare con l’esproprio fra la mano

pubblica e il soggetto privato, e che, anzicchè motivo di ricomposizione e/o riappacificazione fra le parti contrapposte, ha costituito il (vero) motivo di scontro atteso che il potere pubblico si è da sempre alimentato del potere economico, ammantandolo del c.d. “pubblico interesse“.

Pertanto l’avvento dell’art. 42-bis appare come una nuova fattispecie espropriativa che viaggia in parallelo ed in alternanza a quella rituale ed ordinaria che si conosce sin dall’800.

L’intento é dunque quello di esaminare la forma di applicazione della normativa sopraggiunta ed analizzarne i presupposti, le alternative e le soluzioni riscontrate nella giurisprudenza nonché la loro conformità alla Costituzione italiana e alla Convenzione europea così come, quest’ultima, interpretata dalla Corte di Strasburgo.

Non si può negare che l’art. 42-bis dopo un settennato della sua esistenza nel nostro ordinamento, al pari di una crisi matrimoniale con il popolo italiano, sembra mostrare qualche segno di *défaillance*, ove si consideri che comunque il segno del suo successo sarà dato dal raggiungimento di un consistente grado di deflazione (o meglio ancora di azzeramento) del contenzioso di che trattasi sia davanti alle Corti interne che, soprattutto, davanti alla Corte di Strasburgo.

CAPITOLO PRIMO

OCCUPAZIONE SANANTE NEL TESTO UNICO DELLE ESPROPRIAZIONI PER PUBBLICA UTILITA'

1. Premessa

Senza volermi cimentare in un ampio (e forse anche stimolante) excursus sul pregresso istituto della “occupazione acquisitiva o appropriativa” che dir si voglia, va detto che il suo *de profundis* è stato celebrato solo di recente con la miliare sentenza della S.C. di Cassazione n. 735 del 19 gennaio 2015¹ che nel caso di specie, è giusto ricordarlo, per capire da quanti decenni perduravano i guasti dell’istituto in parola, ha definito una vicenda legata ad una procedura espropriativa iniziata ben 62 anni fa, nel 1953.

La pronuncia in parola della S.C. oltre a porre la pietra tombale sulla “accessione invertita”, viene in risalto anche perché ha bruciato sul filo di lana, come suol dirsi in gergo sportivo, l’altro importante provvedimento costituito dalla sentenza della Consulta n. 71 del 30 aprile 2015², arrivata quindi solo tre mesi più tardi, relativa alla sorte della legittimità costituzionale dell’art. 42-bis del Testo Unico sugli Espropri per Pubblica Utilità.

E’ a tutti evidente che ambedue i *decisum* non sono di poco conto, anzi li potremmo senz’altro definire come di quelli che lasciano il segno.

¹ Cassazione, SS.UU., 19 gennaio 2015, n. 735; Estensore: Di Amato Presidente: Santacroce, (violazione art. 1 prot. add. 1 della C.E.D.U. in materia di espropriazione illegale); www.neldiritto.it;

² Corte cost. , 30 aprile 2015, n.71 www.cortecostituzionale.it;

Certamente se alla sentenza delle Sezioni Unite n. 735/15 si fosse aggiunta una eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 42-bis, l'intero apparato pubblico nazionale dedito agli espropri per p.u. sarebbe piombato nel panico non avendo alcuna possibilità di risolvere le pratiche ablativo al di fuori degli antichi principi nati con la legge n. 2359 del 1865, evidentemente mai morti, peraltro suggellati in chiave moderna (ed europea) dalla miliare pronuncia della S.C. a Sezioni Unite sopra citata, Primo Presidente: Santacroce e Relatore: Di Amato, secondo la quale va sempre e comunque censurata l'azione della mano pubblica che espropri un bene immobile ad un privato in violazione dell'art. 1 Protocollo Addizionale 1 della C.E.D.U..

La infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 42-bis del T.U.E., dichiarata da parte dei Giudici della Consulta é valsa, quanto meno a scongiurare il patema d'animo che opprimeva gli operatori del settore, in primis quelli degli Enti Locali, ma non tanto da far abbassare loro il livello di guardia.³

A contenere gli entusiasmi concorre il limite motivazionale del provvedimento acquisitivo, di cui al 42-bis, il quale viene addirittura rafforzato dalla sentenza costituzionale n. 71/2015, dovendo soffermarsi in maniera stringente e prima di ogni altra valutazione sull'assenza di ragionevoli alternative alla applicazione della norma in parola.

Gli insegnamenti della Consulta ci dicono che l'Amministrazione procedente deve fare i conti con alcune ineludibili alternative, tese a porre fine alla condotta illecita che si persegue con una stringente analisi delle seguenti preventive possibilità:

- 1) restituire le aree ablate, anche mediante il ritorno in pristino dello stato dei luoghi,

³ **Corte Cost., 30 aprile 2015, n. 71**; dichiara infondata la q.l.c. dell'art. 42 bis del decreto del Presidente della Repubblica 08/06/2001, n. 327, articolo introdotto dall'art. 34, c. 1°, del decreto legge 06/07/2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, c. 1°, della legge 15/07/2011, n. 111; www.cortecostituzionale.it;

salvo che tale pratica comporti un grave e insopportabile danno alla economia NAZIONALE;

- 2) rinuncia abdicativa da parte del soggetto espropriato che opti interamente in favore del risarcimento per equivalente monetario;
- 3) percorrere accordi transattivi con il soggetto espropriato;
- 4) usare altri strumenti acquisitivi, come ad es. l'usucapione, in presenza dei presupposti di legge e con i limiti imposti dall' Adunanza Plenaria;
- 5) possibilità di riavviare una nuova procedura espropriativa;
- 6) ultima ed extrema ratio quella della applicazione dell'art. 42-bis⁴.

Corollario indefettibile dei criteri di applicazione della novella é quello che tutta la pratica relativa all'adozione dell'art. 42-bis debba essere poi inoltrata alle competente Procura della **Corte dei Conti** (non esclusa la segnalazione alla Procura della Repubblica per eventuali condotte dolose) per l'accertamento del danno erariale da porre a carico degli amministratori, tenuto conto però che la responsabilità da occupazione illegittima non é dei funzionari e/o amministratori che la interrompono con l'acquisizione sanante, ma di chi l'ha causata.⁵

Insomma se é vero che l'art. 42-bis ha fugato il rischio di un vuoto normativo, é altrettanto vero che con la norma sopraggiunta non si possono (ancora) dormire sonni tranquilli.

⁴ **TAR Lombardia, Milano, sez. III, n. 519 del 03/03/2017**; Relatore: Valentina Santina Mameli - Presidente: Ugo Di Benedetto (*l'occupazione illegittima cessa in caso di: restituzione, abdicazione, usucapione, transazione, acquisizione*); www.giustizia-amministrativa.it;

⁵ **TAR Calabria, sez. Reggio Calabria, n. 186 del 14/03/2017**; Relatore: Donatella Testini - Presidente: Roberto Politi (*La responsabilità – di cui i funzionari rispondono innanzi alla Corte dei Conti – non é quella della emanazione del provvedimento di acquisizione (valutato con favore dal sistema, per l'adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto), ma di coloro che hanno fatto sì che si arrivasse all'occupazione del bene altrui, con la costruzione dell'opera, in assenza del valido ed efficace decreto di esproprio*); www.giustizia-amministrativa.it;

2. Art. 43 T.U.E.: Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico. L'occupazione sanante «amministrativa» e «giudiziale»

Per mero scrupolo espositivo si antepone ad ogni ragionamento che ci occuperà in questa tesi il principio cardine secondo cui: *“l'espropriazione per pubblica utilità è il provvedimento con cui l'autorità, seguendo un procedimento disciplinato dalla legge, acquisisce beni di proprietà privata per motivi di pubblico interesse, previa corresponsione di un equo indennizzo”*.⁶

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato però che il potere acquisitivo disciplinato nel testo unico è stato attribuito alla pubblica amministrazione per adeguare l'ordinamento italiano alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (C.E.D.U.), anche al fine di evitare che l'Italia potesse subire ulteriori condanne da parte della Corte di Strasburgo che avrebbero comportato un costo eccessivamente alto e quindi insopportabile per lo Stato⁷.

L'art. 43 del T.U.E. poteva a giusta ragione definirsi “sanante” in quanto disciplinando l' «Utilizzazione *sine titolo* di un bene per scopi di interesse pubblico», ha attribuito alla P.A. il potere, carente ab origine o venuto meno successivamente in via amministrativa o giudiziaria, di acquisizione di un bene immobile al suo patrimonio indisponibile, con riconoscimento al proprietario del diritto al solo risarcimento del danno, come a dire *“pagando si può avere tutto e per giunta, come si vedrà in seguito, pagando poco e male”*.

Si era così realizzata una vera e propria sanatoria di un atto illegittimo ed illecito

⁶ **M.R. BONCOMPAGNI, C. TANGARI**, in **R. Garofoli, G. Ferrari**, *Manuale di diritto amministrativo*, Bari, 2009, p. 1035.

⁷ **Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2**, ha affermato che «Nell'ambito del nostro ordinamento le idee affermate dalla Corte dei Diritti dell'Uomo hanno trovato attuazione nella disciplina alla quale si è dato vita con il D.P.R. 327/01(Tu sulle espropriazioni)»; www.giustizia-amministrativa.it;

compiuto dalla mano pubblica in danno di un privato.⁸

Conseguentemente emergeva la possibilità di procedere con due alternative: la prima era quella della c.d. acquisizione sanante **amministrativa** disciplinata dai commi 1 e 2 dell'art. 43 (la P.A. acquisiva l'immobile tramite previa valutazione degli interessi in conflitto) e la seconda quella della acquisizione sanante **giudiziale**.

L'elemento centrale dell'occupazione appropriativa era però la radicale trasformazione del suolo, tanto che la giurisprudenza arrivò a sostenere che una volta realizzata la trasformazione, l'acquisto della proprietà era automatico, mentre nella nuova fattispecie il trasferimento del diritto dominicale era invece subordinato all'adozione di un valido provvedimento amministrativo e si trattava di un provvedimento avente natura discrezionale, di tal che la P.A. adottava l'atto qualora ritenesse prevalente l'interesse pubblico alla conservazione dell'opera rispetto al contrapposto interesse privato, il tutto anche in assenza della dichiarazione di pubblica utilità o del suo venir meno per provvedimenti in via amministrativa e/o giudiziaria.

