

Paolo Tanda

**CANCELLATA LA C.D. ACQUISIZIONE
SANANTE: URGE UN INTERVENTO
LEGISLATIVO PER COLMARE IL VUOTO**

Estratto



CORTE COSTITUZIONALE, 4-8 ottobre 2010, n. 293 — Pres. AMIRANTE — Est. TE-
SAURO — Trib. Amm. Reg. Campania — Pres. Cons. Ministri.

**Occupazione d'urgenza - Occupazione senza titolo - Effetti - Acquisizione sanante - Art. 43
d.p.r. 8 giugno 2001 n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in
materia di espropriazione per pubblica utilità) - Violazione dei principi e criteri direttivi
stabiliti nella legge di delegazione - Illegittimità costituzionale.**

*È costituzionalmente illegittimo l'art. 43 del d.p.r. 8 giugno 2001 n. 327 (Te-
sto unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione*

per pubblica utilità) per violazione dei principi e criteri direttivi contenuti nella legge di delegazione n. 50 dell'8 marzo 1999 (1).

(*Omissis*). — RITENUTO IN FATTO. — 1. Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, con tre ordinanze di identico tenore, pronunciate in altrettanti giudizi, le prime due del 28 ottobre 2008 (r.o. n. 114 e n. 115 del 2009) e la terza del 18 novembre 2008 (r.o. n. 116 del 2009), ha sollevato, in riferimento agli articoli 3, 24, 42, 76, 97, 113 e 117, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'articolo 43 del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001 n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità).

1.1. Le prime due ordinanze (r.o. n. 114 e n. 115 del 2009), relative ad identiche fattispecie, espongono che i ricorrenti sono tutti proprietari di un fondo in Casapesenna, oggetto di procedura ablatoria, in ordine alla quale il medesimo T.A.R., con sentenze rispettivamente n. 73 e n. 74 del 2008, aveva annullato gli atti impugnati e condannato il Comune di Casapesenna a restituire il terreno, previo ripristino dello stato dei luoghi. Gli attori, con distinti ricorsi, poi riuniti dal T.A.R., hanno proposto ricorso per l'esecuzione del giudicato, chiedendo la restituzione del fondo, ed hanno impugnato la delibera del Consiglio comunale con la quale il Comune ha disposto, *ex art.* 43, comma 2, del citato d.p.r., l'acquisizione al patrimonio indisponibile delle aree in questione, corrispondendo una somma a titolo di risarcimento dei danni.

1.2. I rimettenti premettono ancora, in fatto, che la vicenda era stata oggetto di una prima pronuncia dello stesso tribunale (sentenza 23 gennaio 2003 n. 387) con la quale era stato censurato l'operato dell'amministrazione in ragione del mancato compimento dell'*iter* previsto per la formazione della variante urbanistica, e per violazione del contraddittorio con i soggetti interessati. Nel procedimento di cui all'ordinanza r.o. n. 114 del 2009, con successive sentenze veniva poi annullata una nota del comune di diniego di restituzione del suolo occupato e disposta la restituzione dello stesso con ripristino dello stato dei luoghi (sentenza 5 giugno 2003 n. 7290), ed ancora veniva accolto il ricorso per l'esecuzione del relativo giudicato con nomina di un commissario *ad acta*. In

(1) Sull'ambito del sindacato di costituzionalità concernente la delegazione legislativa, la Corte costituzionale è intervenuta più volte. Si vedano, ad esempio, le decisioni della Corte costituzionale n. 199 e 239 del 2003, nonché la decisione n. 170 del 2007, in *Giur. cost.*, rispettivamente, 2003, 3 e 4; 2007, 3. Sul risarcimento del danno da occupazione acquisitiva, v. Corte cost. sent. n. 349 del 2007, in questa *Rivista*, 2008, 1, 184. Per commenti « a prima lettura » della importante pronuncia della Consulta, cfr. R. OLLARI, *Espropri, la Consulta boccia la norma che permetteva di sanare procedure illegittime*, in *Edilizia e Territorio*, n. 40 del 2010, p. 6 ss.; D. PONTE, *Travolta un'altra norma in materia di espropri: ora un intervento non viziato da eccesso di delega*, in *Guida al diritto*, n. 42 del 2010, p. 109 ss. Occorrerà valutare approfonditamente le conseguenze indotte dalla decisione dei giudici delle leggi sia sui procedimenti in corso che su quelli futuri, nonché i possibili spazi di intervento ancora a disposizione del legislatore statale.

Sul tema si rinvia al commento di F. PATRONI GRIFFI, in questa *Rivista*, *infra*, parte III. Segue una nota di G. MARI.

seguito il Consiglio di Stato, con sentenza 3 maggio 2005 n. 2095, dichiarava che sull'amministrazione gravava l'obbligo di restituire l'area occupata.

Successivamente, con le già indicate sentenze del medesimo T.A.R. (n. 73 e n. 74 del 2008), erano stati annullati per incompetenza gli atti inerenti alla procedura *ex art. 43 del d.p.r. n. 327 del 2001*, con condanna del comune alla restituzione del terreno previo ripristino dello stato dei luoghi. Infine, era intervenuto il provvedimento di acquisizione sanante ai sensi del citato art. 43.

1.3. La terza ordinanza (r.o. n. 116 del 2009) espone, in fatto, che il ricorrente, proprietario di un fondo sito nel Comune di San Giuseppe Vesuviano (Napoli), ne aveva subito da parte di detto comune l'occupazione, senza alcun procedimento espropriativo.

Dopo alterne vicende in punto di giurisdizione, il Tribunale di Nola, ritenendo la propria giurisdizione, radicandola per la natura usurpativa dell'occupazione, aveva, infine, negato l'acquisto della proprietà in capo alla pubblica amministrazione.

In seguito, era stato adottato da parte del responsabile del Servizio lavori pubblici ed urbanistica ed Ufficio espropriazioni del Comune di San Giuseppe Vesuviano, il decreto n. prot. 2006 0020376, impugnato nel giudizio principale, con il quale veniva disposta l'acquisizione coattiva al patrimonio indisponibile comunale dell'area, prevedendo, altresì in favore del proprietario « oltre l'indennizzo, il risarcimento del danno nonché il computo degli interessi moratori a decorrere dal giorno in cui il terreno sia stato occupato senza titolo ».