Veniva perciò a cadere definitivamente la distinzione tra occupazione appropriativa e occupazione usurpativa⁹, in quanto entrambe le fattispecie soggiacevano alla disciplina dell'art. 43.

La fattispecie da "sanare" veniva qualificata dal legislatore come fatto illecito e il ristoro spettante al proprietario rientrava nell'ambito risarcitorio con la

⁸ **Cons. di Stato, Ad. Gen., parere 29 marzo 2001, n. 4**, ha riconosciuto che con l'art. 43 «*si introduce nel sistema un istituto che consenta all'amministrazione di acquisire, mediante un titolo giuridico, l'opera pubblica in un primo tempo realizzata in assenza del valido decreto d'esproprio: l'illecito aquiliano (che si ha nel caso di occupazione senza titolo) viene meno al momento dell'emanazione dell'atto di acquisizione*»; www.giustizia-amministrativa.it;

⁹ **G. MARI**, *La Corte di Cassazione torna ad occuparsi dell'accessione invertita : breve excursus storico*, in Riv. Giur. Edilizia, 2003, I, pag. 1205.

conseguenza però che «l'illecito aquiliano (che si ha nel caso di occupazione senza titolo) viene meno al momento dell'emanazione dell'atto di acquisizione».

L'art. 43, comma 6, comunque, ancorava i criteri per la liquidazione del danno, al principio dell'integrale risarcimento con il pagamento degli interessi moratori per il periodo di occupazione senza titolo e la dottrina era giunta alla conclusione che la disposizione poteva legittimare interventi legislativi finalizzati a stabilire anche una misura inferiore del risarcimento del danno, ad esempio, manco a dirlo, per ragioni di finanza pubblica¹⁰.

Ma si rilevò che la disposizione era ben lontana dai criteri previsti dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella famosa sentenza *Scordino c. Italia (2006)*, nella quale il giusto ristoro è stato identificato prima di tutto nella “*restitutio in integrum*”, relegando invece il risarcimento del danno a strumento secondario.

Pertanto ulteriori adeguamenti legislativi si sarebbero rivelati inefficaci, come appunto è stato, perché ove si fosse eliminata la norma che consentiva di determinare il risarcimento del danno nella somma inferiore al valore integrale del bene, comunque la scelta del risarcimento come strumento di ristoro continuava ad essere in contrasto con i principi sanciti dalla sentenza Scordino, da cui invece si evince chiaramente che l'unico criterio idoneo a eliminare i pregiudizi subiti dal privato dalle occupazioni illegittime è il principio della *restitutio in integrum*.¹¹

L'aspetto giudiziale dell'applicazione dell'art. 43 verteva, invece, sulla ipotesi di una acquisizione, laddove fosse stato già impugnato un atto conclusivo di una delle fasi del procedimento espropriativo, oppure ove fosse stata esercitata

¹⁰ F. CARINGELLA, G. DE MARZO, R. DE NICTOLIS, L. MARUOTTI, *Commento all'art. 43*; in *L'espropriazione per pubblica utilità. Commento al testo unico emanato con il decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327*, Milano, 2002.

¹¹ Corte EDU, *Scordino c. Italia*, Grande Camera, 29 marzo 2006, n. 36813/97; www.echr.coe.int;

un'azione giudiziaria mirante alla restituzione del bene.

In questi casi, la P.A., utilizzatrice del bene, poteva chiedere al giudice amministrativo, qualora la domanda del ricorrente fosse fondata, di essere condannata al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene, con una domanda, sul piano processuale, della P.A., di tipo riconvenzionale¹².

Il giudice, però, doveva procedere alla comparazione degli interessi coinvolti nella controversia e stabilire quale di questi fosse meritevole di tutela: l'interesse del privato alla restituzione dell'immobile oppure l'interesse alla conservazione dell'utilizzo del bene vantato dalla mano pubblica.

Nell'ipotesi in cui il giudice, escludendo la restituzione del bene (la più frequente), avesse disposto il risarcimento del danno, accogliendo la domanda riconvenzionale dell'Ente Pubblico, il comma 4 dell'art. 43 prevedeva che la P.A. dovesse emanare l'atto di acquisizione. Pertanto l'atto di acquisizione non era la sentenza del giudice amministrativo, essendo comunque necessario che l'amministrazione adottasse un provvedimento amministrativo per l'acquisto del diritto di proprietà.

In merito poi alla possibilità per la P.A. di proporre l'istanza in sede di **ottemperanza**, la giurisprudenza si era divisa in due diversi orientamenti che propendevano, il primo per la non ammissibilità dell'istanza mentre per il secondo l'istanza era da ritenersi ammissibile quand'anche la legge sul punto non si fosse espressa¹³.

¹² **M. BORGIO, M. MORELLI**, *L'acquisizione e l'utilizzo di immobili da parte della P.A.*, Milano, 2012, p. 236.

¹³ **Cons. di Stato, sez. VI, 8 maggio 2009, n. 2860**, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, V, p. 1342;

3. La retroattività dell'acquisizione sanante

L'art. 57 del T.U.E. prevede che le disposizioni in materia di espropriazioni per p.u. «non si applicano ai progetti per i quali, alla data di entrata in vigore dello stesso decreto, sia intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità», includendo in tale previsione anche l'art. 43, non ponendo dubbi sul fatto che, con la sopra indicata disposizione, il legislatore abbia voluto circoscrivere *pro futuro* l'ambito di applicazione delle norme contenute nel testo unico¹⁴.

A maggior ragione se si considera che l'art. 57, nella sua formulazione originaria, aveva previsto l'applicazione delle norme del testo unico ai procedimenti in corso, «anche se è stato già apposto su un bene un vincolo preordinato all'esproprio, ovvero se già vi è stata la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, per le fasi procedurali non ancora concluse».

Tuttavia la norma, per quanto chiara, risultava comunque inaccessibile non avendo specificato quando una fase procedimentale potesse dirsi conclusa, dove peraltro il T.U.E. si è caratterizzato per la presenza di norme dal contenuto innovativo, tra le quali la fattispecie disciplinata nell'art. 43 è sicuramente quella più significativa, in quanto disposizione inedita e singolare per l'ordinamento giuridico.

Per queste ragioni, l'art. 57 venne modificato con l'art. 1, D. Lgs. 27 dicembre 2002, n. 302, disponendo che le norme del testo unico non potessero essere applicate ai procedimenti per i quali alla data della sua entrata in vigore, ossia il 30 giugno 2003, fosse già intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità.

Data la novità normativa, e nonostante la chiara lettera della norma, si è posto il

¹⁴ **R. CONTI**, *L'occupazione acquisitiva*. Tutela della proprietà e diritti umani, Milano, 2006, p. 619.

problema della applicabilità retroattiva dell'art. 43 ai procedimenti per i quali la dichiarazione di pubblica utilità era intervenuta alla data dell'entrata in vigore del testo unico.

Sul punto la giurisprudenza era nettamente divisa, la teoria della irretroattività della disposizione è stata sostenuta dalla giurisprudenza della S.C. , sulla base del combinato disposto dell'art. 57 e l'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, che prevede il principio della interpretazione letterale della legge.

La giurisprudenza della Cassazione ha pertanto dedotto che il dato temporale previsto nell'art. 57 fosse l'unico criterio utilizzabile per circoscrivere l'ambito di applicazione del testo unico e che, qualora alla data del 30 giugno 2003 fosse già intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità, i relativi procedimenti non erano soggetti alla disciplina del testo unico, compreso l'art. 43.¹⁵

A questa teoria si è contrapposta quella sostenuta dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, la quale ha ammesso l'applicazione retroattiva della disposizione, sostenendo la non applicabilità dell'art. 57 all'art. 43, poggiando sul fatto che necessitava individuare una regola che trovasse applicazione anche per le fattispecie pregresse, le quali altrimenti sarebbero rimaste prive di disciplina giuridica, considerando che ormai la regola dell'occupazione appropriativa non era più percorribile¹⁶.

¹⁵ **Cass. Sez. Un.** 30 maggio 2005, **nn. 11336 e 11338**; **Cass.**, sez. I, 15 settembre 2005, **n.18239**, in *Corr. Giur.* , 2006, II, p. 809; **Cass.**, sez. I, 8 maggio 2004, **n. 8777**, in *Sett. Giur.*, 2004, p. 1488; **Cass. Sez. Un.**, 19 dicembre 2007, **n. 26732**, in *Nuova giur. civ.*, 2008, p. 861;

¹⁶ **Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2**, che statuiva :<<Nella presente fattispecie si tratta, infatti, non già di stabilire qual'è la normativa che disciplina una procedura espropriativa in itinere (la vicenda presa in considerazione dall'articolo 57 legge 127/01 nel nuovo testo di cui all'articolo 5 della legge 166/02) ma solo di decidere - dopo l'annullamento passato in giudicato dalla precedente procedura (tutta svoltasi sotto l'impero della precedente disciplina) - quale sorte vada riservata ad una res "modificata", come nella specie, dalla amministrazione, restata senza titolo nelle mani di quest'ultima dopo l'annullamento degli atti della procedura espropriativa. Non

Va da sé però che nel cercare di risolvere il dubbio amletico, ossia quale norma applicare alle occupazioni illegittime antecedenti al 2003, si sono succedute una serie di pronunce altalenanti e contrapposte, che anziché elidere il problema lo hanno amplificato in modo tale da rendere la norma ancor più inaccessibile, incomprensibile, imprevedibile nei suoi effetti e dunque ancor più incapace di sanare il contrasto con la C.E.D.U. sull'occupazione appropriativa¹⁷.

Il giudice amministrativo con l' Adunanza Plenaria n. 2/2005¹⁸ parve suscitare qualche entusiasmo laddove sanciva che *“nell'ambito del nostro ordinamento le idee affermate dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo hanno trovato attuazione nella disciplina alla quale si è dato vita con il d.p.r. 327 del 2001”*, ma ben presto sia la dottrina che la giurisprudenza manifestarono seri dubbi sulla compatibilità dell'occupazione sanante, non tanto e non solo, con la Costituzione quanto in particolare con la C.E.D.U..

Rispetto ai primi giudizi positivi emersi in giurisprudenza, la dottrina pressochè unanime aveva rilevato le anomalie di un istituto che continuava a privilegiare la posizione della pubblica amministrazione.

Infatti, sebbene si riconosceva al legislatore il merito di aver introdotto una disciplina normativa delle occupazioni illegali della pubblica amministrazione, la norma però delineava un meccanismo finalizzato ad adeguare una situazione di diritto ad una di fatto, in modo da legittimare i **comportamenti illeciti** della P.A.. Era palese la violazione degli artt. 42, 97 e 113 Cost., con particolare riferimento alla possibilità, riconosciuta nell'art. 43, che l'atto di acquisizione venisse adottato

trattandosi di vicenda riconducibile sotto la norma transitoria avanti ricordata è evidente che non può non trovare applicazione nella specie la disposizione dell'art. 43>>; www.giustizia-amministrativa.it;

¹⁷ S. SALVAGO, *Declaratoria di incostituzionalità per la c.d. acquisizione coattiva sanante*, in Giust. civ., 2011, II, p. 305.

¹⁸ Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2; www.giustizia-amministrativa.it;

in assenza di una dichiarazione di pubblica utilità dell'opera o di un decreto di esproprio o peggio ancora in presenza della caducazione dell'atto da cui discendeva il vincolo espropriativo e/o dichiarativo della pubblica utilità, con ciò eliminando ogni collegamento tra l'interesse pubblico e l'utilizzazione pubblica del bene¹⁹.

Senza contare la violazione del principio del giusto procedimento e del principio di effettività della tutela giurisdizionale, rendendo censurabili entrambe le ipotesi disciplinate dall'art. 43 che veniva adottato prescindendo dalla disciplina del procedimento espropriativo.

Sul versante processuale, secondo la dottrina, la disciplina dell'occupazione sanante violava le regole del giusto processo: la critica investiva entrambe le ipotesi, amministrativa e giudiziale, disciplinate dall'art. 43, insomma un colabrodo giuridico²⁰.

E' appena il caso di segnalare la contestuale e più pesante incompatibilità dell'art. 43 con la C.E.D.U., in violazione del principio di legalità sostanziale, in quanto, nonostante il provvedimento "sanante" fosse il risultato di una disciplina normativa, essa difettava dei noti criteri di **comprensibilità, accessibilità e prevedibilità**.

Si ricorda che tali principi, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, attengono ai criteri della qualità della legge, che, assieme al principio di riserva di legge,

¹⁹ C. VARRONE, *Occupazione acquisitiva o accessione invertita: analisi critica e sviluppi normativi*, in Giorn. dir. amm., 2001, p. 518; S. BENINI, *L'occupazione appropriativa è proprio da epurare?*, in Foro It., 2002, I, p. 2591; F. CARINGELLA, M. DE PALMA, *Potere espropriativo e proprietà privata*, Milano, 2005, p. 310.

²⁰ F. GOGGIAMANI, *Le vie di difesa del proprietario di un bene illegittimamente occupato al vaglio del principio di effettività della tutela*, Foro Amm. TAR, 2010, I, p. 2340.

sanciscono il principio della «preminenza del diritto»²¹, non di assolutezza della legge (*dura lex sed lex*), ma della “*prééminence du droit*” così come spiegato in maniera coinvolgente da Vitaliano Esposito già Coagente del Governo Italiano a Strasburgo nonché Procuratore Generale della Cassazione, durante il Corso organizzato dall’Avv. Anton Giulio Lana, Presidente dell’Unione Forense per la Tutela dei Diritti Umani, presso la Sala Seminari della Cassa Nazionale Forense in Roma, il giorno 8 aprile 2016.

L’art. 43 non soddisfaceva tutti i requisiti previsti dall’art. 1, Prot. 1 della C.E.D.U. per la tutela del diritto di proprietà e per questo motivo si poneva in contrasto con la *prééminence du droit*, che la Corte EDU ribadirà nelle sue numerose sentenze²², precisando che alla pubblica amministrazione non è consentito trarre vantaggio da una situazione di fatto illegale (*Ex iniuria jus non oritur*).

Nell’occasione l’esposizione del Procuratore V. Esposito, sul tema della “*Preminenza del diritto nella genesi della C.E.D.U.*”, lasciò l’uditorio senza fiato, compreso chi scrive, quando esordì dicendo: <<*Non c’è nessuna questione che vi troverete ad affrontare nella vostra vita professionale che non debba essere risolta secondo i criteri della Corte di Strasburgo... il giudice dovrebbe vegliare affinché la propria attività non si risolva nella violazione del diritto fondamentale che nel caso di specie viene in discussione... Tutta questa vicenda ha segnato per me il fallimento di tutta la mia vita, cioè tutte quelle cose che io avevo cominciato a dire nel 1981 e che le Sezioni Unite della S.C. di Cassazione fino al 2007 avevano sostenuto, improvvisamente è scomparso tutto, è scomparso tutto... alzi la mano chi di voi nel corso universitario abbia sentito parlare di “preminenza*

²¹ **V. ESPOSITO**, in “I diritti dell’Uomo”, organo dell’Unione Forense per la tutela dei diritti umani, dir. Anton Giulio LANA; Torre del Greco (Na), 2016; video web.

²² **Corte EDU: De Sciscio** c. Italia, 20 aprile 2006; **Chirò** c. Italia, 11 ottobre 2005; **Fiore** c. Italia, 13 ottobre 2005; **Scordino** c. Italia, 29 marzo 2006; **Sciarrotta** e altri c. Italia, 12 gennaio 2006; www.echr.coe.int;

del diritto”, che nulla ha che vedere con i concetti di “primato del diritto” oppure di “stato di diritto” a cui ci hanno abituati ... e la differenza l’ho appresa quando nel 1974 a Strasburgo, nei corridoi della Maison d’Europe, incontrai il giovane greffier Michele De Salvia il quale mi disse: ma in Italia si sono resi conto delle conseguenze che comporta il fatto di avere accettato la clausola del ricorso individuale e della giurisdizione obbligatoria della Corte? si sono resi conto delle conseguenze? >> .

4. Il faro della C.E.D.U. e la declaratoria di incostituzionalità dell’art. 43

T.U.E.

Negli anni, poco più di sette, in cui l'art. 43 T.u.e. ha operato, ha avuto una notevole applicazione, perché il suo raggio d’azione è stato ampliato rispetto a quello riconosciuto all’accessione invertita, andando così a produrre i suoi effetti anche nelle ipotesi di *occupazione sine titulo* e comunque a tutte quelle espropriazioni illegali poste in essere prima della entrata in vigore del T.U.E., di modo che l’istituto è assunto ben presto a sistema alternativo (e costante) all'ordinario procedimento espropriativo.

E’ vero che la giurisprudenza amministrativa ne aveva ribadito la natura eccezionale²³, ma nella sostanza esso si è rivelato indispensabile per la P.A. che, infischandosene della integrale procedura (lunga e impervia) richiesta per un valido procedimento espropriativo, invece, si impossessava del suolo, vi costruiva

²³ **Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2**, ha affermato che l'istituto «*ha natura eccezionale e non può risolversi in una mera alternativa alla procedura ordinaria*»; www.giustizia-amministrativa.it;

l'opera pubblica e “magicamente”, solo per questa ragione, ne diventava il “legittimo” proprietario.

Iniziò così un insano dialogo fra governo centrale e amministrazioni periferiche, alle quali il legislatore offriva così una “legale via di uscita”, che serviva in realtà a legalizzare l'illegale e assicurare la supremazia del potere pubblico sul cittadino privato, sempre e comunque²⁴.

Sorsero dubbi fra gli operatori della giustizia su questo modo di procedere, ne è un esempio fra i tanti, quando il Giudice Amministrativo della Campania ha messo in dubbio la legittimità nel procedimento acquisitivo, giudicandolo uno strumento idoneo ad eludere la disciplina formale del procedimento di esproprio²⁵.

Il T.A.R./Napoli evidenziò come la disciplina dell'occupazione sanante, aveva «natura eccezionale», concepita come un istituto di *extrema ratio* finalizzato a porre rimedio ai casi concreti in cui la pubblica amministrazione occupa un bene immobile senza rispettare la disciplina del procedimento espropriativo, rilevando come in pratica essa era divenuta strumento ordinario per “legalizzare l'illegale”.

Emergeva quindi il contrasto dell'art. 43 con gli artt. 42 e 97 Cost., nella misura in cui veniva utilizzato come strumento ordinario e, per l'effetto, permetteva alla P.A. di sottrarsi al rispetto della disciplina in materia di espropriazione.

Il TAR Campania ha evidenziato inoltre il contrasto della norma con l'art. 1, primo Prot., C.E.D.U., con conseguente violazione dell'art. 117 Cost., e con gli artt. 24 e 113 Cost., stante la possibilità per la P.A. di adottare l'atto di acquisizione anche in presenza di giudicato.

Veniva infine ravvisato nella disciplina dell'art. 43 il vizio dell' “**eccesso di**

²⁴ S. SALVAGO, Declaratoria di incostituzionalità, cit., p. 305.

²⁵ TAR Campania, Napoli, sez. V, ordinanza, 28 ottobre 2008, n. 730 e ordinanza, 18 novembre 2008, n. 731; www.giustizia-amministrativa.it;

delega”, perché il testo unico avrebbe dovuto realizzare esclusivamente un mero coordinamento delle norme vigenti in materia di espropriazione.

Ebbene, la Consulta ha dichiarato incostituzionale la norma proprio per violazione dell'art. 76 Cost., in quanto *«la norma in esame non solo è marcatamente innovativa rispetto al contesto normativo positivo di cui si era consentito un mero riordino, ma neppure coerente con quegli orientamenti di giurisprudenza che, in via interpretativa, erano riusciti a porre un certo rimedio ad alcune patologie emerse nel corso dei procedimenti espropriativi»*²⁶.

La Consulta, esaminato l'art. 43, è giunta alla conclusione che l'istituto presenti «numerosi elementi di novità» rispetto alla normativa vigente in materia di espropriazione, e perfino rispetto agli istituti di natura giurisprudenziale, per questo motivo ha rilevato la violazione dell'art. 76 Cost.; poiché il problema della corretta funzione legislativa è pregiudiziale rispetto alle altre censure eccepite dal TAR Campania, questo ha assorbito in sé le altre questioni di merito relative alla conformità dell'art. 43 alla Costituzione.