In particolare, il ricorrente deduceva la violazione degli artt. 43 e 57, comma 1, del d.p.r. n. 327 del 2001, lamentando l'inapplicabilità al caso di specie del procedimento *ex art. 43* ed invocando l'applicazione del regime transitorio *ex art. 57, comma 1*, con obbligo di restituzione dell'immobile e risarcimento del danno *ex art. 2043 del codice civile* per l'illegittima, ulteriore occupazione.

1.4. Ciò posto, i giudici *a quibus* ricordano che, in caso di annullamento giurisdizionale degli atti relativi alla procedura di espropriazione per pubblica utilità, il proprietario può chiedere — mediante il giudizio di ottemperanza — la restituzione del bene piuttosto che il risarcimento del danno per equivalente monetario, anche se l'area sia stata irreversibilmente trasformata in conseguenza dell'esecuzione dell'opera pubblica. Inoltre, l'unico rimedio per evitare la restituzione dell'area sarebbe l'emanazione di un provvedimento di acquisizione cosiddetto « sanante » *ex art. 43 del d.p.r. n. 327 del 2001*, in assenza del quale l'amministrazione non può addurre la intervenuta realizzazione dell'opera pubblica quale causa di impossibilità oggettiva e, quindi, come impedimento alla restituzione.

1.5. Il T.A.R. Campania, dopo aver ricordato la giurisprudenza di legittimità relativa alla cosiddetta occupazione « appropriativa », assume che tale ricostruzione sarebbe incompatibile con la disciplina normativa introdotta dal d.p.r. n. 327 del 2001 ed entrata in vigore il 30 giugno 2003, in quanto la disposizione oggi censurata subordina all'adozione di apposito provvedimento discrezionale il trasferimento di proprietà dei beni immobili utilizzati per scopi di interesse

pubblico, a seguito di trasformazione, determinatasi in assenza del valido ed efficace provvedimento espropriativo o dichiarativo della pubblica utilità. Inoltre, non potrebbe ritenersi che l'art. 43 disponga solo per il futuro, trattandosi di disposizione, avente natura processuale riferita a tutti i casi di occupazione *sine titulo*, anche già sussistenti alla data di entrata in vigore del testo unico (a conforto, richiama: Cons. Stato, Sez. IV, 21 maggio 2007 n. 2582; A.P., 29 aprile 2005 n. 2; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 27 ottobre 2003 n. 2160).

1.6. I rimettenti, quanto alla giurisdizione, ritengono di doversi conformare al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, in materia di procedimenti di espropriazione per pubblica utilità, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie nelle quali si faccia questione, anche a fini risarcitori, di attività di occupazione e trasformazione di un bene conseguenti ad una dichiarazione di pubblica utilità e con essa congruenti, anche in presenza di atti poi dichiarati illegittimi.

1.7. Ciò posto, con riferimento alla delibera di acquisizione delle aree, il Tribunale richiama la giurisprudenza secondo cui tale atto persegue una finalità di sanatoria di situazioni prive di procedure legittime di esproprio, senza che rilevi la causa della illegittimità del comportamento: sia essa conseguente all'assenza di una dichiarazione di pubblica utilità od all'annullamento di essa oppure determinata da altre cause, risultando in proposito rilevante il solo fatto che l'interesse pubblico non potrebbe essere soddisfatto se non con il mantenimento della situazione ablativa.

In punto di rilevanza i rimettenti assumono che, aderendo a tale orientamento, nella specie il ricorso in ottemperanza dovrebbe essere dichiarato improcedibile, in virtù dell'atto formale di acquisizione sanante, mentre il ricorso avverso la delibera consiliare dovrebbe essere rigettato, perché il provvedimento oggetto di impugnazione deve ritenersi conforme al modello astratto di cui al citato art. 43.

1.8. Il Tribunale amministrativo campano dubita, tuttavia, della legittimità costituzionale di tale norma, per violazione degli artt. 3, 24, 42, 76, 97, 113 e 117, Cost.

In particolare, quanto agli artt. 3, 24, 42, 97 e 113 Cost., il Tribunale evidenzia come l'esercizio del potere autoritativo di acquisizione dell'area, attraverso l'adozione di un atto amministrativo, che consente di evitare la restituzione del bene e di sanare la pregressa illegalità, avrebbe assunto la natura di strumento «ordinario», attraverso il quale «si legalizza l'illegale», rimuovendo l'illecito aquilano attraverso l'atto di acquisizione. In tal modo risulterebbe capovolta la garanzia costituzionale del diritto di proprietà di cui all'art. 42, Cost., nella misura in cui la norma «consente alla pubblica amministrazione, anche deliberatamente, [...] di eludere gli obblighi procedurali della instaurazione del contraddittorio, delle tre fasi progettuali e della verifica delle norme di conformità urbanistica», norme peraltro imposte non soltanto dall'autorità comunale, ma anche da quelle preposte alla tutela di ulteriori e distinti vincoli.

L'abuso di tale strumento imporrebbe, invece, una lettura restrittiva della disposizione, dal momento che ben difficilmente nella pratica sarebbe possibile immaginare ipotesi in cui l'amministrazione non possa giustificare il proprio operato, con la necessità di perseguire uno scopo pubblico.

Per altro verso, a giudizio dei rimettenti, non si potrebbe prescindere dai principi costituzionali e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955 n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952), (*infra*: anche CEDU o Convenzione europea), in base ai quali il diritto di proprietà potrebbe essere acquistato dall'amministrazione soltanto attraverso l'emaneazione di un formale provvedimento amministrativo.