Infatti, nella consapevolezza che la declaratoria di incostituzionalità avrebbe lasciato un vuoto normativo di non scarsa importanza, le valutazioni della Corte sono parse dei veri e propri moniti rivolti soprattutto al legislatore²⁷.

La Corte, infine, ha rilevato come l'art. 43 conferiva alla P.A. il potere generalizzato di sanare i propri illeciti e ha manifestato i suoi dubbi sulla idoneità della norma a rispettare i principi sanciti dall'art. 1, primo Prot. Add. della C.E.D.U.; non stupisce, quindi, che queste perplessità abbiano indotto la Corte a sostenere che la scelta del legislatore di disciplinare l'istituto dell'occupazione

²⁶ **Corte Cost., 8 ottobre 2010, n. 293**, in Corriere giur., 2010, XI, p. 1556; in Giur. cost., 2010, V, p. 3797;

²⁷ **F. PATRONI GRIFFI**, *Prime impressioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 293 del 2010 in tema di espropriazione indiretta*, in www.federalismi.it.

sanante costituisca «*soltanto una delle molteplici soluzioni possibili*».

5. Art. 42-bis T.U.E.: una nuova modalità di esproprio (non sanante)

La sentenza n. 293 del 2010 della Consulta espungendo dal mondo giuridico l'art. 43 del T.U.E. aveva creato una lacuna che andava colmata e questo avvenne, nell'arco di circa nove mesi, tramite l'introduzione dell'art. 42-bis T.U.E.²⁸

Venne subito in luce una questione: che sorte avrebbero avuto gli atti di “acquisizione sanante” adottati in vigenza dell'art. 43?

La giurisprudenza in genere ha sostenuto la tesi della **nullità**, stante l'eliminazione della disposizione attributiva del potere sanante, pertanto il relativo provvedimento deve considerarsi inefficace e inesistente, *tamquam non esset*.

Invece, in merito al privato, pregiudicato dalle occupazioni illegittime della P.A., le soluzioni previste erano in gran parte finalizzate a tutelare ancora una volta la mano pubblica, atteso che restava del tutto preclusa la strada di un eventuale ritorno alla pratica appropriativa e/o usurpativa, in quanto assolutamente incompatibili con la C.E.D.U..

Una originale soluzione fu tentata dalla sentenza T.A.R. Puglia/Lecce del 24 novembre 2010 n. 2683, che ritenne praticabile l'istituto civilistico della “**specificazione**”, ex art. 940 cod. civ., il quale consente al soggetto che ha utilizzato beni mobili altrui, per formare una cosa nuova, di mantenerne la proprietà, previo pagamento del prezzo della materia al proprietario, salvo che il prezzo della materia superi quello della cosa. Ma siccome tale disciplina trova applicazione esclusivamente con riferimento alle cose mobili, venne subito

²⁸ **M. MORELLI**, *Il vuoto normativo lasciato dall'abrogazione dell'art. 43 D.p.r. n. 327/01: l'analisi della situazione in atto impone un immediato intervento legislativo*, in Lexitalia.it.

criticata²⁹.

Secondo altri invece, nel caso di specie, al privato spetta la restituzione del fondo e il risarcimento del danno per il periodo relativo all'occupazione³⁰.

Per farla breve, possiamo dire che prima del nuovo intervento legislativo la strada maggiormente percorsa dalla giurisprudenza era quella che consentiva al privato, ingiustamente espropriato, di richiedere la restituzione del bene, anche mediante la rimessione in pristino stato, ma apparve subito la estrema gravosità ed antieconomicità di questa regola per la Pubblica Amministrazione.

Ne derivò l'orientamento che, sempre in ossequio alle norme civilistiche, la restituzione può essere negata quando risulti eccessivamente onerosa ai sensi dell'art. 2058 cod. civ., oppure quando dalla distruzione della opera pubblica realizzata possano derivare pregiudizi per l'economia NAZIONALE, ai sensi dell'art. 2933 cod. civ..

Si segnala peraltro una pronuncia del T.A.R. Salerno³¹ dove il giudice amministrativo ha esaminato il caso di un proprietario che, avendo subito una radicale trasformazione del proprio fondo per mano pubblica, ha fatto ricorso solo per ottenere il risarcimento del danno, senza richiedere la *restitutio*.

Nel caso di specie i giudici salernitani hanno negato che la richiesta limitata al solo risarcimento equivalesse ad una rinuncia tacita del diritto di proprietà da parte del privato, ciò sul presupposto che l'effetto traslativo può prodursi esclusivamente previo consenso esplicito del proprietario, come confermato dai giudici di Palazzo Spada³².

²⁹ **G. IANNI**, *L'incostituzionalità dell'art. 42 bis DPR n. 327 del 2001 e i rimedi della giurisprudenza di merito: è possibile il ricorso all'istituto della specificazione?*, nota a sentenza TAR Puglia, Lecce, 24 novembre 2010, n. 2683., in *Giur. merito*, 2011, p. 2272.

³⁰ **TAR Campania**, Napoli, sez.V, 11/02/2011, n. 866; www.giustizia-amministrativa.it;

³¹ **TAR Campania**, Salerno, sez. II, 14 /01/2011, n. 43; www.giustizia-amministrativa.it;

³² **Cons. di Stato**, sez. III, 28 gennaio 2011, n. 676; www.giustizia-amministrativa.it;

Dunque dopo alcuni mesi dalla sentenza della Corte costituzionale, è stato introdotto (con l'art. 34 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98 - Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria - convertito in legge 15 luglio 2011, n. 111) l'art. 42-bis nel T.U.E., rubricato quale «*Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*», che consente alla pubblica amministrazione che abbia utilizzato un immobile per scopi di interesse pubblico, in assenza di un titolo legittimo, di acquisirlo al proprio patrimonio indisponibile, con effetto non retroattivo e previo pagamento di un indennizzo al privato abitato.

Così letta, la disposizione sembra riproporre l'istituto dell'occupazione sanante disciplinato dall'art. 43, che nonostante alcune rilevanti novità di cui si parlerà successivamente, dimostra chiaramente come il legislatore non voglia rinunciare ad uno strumento che consente alla pubblica amministrazione di disporre il trasferimento coattivo di un bene a prescindere dalla legittimità dell'originario procedimento espropriativo.

Giova qui ricordare che l'art. 42-bis, pur mantenendo lo stesso titolo dell'art. 43, presenta rispetto ad esso diversi aspetti di novità, che hanno risolto alcuni dei problemi presenti in precedenza, infatti, la nuova disposizione individua una sola modalità per consentire alla P.A. di acquisire al suo “**patrimonio indisponibile**” diritti reali avendo espunto dall'ordinamento giuridico l'“occupazione giudiziale” disciplinata nei commi 3 e 4 dell'abrogato art. 43.

Altro aspetto di rilievo è la **non retroattività** della disposizione e la previsione di un indennizzo in favore del privato per il danno subito dall'occupazione della pubblica amministrazione, in luogo del risarcimento del danno; per il resto, l'art. 42-bis ripropone il contenuto del precedente art. 43 ed in particolare conserva la natura discrezionale e può essere disposto anche nell'ipotesi di occupazione

usurpativa.

Prima facie, non avendo il legislatore apportato cambiamenti sostanziali si potrebbe affermare che i dubbi sorti in relazione alla sopravvenuta norma dell'art. 43 non siano affatto sopiti.

6. Presupposti per l'adozione dell'art. 42-bis

Ai sensi del primo comma dell'art. 42-bis, la competenza ad adottare l'atto di acquisizione appartiene all' "autorità che utilizza il bene immobile per scopi di pubblica utilità", in maniera identica all'art. 43.

Partendo dalla tesi che il nuovo provvedimento di acquisizione sia espressione di un nuovo potere ablatorio della P.A., alternativo a quello esercitabile nell'ordinario procedimento espropriativo, secondo il combinato disposto dell'art. 3 del T.U.E., comma 1, lett. b) e l'art. 42 D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL), l'organo dell'amministrazione comunale deputato ad assumere le determinazioni aventi ad oggetto la traslazione della proprietà è senz'altro il **consiglio comunale**.

La giurisprudenza amministrativa aveva attribuito la competenza per l'adozione dell'atto di acquisizione sanante al consiglio comunale, in quanto si riteneva che esso fosse il risultato di una complessa valutazione, politica e tecnica, e per questo era necessario che la relativa decisione fosse presa da un organo collegiale elettivo, ma siccome l'art. 42-bis è visto come un'alternativa all'ordinario procedimento di espropriazione, si deve ritenere che il nuovo atto di acquisizione assuma natura tecnico-gestionale simile a quella di un decreto di espropriazione, pertanto la competenza alla sua adozione cadrebbe in capo al dirigente *ratione materiae*³³,

³³ **TAR Campania**, Salerno, sez. II, 9 agosto 2011, n. 1472; www.giustizia-amministrativa.it;

anche se la giurisprudenza non é univoca, e, pertanto, sarebbe preferibile far precedere il provvedimento dirigenziale da una deliberazione dell'organo consiliare³⁴.

I presupposti dell'atto di acquisizione sono:

A) La modifica del bene.

Come nel precedente art. 43, con l'art. 42-bis si dispone che l'atto di acquisizione si riferisca ad un immobile che abbia subito una “**modifica**” da parte della mano pubblica.

Vi é quindi un certo distacco dalla regola che governava l'occupazione appropriativa, la cui operatività era condizionata invece dalla esistenza di una “**radicale trasformazione**” del terreno in oggetto.

Il termine “modifica” si presenta troppo generico per consentire all'interprete di circoscriverne il significato, anche se esso evoca un cambiamento o una variazione, ma non potrebbe essere inteso come qualsiasi variazione perché si amplierebbe in modo eccessivo la portata applicativa dell'art. 42-bis, andando contro la sua stessa funzione.

Anche al fine di rispettare la natura eccezionale della disposizione la giurisprudenza ha cercato di fornire un'interpretazione del requisito della «modifica» coerente con le peculiarità della fattispecie in esame riconoscendole un suo significato, autonomo e indipendente, rispetto alla nozione di “**irreversibile trasformazione**” del suolo e da qui la non equivalenza tra le due nozioni³⁵, con la specifica che vi è modifica solo se «è in atto un rapporto di carattere materiale tra l'amministrazione ed il bene immobile di cui si tratta»³⁶.

³⁴ M. BORGIO, M. MORELLI, *L'acquisizione e l'utilizzo di immobili*, Milano, 2012, p. 295.

³⁵ Cons. di Stato, sez.V, 24 gennaio 2007, n. 250, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 1, p. 134;

³⁶ TAR Calabria, sez. Reggio Calabria, 22 febbraio 2006, n. 322, con nota di R. CONTI,

Ma non bastava a specificare, perchè il legame materiale col bene si realizza sia nell'ipotesi di mera **apprensione fisica** sia nell'ipotesi di **alterazione**, ove la seconda presuppone sempre la prima; pertanto la giurisprudenza ha interpretato il concetto di modifica collegandolo anche a quello di “**utilizzo**”, ed ha concluso che la “modifica” ai fini dell'acquisizione implica sempre il compimento di lavori modificativi dello stato originario dei luoghi³⁷.

Pertanto ai fini ex art 42-bis, lo stato dei lavori e, quindi, l'entità della modifica di che grado deve essere?

La giurisprudenza dopo aver proposto varie soluzioni, ritiene che questa deve essere tale da giustificare un provvedimento di acquisizione alla luce della ratio della norma in esame. L'entità della modifica è infatti un requisito di fatto che rileva sul grado e sulla profondità della motivazione idonea a giustificare l'esercizio del potere discrezionale³⁸, ad esempio, si deve valutare se il bene immobile utilizzato dalla pubblica amministrazione, nonostante lo stato dei lavori, abbia assunto una inequivocabile nuova destinazione idonea a soddisfare i bisogni della collettività.

Insomma siamo di fronte ad un equilibrio instabile fra cripticità e contraddizioni della norma tanto da lasciare il povero cittadino sempre più privo di tutela accessibile, comprensibile e prevedibile.

B) L'assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità.

L'art. 42-bis prevede che l'atto di acquisizione può essere emanato anche “in

Atto di acquisizione sanante: legittimazione attiva, avvio del procedimento e presupposti per l'adozione, in Giur. merito, 2006, I, p. 1266;

³⁷ **TAR Toscana**, Firenze, sez. I, 12 maggio 2009, n. 817; www.giustizia-amministrativa.it;

³⁸ **Cons. di Stato**, sez. IV, 17 febbraio 2009, n. 915; www.giustizia-amministrativa.it;

assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità” (comma 1), nonché “quando sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio” (comma 2).

Però analizzando il rapporto esistente tra la **pianificazione urbanistica** e **procedimento espropriativo**, emerge che detto legame è definito nell'art. 9, T.U.E., il quale recita: *“un bene è sottoposto a vincolo preordinato all'esproprio quando diventa efficace l'atto di approvazione del piano urbanistico generale, ovvero una sua variante, che prevede la realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità” (comma 1), e che “il vincolo preordinato all'esproprio ha la durata di cinque anni. Entro tale data deve essere emanato il provvedimento che comporta la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera” (comma 2).*

Ne deriva che il procedimento espropriativo è strumentale anche alla realizzazione del piano regolatore generale, ponendosi come il mezzo ordinario per dare attuazione agli strumenti urbanistici e, quindi, per garantire la conformazione della attività edilizia pubblica alla pianificazione urbanistica³⁹.

L'individuazione e/o perimetrazione delle aree imprime alle stesse un vincolo di destinazione, capace di comprimere lo *ius aedificandi* relativo al bene, benché questo permanga nella disponibilità del proprietario finché non si conclude il procedimento espropriativo, marchiando così quel perimetro, come fa l'animale nella foresta, per soddisfare i futuri interessi pubblici.

In sintesi la **dichiarazione di pubblica utilità** si pone come il necessario intermezzo tra la pianificazione urbanistica e il decreto di esproprio nell'ambito però di uno strumento urbanistico generale pienamente vigente, valido ed efficace.

³⁹ F. CARINGELLA, S. MAZZAMUTO, G. MORBIDELLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, p. 807.

Nel sistema del testo unico, la dichiarazione di pubblica utilità può essere disposta esclusivamente per realizzare gli interventi previsti dal piano urbanistico, in una sua variante, oppure da atti diversi dai piani urbanistici generali; ai sensi dell'art. 10 T.U.E., infatti, l'art. 12 T.U.E., nell'elencare gli atti che comportano la dichiarazione di pubblica utilità, contempla esclusivamente gli strumenti attuativi del piano urbanistico generale.

Ma la dichiarazione di pubblica utilità, purtroppo, ha perso, in parte, di rilevanza, giacché la sua funzione è stata di fatto sostituita da quella dell'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio.

Perciò, si può affermare che il legame esistente tra programmazione/pianificazione urbanistica e procedimento espropriativo è cogente.

Ma se l'espropriazione così intesa è compatibile con la funzione sociale della proprietà sancita nell'art. 42 Cost., emerge che la previsione contenuta nell'art. 42-bis T.U.E. rischia di ledere il diritto di proprietà costituzionalmente tutelato.

L'art. 42-bis, infatti, consente alla pubblica autorità di acquisire un bene immobile, da essa utilizzato e modificato, senza rispettare il procedimento di espropriazione con la possibilità di adottare un atto di acquisizione quando manchi o sia stata annullata la dichiarazione della pubblica utilità, nonché quando sia stato annullato il vincolo preordinato all'esproprio, rendendo tutt'altro che improbabile il rischio che si realizzino opere con denaro pubblico del tutto prive di alcun collegamento con la utilità pubblica.

C) L'utilizzazione per scopi di interesse pubblico.

Il riferimento normativo agli "*scopi di interesse pubblico*" non ci è, oltretutto, molto di aiuto, giacché, alla luce del fatto che la norma consente di prescindere

dal vincolo preordinato all'esproprio e dalla dichiarazione della pubblica utilità, esso si presenta come un riferimento eccessivamente vago e indefinito.

La scelta del legislatore di non condizionare l'atto di acquisizione all'esistenza di «*scopi di pubblica utilità*» è dovuta alla evenienza che la fattispecie si caratterizza per la patologia del procedimento e, per questo, deve essere distinta dall'ordinario procedimento espropriativo.

Ciò nonostante, ritenere che detti interessi siano rilevabili anche in assenza della dichiarazione di pubblica utilità e del vincolo preordinato all'esproprio risulta difficile, perché detti atti sono **fondamentali** per spiegare l'effettiva necessità dell'opera pubblica, requisito che non può essere inteso come un presupposto astratto, essendo necessario che esso esprima le concrete ragioni che giustificano l'acquisizione del bene da parte dell'amministrazione e, quindi, il sacrificio imposto al privato.

L'atto di acquisizione, infatti, al pari del decreto di esproprio, incide su un diritto costituzionalmente tutelato che può essere sacrificato solo per soddisfare effettive ragioni di interesse pubblico, per questo motivo la dichiarazione di pubblica utilità e il vincolo preordinato all'esproprio sono tanto importanti in quanto strettamente collegati all'attività di pianificazione del territorio della P.A e quindi alle esigenze di interesse pubblico della collettività.

D) La valutazione degli interessi in conflitto.

Il nuovo art. 42-bis lega inoltre l'emanazione del provvedimento alla “**valutazione degli interessi in conflitto**”, confermando la natura discrezionale della decisione amministrativa.

Affinchè tale “valutazione” sia **stringente**, come vuole il legislatore, e non

rimanga una vacua dichiarazione lasciata alla discrezionalità pura e semplice della P.A., quest'ultima dovrà, in via principale, individuare l'interesse privato contrapposto e procedere ad una comparazione con l'interesse pubblico, non limitandosi ad un raffronto esclusivo di utilità, né ad una mera formalità destinata a concludersi sempre in favore dell'autorità, come di fatto è poi avvenuto stante la mancanza di un contraddittorio serio fra le parti contrapposte⁴⁰.

Cioè nella comparazione tra l'interesse pubblico e l'interesse privato devono chiaramente prevalere le ragioni di interesse pubblico idonee a giustificare un provvedimento adottato comunque nelle condizioni previste dalla legge.

Ossia deve essere evidente ed incontestabile il fatto che, nonostante vi sia stato un cattivo uso del potere pubblico nell'attuare il procedimento espropriativo, le esigenze di tutela dell'interesse pubblico comunque prevalgono sull'interesse astratto alla tutela del diritto della proprietà privata.

Dunque, la pubblica amministrazione, dopo aver individuato i termini della comparazione, e quindi gli interessi contrapposti, deve prima di tutto vagliare le **possibili alternative** per perseguire l'interesse pubblico, preferendo quella che comporti il minor sacrificio per il privato⁴¹; solo qualora non sia possibile perseguire altrimenti detto interesse, l'amministrazione può ricorrere al potere acquisitivo⁴².

A questo punto emergono due importanti considerazioni:

- 1) l'irrilevanza della eventuale radicale trasformazione del suolo;
- 2) l'importanza della motivazione.

La trasformazione del suolo, quindi, come già detto, non ha più alcun rilievo al

⁴⁰ **G. CARLOTTI**, *La breve parabola dell'art. 43 del testo unico delle espropriazioni: quale futuro per l'acquisizione sanante?*, in *Giur. it.*, 2011, n. 4, UTET, p. 939.

⁴¹ **TAR Molise**, Campobasso, 6 maggio 2014, n. 293; www.giustizia-amministrativa.it;

⁴² **Cons. di Stato, Ad. Pl.**, parere 29 marzo 2001, n. 4; **Cons. di Stato**, sez. IV, 16 maggio 2013, n. 2679; www.giustizia-amministrativa.it;

fine dell'acquisto del diritto dominicale, perché nel nuovo assetto normativo, tale diritto è la conseguenza di una decisione amministrativa finalizzata alla tutela dell'interesse pubblico, che non corrisponde alla necessità di preservare fisicamente un'opera pubblica ma piuttosto alla necessità di mantenere l'utilizzazione dell'opera stessa.

Per questa ragione, nell'atto di acquisizione devono essere indicate le «*circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area e se possibile la data dalla quale essa ha avuto inizio; specificamente motivato in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico; devono essere, inoltre, indicati i motivi che ne giustificano l'emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione*» (art. 42-bis, comma 4).

All'amministrazione si chiede di motivare la sua scelta facendo riferimento a **fatti concreti**, ad esempio, dando prova di aver intrapreso le **possibilità alternative e spiegando le ragioni per cui esse non sono andate a buon fine**; da ciò si evince come la valutazione a cui è chiamata la P.A. in sede di procedimento di acquisizione non può ridursi ad una decisione di mera opportunità⁴³, né tantomeno il requisito della motivazione è soddisfatto dal mero richiamo del dato normativo.