Inoltre, si precisa, la questione di legittimità costituzionale viene appunto sollevata, prendendo atto che, di fatto, la sentenza che ha dichiarato l'illegittimità della procedura si pone come «una sorta di atto presupposto del procedimento che si perfeziona con l'atto di acquisizione», con conseguente «grave lesione del principio generale dell'intangibilità del giudicato amministrativo» [...] sostanzialmente «vanificato da un atto amministrativo di acquisizione per utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico». Del resto, andrebbe pure considerato che l'acquisizione sanante ben potrebbe essere «reiterata all'infinito», divenendo non più uno strumento straordinario, ma ordinario, con conseguente «vanificazione dei principi di certezza giuridica e di tutela delle posizioni giuridiche».

In questo contesto, il Tribunale specifica di aver esperito inutilmente ogni tentativo di interpretazione adeguatrice, al fine attribuire alla norma un significato costituzionalmente corretto.

1.9. Con riferimento, poi, all'art. 117, primo comma, Cost., il Tribunale, dopo aver richiamato la sentenza di questa Corte n. 349 del 2007, con riguardo al rapporto fra norma statale ed obblighi derivanti dalla CEDU, assume che la norma censurata non sarebbe conforme ai principi della Convenzione europea ed all'art. 6 (F) del Trattato di Maastricht (modificato dal Trattato di Amsterdam), in base al quale «l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, [...] in quanto principi generali del diritto comunitario». In questo senso deporrebbe la costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (20 aprile 2006; 15 novembre 2005; 17 maggio 2005), la quale avrebbe più volte affermato la non conformità all'art. 1, prot. 1, della Convenzione, della prassi sulla cosiddetta «espropriazione indiretta», secondo cui l'amministrazione diventerebbe proprietaria del bene in assenza di un atto ablatorio.

1.10. Infine, i rimettenti censurano l'art. 43 anche con riferimento all'art. 76, Cost., in quanto l'art. 7, comma 2, lettera *d*) della legge-delega 8 marzo 1999 n. 50 (Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti ammini-

strativi - Legge di semplificazione 1998) avrebbe delegato al Governo il mero «coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti, apportando, nei limiti di detto coordinamento, le modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa anche al fine di adeguare e semplificare il linguaggio normativo». La norma in questione, invece, non troverebbe «riferimento o principi e criteri direttivi in norme preesistenti», non potendosi sostenere che l'acquisizione sanante fosse una modifica necessaria per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa.

2. Nel giudizio innanzi alla Corte si sono costituiti i ricorrenti dei giudizi principali (N.D. ed altri, quanto all'ordinanza r.o. n. 114 del 2009 e M.R.P. ed altri, quanto all'ordinanza r.o. n. 115 del 2009), con atti di identico tenore in diritto, chiedendo che la questione sia accolta.

2.1. La difesa delle parti private, dopo aver ripercorso le motivazioni sottese all'ordinanza di rimessione, assume, in primo luogo, che l'atto acquisitivo previsto dalla disposizione impugnata, in quanto finalizzato a «sanare» un'attività posta in essere dalla pubblica amministrazione *contra ius*, determinando la perdita della proprietà, violerebbe gli artt. 3, 24, 42, 97 e 117, Cost., conducendo a «legalizzare» l'illegale, consentendo l'illecito aquiliano.

I ricorrenti, riportando peraltro ampi brani di sentenze della Corte di Cassazione sul fenomeno dell'occupazione acquisitiva, ritengono che il censurato art. 43 si porrebbe al di fuori dei «canoni di legittimità costituzionale», dal momento che attribuisce alla pubblica amministrazione il potere di disporre l'acquisizione del bene, anche nell'ipotesi in cui non vi sia stata alcuna preventiva dichiarazione di pubblica utilità, o la medesima sia stata annullata o resa inefficace *ex tunc*.

In definitiva, la norma censurata determinerebbe uno squilibrato vantaggio per il soggetto pubblico, pregiudicando la certezza dei rapporti giuridici e sacrificando l'affidamento dei soggetti nella possibilità di far valere le proprie ragioni sulla base di condizioni normative «operanti nell'ordinamento vigente in un determinato periodo storico».

2.2. Quanto alla violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., le parti assumono che la norma si porrebbe in conflitto «con i principi che sorreggono la Convenzione europea su diritti dell'uomo (CEDU), aventi diretta rilevanza nell'ordinamento interno, nonché con l'articolo 6 del Trattato di Maastricht, modificato dal Trattato di Amsterdam».

Tale contrasto sarebbe evidente, alla luce del costante orientamento della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di espropriazione cosiddetta «indiretta».

In particolare, si ricordano alcune decisioni di quella Corte nelle quali è stato affermato che l'espropriazione indiretta tende a stabilizzare una situazione di fatto derivante dalle illegalità commesse dall'amministrazione e che, «sia in virtù di un principio giurisprudenziale o di un testo di legge come l'art. 43 del testo unico, l'espropriazione indiretta non dovrebbe costituire un mezzo alternativo all'«espropriazione operata in forma corretta».

I ricorrenti ricordano altresì, come «l'anomalia italiana» abbia formato oggetto anche di una risoluzione interinale, in data 14 febbraio 2007, da parte del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, con cui le Autorità nazionali sono state «incoraggiate» «... a proseguire i loro sforzi e ad adottare rapidamente tutte le misure necessarie addizionali al fine di rimediare in maniera definitiva alla pratica della "espropriazione indiretta"».

In tale contesto europeo, poi, le Autorità governative italiane avrebbero *expressis verbis* ammesso che la norma dettata dall'art. 43 t.u. in materia di espropriazione per pubblica utilità è *ex se* non coerente con i principi della Convenzione, tant'è che ne viene suggerita un'applicazione ed interpretazione «correttiva».

2.3. Infine, le parti private, citando giurisprudenza di questa Corte, aderiscono alla censura formulata con riguardo all'art. 76, Cost., in quanto l'ipotesi dell'acquisizione, introdotta dall'art. 43 d.p.r. n. 327 del 2001, sarebbe «priva di addentellati con la vigente normativa», nel mentre il legislatore delegato non era stato autorizzato ad integrare o correggere le previsioni vigenti, ma semplicemente a riordinarle, attraverso un intervento di mero coordinamento.

3. Nel giudizio relativo alle ordinanze r.o. n. 114 e n. 115 del 2009, si è costituito il Comune di Casapesenna, criticando le argomentazioni sottese ai provvedimenti del giudice *a quo*. In primo luogo, il Tribunale campano, affermando che l'istituto in questione «nelle intenzioni del legislatore doveva conservare una natura eccezionale», nel mentre avrebbe «assunto la natura di strumento ordinario», confonderebbe l'ipotetica applicazione «scorretta» della norma in questione, con la sua illegittimità costituzionale. Inoltre, non sarebbe neppure corretto affermare che l'art. 43 consentirebbe l'illecito aquiliano, in quanto, al contrario, la norma in questione avrebbe proprio escluso in radice che l'eventuale illecito aquiliano possa in sé determinare, come accadeva in passato, l'acquisto della proprietà da parte della pubblica amministrazione.

Il giudice *a quo* non coglierebbe nel segno neppure con riguardo alla pretesa elusione degli obblighi procedimentali, in quanto il provvedimento di acquisizione deve dare conto specificamente degli interessi in conflitto, compiendo un'esaustiva comparazione dei medesimi, attraverso una congrua motivazione della «sussistenza attuale di un interesse pubblico specifico e concreto». In questo senso, dunque, lo stringente obbligo di motivazione consente, proprio al giudice amministrativo, di valutarne la «logicità e ragionevolezza».

3.1. Quanto, poi, al contrasto con la giurisprudenza di Strasburgo, il Comune di Casapesenna ritiene che, diversamente da quanto opinato dai rimettenti, gli arresti della CEDU non hanno avuto ad oggetto l'applicazione dell'art. 43 del d.p.r. n. 327 del 2001, ma la pratica dell'accessione invertita, della quale proprio l'art. 43 costituirebbe la soluzione legislativa.

3.2. Infondata sarebbe pure la censura di violazione del giudicato amministrativo, in quanto la norma in esame non sarebbe in grado di mettere in discussione né l'annullamento degli atti preordinati all'esproprio, né il diritto al

risarcimento del privato illegittimamente spossessato, limitandosi piuttosto a consentire alla pubblica amministrazione di optare per il risarcimento monetario, piuttosto che per quello in forma specifica. Anzi, il citato art. 43, piuttosto che ledere il precedente giudicato, ne garantirebbe una più piena esecuzione, in quanto limiterebbe a singoli casi ed alla ricorrenza di specifici presupposti la facoltà della pubblica amministrazione di optare per il risarcimento monetario, in luogo di quello in forma specifica.

3.3. Da ultimo, con riferimento alla violazione dell'art. 76 Cost., si rileva che il t.u. sulle espropriazioni, in quanto volto al riordino normativo ed alla semplificazione delle norme procedurali ed organizzative, avrebbe natura innovativa e non meramente compilativa, potendo apportare, in sede di coordinamento delle disposizioni vigenti, «le modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa».

4. In tutti i giudizi promossi è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che, nei distinti atti, di contenuto sostanzialmente identico, ha chiesto che la questione sia dichiarata inammissibile ed infondata.

4.1. La difesa dello Stato eccepisce, in primo luogo, l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza, ricordando che questa Corte, nella sentenza n. 191 del 2006, ha espressamente escluso che la norma censurata abbia valore di norma processuale, sicché i rimettenti avrebbero dovuto chiedersi se essa fosse o meno applicabile alla fattispecie concreta. Il tema dell'applicabilità dell'art. 43 del t.u. in materia di espropriazioni alle occupazioni *sine titulo*, perfezionatesi prima dell'entrata in vigore del d.p.r. n. 327 del 2001, rappresenterebbe, infatti, uno dei temi più dibattuti sia in dottrina che in giurisprudenza. Oltre all'orientamento richiamato dall'ordinanza di rimessione, infatti, sarebbe dato riscontrare, in senso contrario, in primo luogo quello della Corte di Cassazione che, con le sentenze 22 settembre 2008 n. 23943 e 19 dicembre 2007 n. 26732, ne ha escluso l'applicabilità in considerazione del fatto che l'art. 57 del d.p.r. n. 327 del 2001, nel disciplinare l'applicabilità della nuova disciplina (e non soltanto delle norme di natura sostanziale), ha introdotto un criterio fondato esclusivamente sul dato temporale del primo atto del procedimento espropriativo, a prescindere dalle sue successive vicende e dai successivi provvedimenti che l'espropriante potesse emanare.

Inoltre, lo stesso Consiglio di Stato, con la sentenza 26 settembre 2008 n. 4660, avrebbe negato l'applicazione del citato art. 43 ad una fattispecie perfezionatasi, come quella in esame oggi, anteriormente all'entrata in vigore del t.u.

4.2. La questione sarebbe, ancora, inammissibile perché i rimettenti non avrebbero sperimentato un'interpretazione costituzionale della norma censurata. Ciò in quanto il Tribunale muoverebbe da un'applicazione della disposizione da parte delle amministrazioni e da parte del diritto vivente, che a suo giudizio avrebbe condotto a risultati abnormi, quali quello relativo all'operatività del-

l'art. 43 in sede di ottemperanza, suscettibile di caducare l'accertamento del diritto alla restituzione del fondo e di travolgere la forza del giudicato.

Ad avviso dell'Avvocatura dello Stato, tuttavia, nulla avrebbe impedito ai giudici rimettenti di valutare alla stregua di un'interpretazione costituzionalmente orientata l'illegittimità dell'atto acquisitivo, nel corso del giudizio di ottemperanza, per le medesime ragioni che sono state poste a sostegno della questione di costituzionalità.

4.3. Nel merito, la difesa dello Stato precisa in primo luogo che lo strumento della cosiddetta acquisizione sanante, lungi dall'essere uno strumento ordinario, si sostanzierebbe invece come una « legale via d'uscita » dalle situazioni di illegalità, verificatesi nel corso degli anni.

Quanto, poi, al rapporto con il giudicato relativo alla restituzione del fondo, si sottolinea che la disposizione in esame non costituisce, di per sé, uno strumento di elusione del giudicato, ma sarebbe semmai l'uso non funzionale della norma da parte dell'amministrazione, che potrebbe determinare tale conseguenza. Sarebbe, quindi, compito del giudice amministrativo verificare con rigore quella comparazione di interessi sottesa al provvedimento, secondo i criteri della ragionevolezza e proporzionalità.