Tante belle parole che nella pratica trovano difficile riscontro.

Va da sé che possa avverarsi, nel contesto dei casi sopra esaminati, anche esempi eccezionali, non del tutto rari, costituiti da aree apprese alla mano pubblica anch'esse illegalmente, ad es. in regime di acquisizione usurpativa (pura o spuria che dir si voglia) senza che queste però abbiano mai subito alcuna, seppur minima,

⁴³ **M. NUNZIATA**, *Recenti sviluppi in materia di espropriazione per pubblica utilità alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 293 del 2010 e del nuovo art. 42 bis del T.U.E.*, in Foro amm. TAR, 2011, 10, p. 3315 ss.

irreversibile trasformazione o siano mai state utilizzate, anche in presenza di dichiarazione di pubblica utilità legittima ma poi caducata in via giurisdizionale e/o per decorrenza del termine diciottennale di validità; ne discende che, dato il lungo lasso di tempo in cui tali suoli sono rimasti nella proprietà della P.A. senza utilizzo e senza alcuna ragione di pubblico interesse, ci troveremmo di fatto di fronte a veri e propri casi di **confisca sine titulo**, paragonabili ai casi *Sud Fondi c. Italia*⁴⁴ e *Varvara c. Italia*⁴⁵, i quali però, va ricordato, erano insorti su fattispecie di natura penale⁴⁶.

7. Criteri di applicazione dell'art. 42-bis

A) L'indennizzo.

Va subito detto che l'art. 42-bis prevede il ristoro principale per l'acquisizione del bene, mediante il pagamento di un **indennizzo** per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, mentre invece per il ristoro a copertura del periodo di occupazione illegittima o illecita o sine titulo che dir si voglia, si parla del pagamento del 5 per cento annuo a titolo **risarcitorio** (comma 3).

La questione non è di poco conto, dato che è a tutti noto che “indennizzo” e “risarcimento” sono due fattispecie ristorative che presuppongono una diversa causa: un atto lecito che provoca un danno imprevisto e imprevedibile a causa di un mero errore della procedura nel primo caso, un atto illecito e quindi doloso

⁴⁴ **Corte EDU**, *Sud Fondi e altri c. Italia*, sez. II, 10 maggio 2012, n. 75909/01; www.echr.coe.int;

⁴⁵ **Corte EDU**, *Varvara c. Italia*, sez. II, 29 ottobre 2013, n. 17475/09; www.echr.coe.int;

⁴⁶ **P. CANCEMI**, *La tutela del diritto di proprietà nella C.E.D.U.*, Corso di specializzazione sulla tutela europea dei diritti umani; Unione Forense Tutela Diritti Umani, Roma, dir. Avv. A. G. Lana, 2015.

nell'altro⁴⁷.

Comunque la vera novità in merito ai criteri risarcitori é quella che la norma in esame prevede, per la prima volta, un “**doppio indennizzo**” : ossia il legislatore riconosce al privato abitato un indennizzo per il danno **patrimoniale** ed un altro per quello **non patrimoniale**.

Quanto al primo, questo è determinato nella misura corrispondente al valore venale del bene che, in mancanza di specificazioni sul suo conteggio, é da intendersi come “valore venale all'attualità”, ossia al momento in cui avviene l'adozione dell'art. 42-bis e, se l'occupazione riguarda un terreno edificabile, sulla base delle disposizioni dell'art. 37, commi 3, 4, 5, 6 e 7, T.U.E..

Che il legislatore abbia accolto, con l'avvento del 42-bis, il principio dell'integrale ristoro del pregiudizio patito dal proprietario e per giunta in una procedura espropriativa illegale non può certo rasserenare gli animi di chi é stato (o sarà) sottoposto a misure espropriative, atteso che il principio dell'integrale ristoro, nelle pratiche illegali, era stato già sancito, *illo tempore*, senza ombra di dubbio nelle famose sentenze della Corte EDU *Carbonara e Ventura c. Italia e Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia* del 2000/2003⁴⁸.

Non solo, ma addirittura, la Grande Camera, con sentenza del 29 marzo 2006, nel caso *Scordino c. Italia*⁴⁹, suggellò definitivamente ed incontrovertibilmente che l'integrale valore venale del bene, calcolato con riferimento all'epoca della apposizione del vincolo e del decreto d'esproprio, andava corrisposto anche al soggetto che avesse subito una espropriazione **perfettamente legittima**, con il

⁴⁷ F. CARINGELLA, S. MAZZAMUTO, G. MORBIDELLI, *Manuale, cit.*, p. 858.

⁴⁸ Corte EDU: *Carbonara e Ventura c. Italia*, 30 maggio 2000, ; *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia*, 30 maggio 2000; *Carbonara e Ventura c. Italia*, 11 dicembre 2003; *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia*, 30 ottobre 2003; www.echr.coe.int;

⁴⁹ Corte EDU, *Scordino c. Italia*, Grande Camera, 29 marzo 2006; www.echr.coe.int;

corollario che andava corrisposta anche la rivalutazione monetaria, il tutto maggiorato degli interessi legali; tale principio é stato ampiamente confermato e riconfermato nella recente sentenza della quarta sezione della Corte di Strasburgo nel caso *Chinnici c. Italia* del 14 aprile 2015⁵⁰.

E a maggior precisazione delle posizioni assunte da Strasburgo non va dimenticato che la Corte EDU ha da sempre dettato il principio che la più efficace forma di ristoro é, prima di tutto, quella della restituzione del bene al legittimo proprietario e solo in presenza di insormontabili ostacoli alla pratica restitutoria vanno perseguite le vie del ristoro per equivalente monetario.

Inoltre il 42-bis, *ad abundantiam*, a mente del comma 1 prevede anche l'indennizzo del danno non patrimoniale, «*forfettariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene*» (ndr: il **venti per cento** in casi di utilizzo del terreno per scopi di edilizia residenziale pubblica); per la prima volta nel nostro ordinamento, il legislatore ha riconosciuto il ristoro patrimoniale per i danni morali derivanti da occupazione illegittima.

Il legislatore, conformandosi ad un orientamento ormai consolidato della Corte EDU⁵¹, pare abbia definitivamente accolto l'idea del ristoro integrale quale criterio per eliminare tutte le conseguenze dannose derivanti dall'ingerenza subita dal proprietario, anche se é contrastata l'idea di applicare l'indennizzo per il danno non patrimoniale in ipotesi diverse dal 42-bis⁵².

Non si dimentichi che nel nostro ordinamento, ai sensi dell'art. 2059 cod. civ., il

⁵⁰ **F. GULLOTTA**, *Espropri: per la C.E.D.U. l'indennità é da rivalutare sempre*; in "I diritti dell'Uomo", organo dell'Unione Forense per la tutela dei diritti umani; Torre del Greco (Na), 2015.

⁵¹ **Corte EDU**, 30 ottobre 2003, **Belvedere Alberghiera** s.r.l. c. Italia; Corte EDU, 11 dicembre 2003, **Carbonara e Ventura** c. Italia; Corte EDU, 29 marzo 2006, **Scordino** c. Italia; Corte EDU, 12 luglio 2011, **Macrì e altri** c. Italia; Corte EDU, 14 gennaio 2014, **Pascucci** c. Italia; www.echr.coe.int;

⁵² **T.A.R. Puglia**, Bari, sez. III, 2 febbraio 2012, n. 370; contro si veda **TAR Calabria**, Catanzaro, sez. II, 25 gennaio 2010, n. 52; www.giustizia-amministrativa.it;

risarcimento del danno non patrimoniale è ammissibile solo nei casi stabiliti dalla legge.

Infine, per quanto riguarda l'indennizzo per il danno non patrimoniale, si deve dare conto di una interpretazione innovativa, relativa alla qualificazione del danno: secondo una recente giurisprudenza, il danno da occupazione illegittima deve qualificarsi come **danno-evento** e non come **danno-conseguenza**, per cui l'indennizzo per il danno non patrimoniale spetta all'espropriato per le sofferenze patite *ex se* con l'occupazione illegittima, non essendo necessario fornire la prova del concreto pregiudizio patito⁵³.

Anche per questo le posizioni delle corti interne paiono altalenanti e contrastate atteso che altre pronunce hanno escluso in modo categorico che la previsione contenuta nell'art. 42-bis comporti l'automatica attribuzione dell'indennizzo a titolo di danno non patrimoniale in favore del proprietario⁵⁴.

Di conseguenza, il proprietario abitato, per ottenere l'indennizzo del danno non patrimoniale deve indicare le prove a fondamento della sua richiesta. L'indennizzo, quindi, è condizionato all'accertamento dell'esistenza del pregiudizio e di un nesso di causalità tra il comportamento illecito dell'amministrazione e il pregiudizio patito dal privato.

L'art. 42-bis, infine, prevede che al proprietario venga riconosciuto un risarcimento per il periodo di **occupazione illegittima**. Il risarcimento è quantificato nella somma pari al **cinque per cento** annuo del valore venale del bene, salvo che, dagli atti del procedimento, risulti prova di una diversa entità del danno.

In sintesi possiamo dire che il ristoro per l'espropriato, in caso di applicazione

⁵³ **T.A.R. Puglia**, Bari, sez. III, 22 febbraio 2012, n. 22; www.giustizia-amministrativa.it;

⁵⁴ **Cons. di Stato**, sez. IV, 20 dicembre 2013, n. 6164; www.giustizia-amministrativa.it;

della norma di cui all'art. 42-bis deve tenere conto:

1) del valore venale del bene abitato, che deve essere sempre espresso alla data del decreto acquisitivo, il quale non necessita, quindi, di rivalutazione o interessi;

2) della maggiorazione del 10 % a titolo di danno non patrimoniale (o 20 % se trattasi di esproprio per edilizia residenziale pubblica) che si calcola sul valore venale del bene di cui al punto 1;

3) della maggiorazione del 5 % annuo sul valore venale a titolo di danno patrimoniale, salvo diversa dimostrazione, sulla quale voce, però, si registrano diversi orientamenti:

a) *il primo sostiene che il 5 % si calcola sul v.v. del bene di cui al punto 1 per ogni anno di occupazione illecita, trattandosi di una sorta di calcolo forfettario perché così è scritto nell'art. 42-bis (secondo me si tratta dell'indirizzo da preferire perché rispettoso della lettera della norma);*

b) *un secondo sostiene che il 5 % si calcola sul v.v. storico del bene al momento dell'inizio di ogni anno di occupazione illecita ed in questo caso si incrementa la somma annualmente determinata con la rivalutazione monetaria Istat e gli interessi legali (secondo me questo indirizzo non appare condivisibile perché nel momento in cui calcola la rivalutazione monetaria implicitamente ammette che si tratta di un illecito mentre invece la Corte Costituzionale sentenza n. 71/2015 ha stabilito che si tratta di indennità che in quanto tale non ha natura risarcitoria)*

c) *bisogna registrare anche un ulteriore indirizzo (non condivisibile) il quale limita la indennità del 5 % ai soli ultimi 5 anni di occupazione illecita perché il diritto per quelli precedenti risulterebbe prescritto (anche qui si commette lo stesso errore di cui al precedente lettera b);*

d) infine andrebbe chiarito l'aspetto legato al "soprasuolo" ossia all'influenza che l'opera pubblica inevitabilmente ha sul valore venale del terreno il cui importo deve essere appunto calcolato al momento dell'adozione del 42-bis.