Il Presidente del Consiglio dei ministri evidenzia, poi, come nel caso di specie il giudice ben avrebbe potuto dichiarare, ai sensi dell'art. 21-*septies* della legge 7 agosto 1990 n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), la nullità del provvedimento di acquisizione adottato dall'amministrazione comunale, per violazione del giudicato.

4.4. In ordine alla questione relativa alla violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., per violazione della CEDU, l'Avvocatura dello Stato, nonostante i dubbi di legittimità costituzionale paventati da alcune decisioni della Corte di Cassazione (sentenza n. 26732 del 2007, cit.), premette che la questione della compatibilità dell'art. 43 non sarebbe mai stata affrontata dalla Corte di Strasburgo. Ciò posto, il giudice rimettente avrebbe potuto, comunque praticare un'interpretazione conforme ai « canoni CEDU », prima ancora di sollevare la questione di legittimità costituzionale. Del resto la giurisprudenza amministrativa si sarebbe più volte espressa nel senso della piena compatibilità dell'art. 43 con le disposizioni CEDU, come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

4.5. Infine, con riferimento al denunciato vizio di eccesso di delega, il Presidente del Consiglio dei ministri ricorda, ancora, la giurisprudenza del giudice amministrativo che avrebbe negato la sussistenza di tale vizio.

4.6. Da ultimo l'Avvocatura dello Stato sottolinea come l'eventuale « caducazione » della norma impugnata avrebbe come inevitabile conseguenza il « ritorno in auge » degli istituti di creazione pretoria dell'occupazione « acquisitiva » ed « usurpativa », che esporrebbero lo Stato ad ulteriori e numerosissime condanne da parte della Corte di Strasburgo.

CONSIDERATO IN DIRITTO. — 1. Le questioni sollevate dal Tribunale amministrativo regionale per la Campania, con tre distinte ordinanze di contenuto in larga misura coincidente (r.o. n. 114, n. 115 e n. 116 del 2009), riguardano l'articolo 43 del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001 n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità), con il quale viene disciplinata la « Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico ».

1.1. I giudizi hanno ad oggetto la stessa norma, censurata con riferimento agli stessi parametri, sotto gli stessi profili e in gran parte con le stesse argomentazioni; ponendo, pertanto, un'identica questione, vanno riuniti e decisi con un'unica pronuncia.

2. La norma censurata ha ad oggetto la disciplina dell'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico e consente all'autorità che abbia utilizzato a detti fini un bene immobile in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, di disporre l'acquisizione al suo patrimonio indisponibile, con l'obbligo di risarcire i danni al proprietario. La disposizione regola, inoltre, tempo e contenuto dell'atto di acquisizione, l'impugnazione del medesimo, la facoltà della pubblica amministrazione di chiedere che il giudice amministrativo « disponga la condanna al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo », fissando i criteri per la quantificazione del risarcimento del danno.

Secondo il Tribunale rimettente, in punto di rilevanza, l'applicazione della disciplina di cui al citato art. 43 determinerebbe l'improcedibilità dei ricorsi in ottemperanza, in considerazione dell'atto formale di acquisizione sanante; nello stesso tempo, i ricorsi avverso la delibera di acquisizione dovrebbero essere rigettati, perché il provvedimento oggetto di impugnazione dovrebbe ritenersi conforme al modello astratto disegnato dall'intera disposizione, nonostante, in questo caso, fosse già intervenuta una pronuncia di restituzione (in particolare nei giudizi iscritti al r.o. n. 114 e n. 115 del 2009, a seguito dell'annullamento gli atti inerenti alla procedura *ex art.* 43).

La norma si porrebbe in contrasto anzitutto con gli articoli 3, 24, 42, 97 e 113 della Costituzione, in quanto essa consentirebbe, secondo l'interpretazione assunta come diritto vivente, la sanatoria di espropriazioni illegittime, a causa della mancanza della dichiarazione di pubblica utilità, dell'annullamento degli atti ovvero per altra causa. In tal modo, sarebbe prefigurato l'esercizio di un potere autoritativo di acquisizione dell'area che impedirebbe la restituzione del bene, rimuovendo l'illecito aquiliano anche a dispetto di un giudicato amministrativo, consentendo « alla pubblica amministrazione, anche deliberatamente, ... di eludere gli obblighi procedurali della instaurazione del contraddittorio, delle tre fasi progettuali e della verifica delle norme di conformità urbanistica » con « grave lesione del principio generale dell'intangibilità del giudicato amministrativo », sostanzialmente « vanificato da un atto amministrativo di acquisizione per utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico ».

3. Ad avviso del T.A.R., la norma impugnata si porrebbe, inoltre, in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in quanto non sarebbe conforme ai principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretati dalla Corte di Strasburgo, che ha ritenuto in contrasto con l'art. 1, prot. 1, la prassi della cosiddetta «espropriazione indiretta»; violando peraltro anche l'art. 6 (F) del Trattato di Maastricht (modificato dal Trattato di Amsterdam), in base al quale «l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, [...] in quanto principi generali del diritto comunitario».

4. I rimettenti, infine, ritengono che il citato art. 43 impugnato recherebbe *vulnus* all'art. 76, Cost., in quanto sarebbe stato emanato in violazione dei criteri della legge-delega 8 marzo 1999 n. 50 (Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione 1998).

5. L'Avvocatura dello Stato ha eccepito l'inammissibilità delle questioni, per difetto di rilevanza nel giudizio *a quo*, in quanto questa Corte, la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato avrebbero escluso l'applicabilità del citato art. 43 alle occupazioni appropriative verificatesi prima del 30 giugno 2003, data di entrata in vigore del d.p.r. n. 327 del 2001.