B) Ulteriori aspetti.

La norma non agisce retroattivamente ed ha efficacia *ex nunc*, pertanto essa non incide al momento in cui ha avuto inizio la procedura ablativa, a partire dalla dichiarazione di pubblica utilità e a finire con la emanazione del decreto di esproprio definitivo.

Dunque se il 42-bis non retroagisce vuol dire che non ha alcun rapporto con le vicende passate e perciò non ha alcun effetto sanante sulle stesse e pertanto appare impropria la definizione che vorrebbe accomunare l'art. 42-bis ad una sorta di acquisizione "sanante"⁵⁵.

L'art. 42-bis, a differenza del precedente art. 43, configura una forma di "esproprio nuovo ed indipendente" che non sana un precedente illecito, ma persegue una autonoma finalità ablatoria nel rispetto dalla legge; non una procedura in sanatoria, ma un procedimento ablatorio *sui generis*, semplificato nella struttura (*uno actu perficitur*) e complesso negli effetti (che sono sempre *ex nunc*).

Altra novità di particolare rilievo è la previsione contenuta nella seconda parte dell'art. 42-bis che prevede che *«Il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche durante la pendenza di un giudizio per l'annullamento degli atti di cui al primo periodo del presente comma se l'amministrazione che ha adottato l'atto impugnato lo ritira. In tali casi, le somme eventualmente già erogate al*

⁵⁵ **M. BORGIO, M. MORELLI**, *L'acquisizione e l'utilizzo di immobili da parte della P.A.*, Milano, 2012, p. 278.

proprietario a titolo di indennizzo, maggiorate dell'interesse legale, sono detratte da quelle dovute ai sensi del presente articolo».

In pratica viene sempre concesso alla P.A. quell'ampio potere discrezionale che, per giunta, viene previsto «*anche durante la pendenza di un giudizio per l'annullamento*» e, come vedremo appresso, anche dopo che si sia formato il giudicato o addirittura dopo il giudizio di ottemperanza al giudicato stesso.

Un ulteriore aspetto importante del 42-bis é che esso trova applicazione anche in riferimento ai terreni utilizzati per finalità di **edilizia residenziale pubblica**, agevolata o convenzionata (comma 5). Questa previsione ripropone quanto previsto dalla legge n. 458 del 1988, la quale, si ricorda, aveva applicato la regola pretorile dell'occupazione acquisitiva proprio al settore dell'edilizia residenziale pubblica.

La previsione contenuta nel comma 5 vuole diversamente che l'emissione del provvedimento sia di competenza dell'autorità che ha occupato il terreno e che l'indennizzo per il danno non patrimoniale sia pari, non più al dieci per cento, ma al **venti per cento** del valore venale del bene.

Il comma 6 dell'art. 42-bis, infine, estende l'ambito di applicazione della norma, in quanto compatibile, anche quando è imposta una **servitù** e il bene continua a essere utilizzato dal proprietario o dal titolare di altro diritto reale.

In conclusione, non di minore importanza, la regola del comma 7 dell'art. 42-bis che dispone che l'atto di acquisizione deve essere comunicato alla **Procura della Corte dei Conti** territorialmente competente, entro trenta giorni dalla sua adozione.

Infine, il nuovo art. 42-bis nel prevedere un ristoro indennitario in luogo di quello risarcitorio, ci offre, come é logico, lo spunto per esaminare la questione del

riparto di giurisdizione tra autorità giudiziaria amministrativa e autorità giudiziaria ordinaria, partendo dal combinato disposto dell'art. 53 T.U.E. con l'art. 133, comma 1, lett. g), c.p.a., devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti in materia di espropriazione per pubblica utilità, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti le indennità.

Le problematiche inerenti la giurisdizione devono essere affrontate alla luce delle ben note sentenze della Corte costituzionale n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006⁵⁶, nelle quali la Consulta affronta e risolve l'annoso problema della giurisdizione nelle ipotesi di comportamenti delle pubbliche amministrazioni.

Il nucleo centrale della questione è proprio il significato del termine «**comportamenti**», sul quale la Corte ha avuto modo di interrogarsi in occasione del giudizio di costituzionalità relativo all'art. 34, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80.

Con l'art. 34 citato, il legislatore ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del **giudice amministrativo** le controversie inerenti «*atti, provvedimenti e comportamenti*» della pubblica amministrazione in materia di edilizia e urbanistica; facendo un uso atecnico del termine «comportamenti» e ponendo una volta per tutte sotto la guida del G.A. le controversie della materia in oggetto.

Con la sentenza n. 204 del 2004, la Corte Costituzionale, con una pronuncia manipolativa, ha espunto il termine «**comportamenti**» dal testo dell'art. 34 e ha fornito una corretta interpretazione dell'art. 103 Cost., statuendo che il potere del legislatore di devolvere alla giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie relative ai diritti soggettivi, «*non sia nè assoluto nè incondizionato, ma deve*

⁵⁶ **Corte Cost.** 6 luglio 2004, n. 204; **Corte Cost.** 11 maggio 2006, n. 191; www.cortecostituzionale.it;

sempre considerare la natura delle posizioni giuridiche coinvolte» e ciò significa che deve trattarsi di ipotesi in cui la P.A. agisca in **veste di autorità**, non essendo sufficiente che il soggetto agente sia un soggetto pubblico oppure che l'attività sia svolta in nome dell'interesse pubblico.

Quindi dal dispositivo e dalla motivazione della sentenza si evince che la giurisdizione esclusiva sui “comportamenti in materia urbanistica e di edilizia” è illegittima se estesa alle controversie nelle quali la pubblica amministrazione **non esercita, neanche mediatamente, alcun potere pubblico**⁵⁷.

La sentenza n. 204 del 2004 ha trovato successiva applicazione in materia di espropriazioni, grazie alla sentenza n. 191 del 2006, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 53 nella parte in cui, *«devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati»*, non esclude quei **comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere**.

Pertanto la dottrina e la giurisprudenza hanno messo in evidenza la distinzione operata dalla Consulta tra meri comportamenti e comportamenti amministrativi sul piano applicativo e sono pervenute alla conclusione che, riguardo alle occupazioni illegittime, la giurisdizione esclusiva trovi giustificazione solo in riferimento all'occupazione appropriativa, mentre per **l'occupazione usurpativa**, che non é riconducibile *“nemmeno mediamente”* all'esercizio del potere pubblico, deve essere ascritta alla giurisdizione del giudice ordinario⁵⁸.

E' evidente però che il problema del **riparto di giurisdizione** é tornato alla ribalta

⁵⁷ S. BENINI, *I comportamenti della pubblica amministrazione: le occupazioni illegittime della P.A.*, in I comportamenti della pubblica amministrazione, atti del convegno di Catania, 17 e 18 novembre 2006, a cura di A. Cariola, G. D'Allura, F. Floro, Torino, 2007, p. 23.

⁵⁸ S. BENINI, *I comportamenti della pubblica amministrazione*, op. cit., p. 23.

con la disciplina dell'acquisizione coattiva (non sanante) ex art. 42-bis, laddove la norma, ha visto eliminate le figure dell' **occupazione appropriativa** e dell' **occupazione usurpativa**, entrambe ormai ricomprese nella nuova fattispecie⁵⁹.

E' il momento qui di dissentire dagli arresti cui sono giunte le giurisdizioni interne, peraltro dopo numerose ed altalenanti pronunce che, giova ricordare, hanno finito anche per alimentare ancor di più le sentenze di condanna della Corte EDU nei confronti dell'Italia, secondo cui nelle ipotesi di invalidità del decreto di esproprio o della dichiarazione di pubblica utilità ricorra un'ipotesi di **cattivo uso del potere** che giustifica la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, perché comunque al momento della loro adozione **c'era pur sempre un potere**, invece lo stesso non può dirsi quando manchino del tutto la dichiarazione di pubblica utilità o il vincolo preordinato all'esproprio. In questi casi si versa in un'ipotesi di **carenza di potere**, perché l'utilizzazione dell'immobile non è riconducibile all'esercizio di un potere pubblico.

Orbene, una simile interpretazione, conforme alle sopra citate sentenze della Corte, crea notevoli problemi applicativi perché dà rilievo alla diversa natura del vizio che non trova nessun conforto nella legge.

Ciò nonostante, questo è un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza amministrativa, la quale devolve *“alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie nelle quali si faccia questione - naturalmente anche ai fini complementari della tutela risarcitoria - di attività di occupazione e trasformazione di un bene conseguenti ad una dichiarazione di pubblica utilità e con essa congruenti, anche se il procedimento all'interno del quale sono state*

⁵⁹ **Cons. di Stato**, Ad. Gen., parere 29 marzo 2001, n. 4; **Cons. di Stato**, sez. IV, 15 febbraio 2013, n. 914; **Cons. di Stato**, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3346; www.giustizia-amministrativa.it;

*espletate non sia sfociato in un tempestivo atto traslativo ovvero sia caratterizzato dalla presenza di atti poi dichiarati illegittimi costituendo ormai ius receptum l'appartenenza alla giurisdizione del g.a. delle domande di risarcimento di tutti i danni patiti in conseguenza dell'illegittima apprensione di terreni privati ad eccezione delle sole occupazioni riconducibili a "mere vie di fatto", anche quindi in ipotesi di occupazione originariamente legittima ma divenuta illecita per effetto della perdita di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità, circostanza che concreta un illecito di carattere permanente*⁶⁰.