5.1. L'eccezione non è fondata. La questione dell'applicabilità della norma in esame non è stata risolta in modo univoco dalla giurisprudenza. La Corte di Cassazione esclude, infatti, l'ammissibilità dell'adozione di un provvedimento di acquisizione sanante *ex art. 43* con riguardo alle occupazioni appropriative verificatesi prima dell'entrata in vigore del d.p.r. n. 327 del 2001 (sentenze 22 settembre 2008 n. 23943, 28 luglio 2008 n. 20543, 19 dicembre 2007 n. 26732). Diversamente, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato è ormai prevalente il principio secondo cui «la procedura di acquisizione in sanatoria di un'area occupata *sine titulo*, descritta dal citato articolo 43, trova una generale applicazione anche con riguardo alle occupazioni attuate prima dell'entrata in vigore della norma» (Cons. Stato, Sez. IV, 26 marzo 2010 n. 1762, Sez. IV, 8 giugno 2009 n. 3509, inoltre: Ad. plen. 29 aprile 2005 n. 2; Sez. IV, 16 novembre 2007 n. 5830, esaminata senza rilievi sulla giurisdizione da Cass., SS.UU., 16 aprile 2009 n. 9001).

In presenza di tale contrasto, le ordinanze di rimessione hanno motivato in maniera non implausibile in ordine all'applicabilità della norma, richiamando la giurisprudenza assolutamente prevalente ed il «diritto vivente» del Consiglio di Stato.

6. Nel merito, vanno esaminate in via preliminare le censure riferite all'art. 76, della Costituzione. Spetta, infatti, a questa Corte «valutare il complesso delle eccezioni e delle questioni costituenti il *thema decidendum* devoluto al suo esame» e «stabilire, anche per economia di giudizio, l'ordine con cui affrontarle nella sentenza e dichiarare assorbite le altre» (da ultimo, sentenze n. 181 del 2010 e n. 262 del 2009), quando si è in presenza di «questioni tra loro

autonome per l'insussistenza di un nesso di pregiudizialità» (sentenza n. 262 del 2009).

Nella specie, è palese la pregiudizialità logico-giuridica delle censure riferite all'art. 76 Cost., giacché esse investono il corretto esercizio della funzione legislativa e, quindi, la loro eventuale fondatezza eliderebbe in radice ogni questione in ordine al contenuto precettivo della norma in esame.

6.1. I rimettenti denunciano la violazione dell'art. 76 Cost., deducendo che l'art. 43 non troverebbe «riferimento o principi e criteri direttivi in norme preesistenti», in quanto la legge-delega n. 50 del 1999 prevedeva il mero coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti, e consentiva, nei limiti di tale coordinamento, le sole modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa, anche al fine di adeguare e semplificare il linguaggio.

7. La questione è fondata.

8. La norma impugnata disciplina l'istituto cosiddetto della «acquisizione sanante». In particolare essa dispone, fra l'altro, al comma 1, che, «valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni». Viene, poi, precisato, al comma 2, che l'atto di acquisizione «...a) può essere emanato anche 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;».

Si tratta, dunque, della possibilità di acquisire alla mano pubblica un bene privato, in precedenza occupato e modificato per la realizzazione di un'opera di interesse pubblico, anche nel caso in cui l'efficacia della dichiarazione di pubblica utilità sia venuta meno, con effetto retroattivo, in conseguenza del suo annullamento o per altra causa, o anche in difetto assoluto di siffatta dichiarazione («assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità»).

8.1. La norma censurata è contenuta nel testo unico, in materia di espropriazioni, redatto in attuazione della legge n. 50 del 1999, a sua volta collegata alla legge 15 marzo 1997 n. 59 (Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa), che aveva previsto un generale strumento permanente di semplificazione e di delegificazione.

In particolare, la delega riguardava il «riordino» delle norme elencate nell'allegato I alla legge n. 59 del 1997 (nel testo risultante a seguito dell'art. 1, legge 24 novembre 2000 n. 340 — Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione 1999), che contemplava, quale oggetto, il «procedimento di espropria-

zione per causa di pubblica utilità e altre procedure connesse: legge 25 giugno 1865 n. 2359; legge 22 ottobre 1971 n. 865».

8.2. Il chiaro tenore delle norme richiamate rende palese che la delega oggetto delle medesime concerneva esplicitamente il tessuto normativo costituito dalle leggi n. 2359 del 1865 e n. 865 del 1971.

Il sistema dell'espropriazione per pubblica utilità risultante da dette leggi era articolato, in sintesi, in un procedimento che presupponeva il provvedimento dichiarativo della pubblica utilità dell'opera e la fissazione di termini, con la connessa disciplina dei casi di indifferibilità ed urgenza. In seguito, la legge n. 865 del 1971 aveva previsto la concentrazione del procedimento in un'unica fase, ricollegando la dichiarazione di pubblica utilità, unitamente alla dichiarazione di indifferibilità ed urgenza delle opere pubbliche, all'approvazione dei progetti delle opere da parte degli organi competenti.

Successivamente, ed in presenza di una nutrita serie di patologie dei procedimenti amministrativi di espropriazione, consistenti nell'accertamento dell'occupazione sine titolo da parte della pubblica amministrazione, la giurisprudenza di legittimità aveva elaborato gli istituti dell'occupazione «appropriativa» ed «usurpativa».

In sintesi, la prima era caratterizzata da una anomalia del procedimento espropriativo, a causa della sua mancata conclusione con un formale atto ablativo, mentre la seconda era collegata alla trasformazione del fondo di proprietà privata, in assenza di dichiarazione di pubblica utilità. Nel primo caso (il cui leading case si rinviene nella sentenza delle Sezioni Unite 26 febbraio 1983 n. 1464), l'acquisto della proprietà conseguiva ad un'inversione della fattispecie civilistica dell'accessione di cui agli artt. 935 ss. c.c., in considerazione della trasformazione irreversibile del fondo. Secondo questa ricostruzione, la destinazione irreversibile del suolo privato illegittimamente occupato comportava l'acquisto a titolo originario, da parte dell'ente pubblico, della proprietà del suolo e la contestuale estinzione del diritto di proprietà del privato. La successiva sentenza delle Sezioni Unite 10 giugno 1988 n. 3940, precisò poi la figura della «occupazione acquisitiva», limitandola al caso in cui si riscontrasse una valida dichiarazione di pubblica utilità che permetteva di far prevalere l'interesse pubblico su quello privato.

L'«occupazione usurpativa», invece, non accompagnata da dichiarazione di pubblica utilità, *ab initio* o per effetto dell'intervenuto annullamento del relativo atto o per scadenza dei relativi termini, in quanto tale non determinava dunque l'effetto acquisitivo a favore della pubblica amministrazione.

8.3. È questo, in sostanza, il contesto normativo in cui è stato inserito il citato art. 43, comprensivo anche dei ricordati istituti di origine giurisprudenziale, i quali hanno nel tempo disciplinato la materia.

Nella redazione del testo unico il legislatore delegato era tenuto ad osservare i seguenti principi e criteri direttivi, contenuti nell'art. 7, comma 2, della citata legge n. 50: la puntuale individuazione del testo vigente delle norme (lettera *b*) dell'art. 7 cit.); l'indicazione delle norme abrogate, anche implicitamente, da successive disposizioni (lettera *c*); il coordinamento «formale» del testo delle

disposizioni vigenti, apportando, nei limiti di detto coordinamento, le modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa, anche al fine di adeguare e semplificare il linguaggio normativo (lettera *d*).

La legge-delega imponeva, poi, l'indicazione delle disposizioni, non inserite nel testo unico, che restavano comunque in vigore (lettera *e*) e l'esplicita abrogazione di tutte le rimanenti disposizioni, non richiamate, che regolavano la materia oggetto di delegificazione, con espressa indicazione delle stesse in apposito allegato al testo unico (lettera *f*).

8.4. Occorre verificare, pertanto, se il legislatore delegato abbia osservato i suindicati principi e criteri direttivi.

Secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, il sindacato di costituzionalità sulla delega legislativa si esplica attraverso un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli. Il primo riguarda le norme che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla delega, tenendo conto del complessivo contesto di norme in cui si collocano e si individuano le ragioni e le finalità poste a fondamento della legge di delegazione. Il secondo riguarda le norme poste dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi ed i criteri direttivi della delega (*ex plurimis*, sentenze n. 230 del 2010 n. 98 del 2008 n. 54 del 2007 n. 280 del 2004 n. 199 del 2003).

Pertanto, da un lato, deve farsi riferimento alla *ratio* della delega; dall'altro, occorre tenere conto della possibilità, insita nello strumento della delega, di introdurre norme che siano un coerente sviluppo dei principi fissati dal legislatore delegato; dall'altro ancora, sebbene rientri nella discrezionalità del legislatore delegato emanare norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore (sentenza n. 199 del 2003; ordinanza n. 213 del 2005), è nondimeno necessario che detta discrezionalità sia esercitata nell'ambito dei limiti stabiliti dai principi e criteri direttivi.

Inoltre, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, qualora la delega abbia ad oggetto, come nella specie, la revisione, il riordino ed il riassetto di norme preesistenti, queste finalità giustificano un adeguamento della disciplina al nuovo quadro normativo complessivo, conseguito dal sovrapporsi, nel tempo, di disposizioni emanate in vista di situazioni ed assetti diversi. L'introduzione di soluzioni sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo previgente è, tuttavia, ammissibile soltanto nel caso in cui siano stabiliti principi e criteri direttivi idonei a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato (sentenza n. 170 del 2007 e n. 239 del 2003).

8.5. Alla luce di questi principi, risulta chiara la fondatezza delle censure svolte dai giudici rimettenti.

La legge-delega aveva conferito, sul punto, al legislatore delegato il potere di provvedere soltanto ad un coordinamento «formale» relativo a disposizioni «vigenti». L'istituto previsto e disciplinato dalla norma impugnata, viceversa, è connotato da numerosi aspetti di novità, rispetto sia alla disciplina espropriativa oggetto delle disposizioni espressamente contemplate dalla legge-delega, sia agli istituti di matrice prevalentemente giurisprudenziale.

In primo luogo, non è dato ravvisare nelle leggi indicate nel citato allegato I, alla legge n. 59 del 1997, alcuna norma che potesse giustificare un intervento della pubblica amministrazione, in via di sanatoria, sulle procedure ablatorie previste.

Inoltre, neppure può farsi riferimento al contesto degli orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati, in quanto più profili della cosiddetta «acquisizione sanante», così come disciplinata dalla norma censurata, eccedono con tutta evidenza dagli istituti della occupazione appropriativa e della occupazione usurpativa, così come delineati da quegli orientamenti.

Il citato art. 43, infatti, ha anzitutto assimilato le due figure, introducendo la possibilità per l'amministrazione e per chi utilizza il bene di chiedere al giudice amministrativo, in ogni caso e senza limiti di tempo, la condanna al risarcimento in luogo della restituzione. Peraltro, esso estende tale disciplina anche alle servitù, rispetto alle quali la giurisprudenza aveva escluso l'applicabilità della cosiddetta occupazione appropriativa, trattandosi di fattispecie non applicabile all'acquisto di un diritto reale *in re aliena*, in quanto difetta la non emendabile trasformazione del suolo in una componente essenziale dell'opera pubblica.

Infine, la norma censurata differisce il prodursi dell'effetto traslativo al momento dell'atto di acquisizione.

Si tratta di elementi di sicuro rilievo e qualificanti, i quali dimostrano che la norma in esame non solo è marcatamente innovativa rispetto al contesto normativo positivo di cui era consentito un mero riordino, ma neppure è coerente con quegli orientamenti di giurisprudenza che, in via interpretativa, erano riusciti a porre un certo rimedio ad alcune gravi patologie emerse nel corso dei procedimenti espropriativi. Siffatto carattere della norma impugnata trova conferma significativa nella circostanza che, secondo la giurisprudenza di legittimità, in materia di occupazione di urgenza, la sopravvenienza di un provvedimento amministrativo non poteva avere un'efficacia sanante retroattiva, determinata da scelte discrezionali dell'ente pubblico o dai suoi poteri autoritativi. Nel regime risultante dalla norma impugnata, invece, si prevede un generalizzato potere di sanatoria, attribuito alla stessa amministrazione che ha commesso l'illecito, a dispetto di un giudicato che dispone il ristoro in forma specifica del diritto di proprietà violato.