8. Indennizzo o risarcimento?

Altro tema, importantissimo, che incide sul riparto di giurisdizione è la previsione dell'**indennizzo** in luogo del **risarcimento** come ristoro al proprietario per i danni subiti dall'occupazione illegittima.

Come è noto, l'art. 53, comma 2, T.U.E., dispone che «*resta ferma la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa*»; la medesima disposizione è poi riproposta nell'art. 133, comma 1, lett g), c.p.a..

Alla luce di queste ultime disposizioni, si evince che per le controversie riguardanti l'**indennizzo** la giurisdizione sia del giudice ordinario; la soluzione non è però del tutto pacifica.

Una parte della giurisprudenza sostiene che con la previsione dell'indennizzo il legislatore ha disposto un mutamento della pretesa, e pertanto la giurisdizione

⁶⁰ **Cons. di Stato**, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3346; **Cons. di Stato**, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 2584; www.giustizia-amministrativa.it;

viene trasferita al **giudice ordinario**⁶¹.

Secondo un altro orientamento, invece, il cambiamento è meramente nominale, non essendo mutato il contesto normativo, pertanto la giurisdizione è del **giudice amministrativo**⁶².

La pronuncia non può essere condivisa, perché, sebbene la previsione dell'indennizzo in luogo del risarcimento costringe il privato ad una «*staffetta defatigante*» tra giudice ordinario e giudice amministrativo, la norma è chiara e non sembrano possano esservi dubbi che, nelle ipotesi di acquisizione ex art. 42-bis, ai fini della giurisdizione, si debba distinguere a seconda che la censura mossa dal privato sia rivolta all'atto di acquisizione, e quindi al prodursi dell'effetto traslativo, oppure contesti la quantificazione dell'indennizzo⁶³.

Si aggiunga inoltre la particolarità che l'indennizzo è dovuto al privato come rimborso per la perdita del diritto di proprietà, e non per l'occupazione subita, per la quale invece ha diritto ad un risarcimento; la previsione dell'indennizzo in luogo del risarcimento garantirebbe, inoltre, l'uniformità delle discipline tra il

⁶¹ **Cons. di Stato**, sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1438; www.giustizia-amministrativa.it;

⁶² **Cons. di Stato**, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 993; www.giustizia-amministrativa.it;

⁶³ **M. MORELLI**, *Art.42-bis - motivazione e giurisdizione - Cons. Stato 5 giugno 2017 n. 2682*; in DirittoAmministrazioni.it; 2017 massima: “*Secondo l’orientamento della Corte regolatrice, in materia di espropriazione per pubblica utilità, la controversia relativa alla determinazione e corresponsione dell’indennizzo, globalmente ed unitariamente inteso, previsto per la cd. acquisizione sanante di cui all’art. 42-bis d.P.R. n. 327/2001 – compreso l’indennizzo per il periodo di occupazione, dovuto ai sensi del comma 3, ultima parte, di detto articolo «a titolo di risarcimento del danno», giacché esso, ad onta del tenore letterale della norma, costituisce solo una voce del complessivo «indennizzo per il pregiudizio patrimoniale» di cui al precedente comma 1, secondo un’interpretazione imposta dalla necessità di salvaguardare il principio costituzionale di concentrazione della tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti ablatori –, a norma dell’art. 133, lettera g), cod. proc. amm. è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario e, nell’ambito di quest’ultima, alla competenza, in unico grado, della Corte di appello, che costituisce la regola generale prevista dall’ordinamento di settore per la determinazione giudiziale delle indennità dovute, nell’ambito di un procedimento espropriativo, a fronte della privazione o compressione del diritto dominicale dell’espropriato (v., Cass. Sez. Un., 25 luglio 2016, n. 15283)”;*

nuovo istituto e l'espropriazione ordinaria⁶⁴.

Prima di affrontare gli aspetti applicativi pratici dell'art. 42-bis dobbiamo soffermarci sulla più recente giurisprudenza di legittimità e del G.A. anche per verificare la tenuta costituzionale della norma che ormai opera nel nostro ordinamento, sia pure con qualche contrasto, da circa un settennato.

La nuova occupazione coattiva del 42-bis, che sostituisce quella dell'art. 43, dell'immobile utilizzato dalla P.A. per scopi di interesse pubblico, ha valore retroattivo valendo anche per i fatti anteriori alla sua entrata in vigore, ponendo alla mano pubblica l' «*obbligo giuridico*» di far venir meno l'illegalità dell'occupazione e quindi, di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto⁶⁵, con le seguenti alternative: 1) restituzione del bene al privato, previa demolizione delle opere costruite e riduzione in pristino stato; 2) ottenere un titolo di acquisto delle aree oggetto dell'occupazione (con le diverse modalità previste dall'ordinamento) ovvero, in mancanza, emettere un provvedimento di acquisizione ex art. 42-bis, *tertium non datur*⁶⁶.

Da quanto sopra esposto discende che la P.A. non può consentire il permanere della situazione di illegalità, ma deve necessariamente far uso degli strumenti giuridici previsti nell'ordinamento per formalizzare l'acquisto del bene, oppure rinunciarvi definitivamente e restituirlo al proprietario.

La realizzazione dell'opera pubblica, infatti, è un mero fatto, non idoneo a costituire il titolo di acquisto del diritto dominicale⁶⁷.

Questi, in fondo, erano (e sono) i principi costantemente sanciti e ribaditi dai

⁶⁴ **TAR Molise**, Campobasso, sez. I, 6 maggio 2014, n. 293; www.giustizia-amministrativa.it;

⁶⁵ **Cons. di Stato**, sez. IV, 20 dicembre, 2013, n. 6164; **Cons. di Stato**, sez. IV, 10/05/2013, n. 2559; www.giustizia-amministrativa.it;

⁶⁶ **Cons. di Stato**, sez. IV, 20, dicembre, 2013, n. 6164; www.giustizia-amministrativa.it;

⁶⁷ **Cons. di Stato**, sez. IV, 16 settembre 2011, n. 5230; www.giustizia-amministrativa.it;

giudici di Strasburgo, senza soluzione di continuità, da circa un trentennio.

Ma tornando al 42-bis, quando prevalgono fondamentali esigenze di interesse pubblico, è evidente che l'amministrazione potrà mantenere l'utilizzo del bene occupato, però essa sarà tenuta a dare conto con **motivazione stringente** delle circostanze che l'hanno condotta all'utilizzazione e le ragioni **attuali ed eccezionali** di interesse pubblico che giustificano l'acquisizione, nonché **l'assenza di altre valide alternative**.

Perciò anche se tali scelte, all'evidenza, prevedano una sorta di ordine di priorità, in realtà esse non sono classificabili in quanto l'ordinamento nulla dice in merito e dunque non rimane altro che sperare che gli operatori preposti alla gestione della materia facciano ricorso ai principi di sana e buona amministrazione, che, ad onor del vero, in genere, è una pratica pressoché sconosciuta da svariati decenni e d'altra parte se così non fosse, i giudici di Strasburgo non avrebbero avuto occasione (ed interesse) per intervenire ripetutamente e pesantemente nei confronti dell'Italia.

In merito, poi, all'acquisto per **usucapione** (istituto civilistico che consente l'acquisto del diritto di proprietà in seguito al possesso, non violento e non clandestino, continuato per un periodo di vent'anni, ex art. 1158 cod. civ.) dei beni immobili occupati dalla P.A. si ritiene che **l'occupazione illegale** sia con esso **incompatibile**, alla luce della nozione di violenza del possesso, che ne preclude l'applicabilità. L'utilizzazione dell'immobile *sine titulo* non è, quindi, idonea ad integrare il requisito del possesso utile ai fini dell'usucapione, perché, altrimenti, si finirebbe con l'ammettere una nuova forma di espropriazione indiretta⁶⁸.

La mancanza della praticabilità di tutte le anzidette vie alternative, legittimeranno

⁶⁸ **Cons. di Stato**, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3346; www.giustizia-amministrativa.it;

la P.A. ad adottare il provvedimento ex art. 42-bis, che assume quindi la veste di un nuovo potere ablatorio corretto e semplificato che, ricordiamolo, ancora una volta, può essere adottato anche in presenza del giudicato restitutorio⁶⁹, perché esso è sorto sull'atto annullato e non sul rapporto tra privato e pubblica amministrazione, pertanto, l'amministrazione può adottare l'atto acquisitivo fintanto che permane lo stato di utilizzazione illegittima del bene del privato.

Quindi la tesi è che con l'adozione del provvedimento acquisitivo ex art. 42-bis, pur non trasformando l'occupazione pregressa in attività lecita, si realizza comunque un nuovo modo di acquisto coattivo della proprietà sufficientemente **chiaro, preciso e prevedibile** nei suoi effetti, e per questo, compatibile con l'art. 1, primo Prot. della C.E.D.U.⁷⁰.

A questo punto possiamo trarre alcune prime osservazioni circa la disciplina dell'occupazione acquisitiva, partendo dal prendere atto, incontrovertibilmente, che alla norma in esame si è giunti grazie all'influenza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e che, nel contempo, il legislatore, come il lupo che perde il pelo ma non il vizio, cerchi comunque di preservare uno spazio di privilegio in favore della P.A., senza però incorrere in nuove censure.

Se, quindi, la scelta del legislatore è da una parte apprezzabile, dall'altra essa non è priva di criticità; in particolare, si fa riferimento alle oggettive difficoltà ad accettare un istituto che si caratterizza sicuramente per alcuni aspetti positivi, ma anche per ineludibili note di biasimo, in quanto l'art. 42-bis pretendendo di atteggiarsi a strumento che garantisce alla P.A. un'ampia libertà di azione senza nessun interfacciamento con i soggetti ablati e senza che la disposizione preveda

⁶⁹ **Cons. di Stato**, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 993; www.giustizia-amministrativa.it;

⁷⁰ **Cons. di Stato**, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3346; **Cons. di Stato**, sez. IV, 16 settembre 2011, n. 5230; www.giustizia-amministrativa.it;

linee direttrici chiare che guidino la scelta amministrativa, giustifica i (non pochi) dubbi sulla legittimità dell'istituto.