Il legislatore delegato, in definitiva, non poteva innovare del tutto ed al di fuori di ogni vincolo alla propria discrezionalità esplicitamente individuato dalla legge-delega. Questa Corte ha in proposito affermato, infatti, che, per quanta ampiezza possa riconoscersi al potere di riempimento del legislatore delegato, «il libero apprezzamento» del medesimo «non può mai assurgere a principio od a criterio direttivo, in quanto agli antipodi di una legislazione vincolata, quale è, per definizione, la legislazione su delega» (sentenze n. 340 del 2007 e n. 68 del 1991).

In contrario, non giova dedurre, come sostenuto dall'Avvocatura dello Stato, che il legislatore delegato abbia inteso tenere conto delle censure mosse dalla giurisprudenza di Strasburgo alla pratica delle espropriazioni «indirette».

Indipendentemente sia da ogni considerazione relativa al fatto che ciò non era contemplato nei principi e criteri direttivi di cui al più volte citato art. 7 della legge n. 50 del 1999, sia dal legittimo dubbio quanto alla idoneità della scelta realizzata con la norma di garantire il rispetto dei principi della CEDU,

che in questa sede non è possibile sciogliere, quella prefigurata costituisce soltanto una delle molteplici soluzioni possibili. Il legislatore avrebbe potuto conseguire tale obiettivo e disciplinare in modi diversi la materia, ed anche espungere del tutto la possibilità di acquisto connesso esclusivamente a fatti occupatori, garantendo la restituzione del bene al privato, in analogia con altri ordinamenti europei. E neppure è mancato qualche rilievo in questo senso della Corte di Strasburgo, la quale, infatti, sia pure incidentalmente, ha precisato che l'espropriazione indiretta si pone in violazione del principio di legalità, perché non è in grado di assicurare un sufficiente grado di certezza e permette all'amministrazione di utilizzare a proprio vantaggio una situazione di fatto derivante da «azioni illegali», e ciò sia allorché essa costituisca conseguenza di un'interpretazione giurisprudenziale, sia allorché derivi da una legge — con espresso riferimento all'articolo 43 del t.u. qui censurato —, in quanto tale forma di espropriazione non può comunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione adottata secondo «buona e debita forma» (causa Sciarrotta ed altri c. Italia — Terza Sezione — sentenza 12 gennaio 2006 — ricorso n. 14793/02).

Anche considerando la giurisprudenza di Strasburgo, pertanto, non è affatto sicuro che la mera trasposizione in legge di un istituto, in astratto suscettibile di perpetuare le stesse negative conseguenze dell'espropriazione indiretta, sia sufficiente di per sé a risolvere il grave vulnus al principio di legalità.

Alla stregua dei rilievi svolti, va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'intero art. 43 del d.p.r. n. 327 del 2001, poiché la disciplina inerente all'acquisizione del diritto di servitù, di cui al comma 6-*bis*, appare strettamente ed inscindibilmente connessa con gli altri commi, sia per espresso rinvio alle norme fatte oggetto di censura, sia perché ne presuppone l'applicazione e ne disciplina ulteriori sviluppi applicativi (cfr. sentenza n. 18 del 2009).

9. La pronuncia di illegittimità costituzionale con riferimento all'art. 76 Cost., determina l'assorbimento delle questioni poste con riferimento agli artt. 3, 24, 42, 97, 113 e 117, primo comma, Cost.

P.q.m. la Corte costituzionale

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 43 del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001 n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità).

(*Omissis*).

Cancellata la c.d. acquisizione sanante: urge un intervento legislativo per colmare il vuoto

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La c.d. occupazione *sine titulo*. — 3. La sentenza Bile delle Sezioni Unite della Cassazione. — 4. L'art. 43 del t.u. sulle espropriazioni. — 5. La questione di legittimità costituzionale sollevata dal T.A.R. Campania. — 6. La sentenza di Corte cost. 8 ottobre 2010 n. 293. — 7. Profili critici. — 8. Profili ricostruttivi.

1. Premessa.

Con la sentenza n. 293 del 8 ottobre 2010 la Consulta interviene in modo tranciante nella delicata materia dell'occupazione *sine titulo* da parte della p.a., dichiarando l'illegittimità costituzionale per eccesso di delega dell'art. 43 del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001 n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità). Prima di esaminare le argomentazioni poste a fondamento di questo intervento destinato a produrre importanti conseguenze sul piano pratico (1), è utile fare il punto della situazione nella materia in esame, iniziando ad analizzare come, quando e perché è nata la problematica della c.d. occupazione *sine titulo*.

2. La c.d. occupazione *sine titulo*.

È noto che, in base all'art. 938 c.c., «se nella costruzione di un edificio si occupa in buona fede una porzione del fondo attiguo e il proprietario di questa non fa opposizione entro tre mesi dal giorno in cui ebbe inizio la costruzione, l'autorità giudiziaria, tenuto conto delle circostanze, può attribuire al costruttore la proprietà dell'edificio e del suolo occupato. Il costruttore è tenuto a pagare al proprietario del suolo il doppio del valore della superficie occupata, oltre il risarcimento dei danni». In altri termini, qualora ci siano i presupposti di cui all'art. 938, la proprietà del suolo occupato può essere trasferita da una pronuncia giudiziale anche contro la volontà del titolare; qualora questi presupposti manchino, può essere chiesto da parte del proprietario del suolo l'abbattimento della porzione di fabbricato costruito sul suo suolo (2).

La giurisprudenza ha fatto applicazione di tale norma anche nell'ipotesi di occupazione *sine titulo* di una porzione di fondo privato da parte della pubblica amministrazione, prevedendo in tal caso il trasferimento — per effetto di una pronuncia giurisdizionale — della proprietà alla p.a. del suolo con la costruzione, anche contro la volontà del privato.

In particolare, si è ritenuto che una tale pronuncia giurisdizionale potesse determinare il trasferimento della proprietà a favore di un ente pubblico nell'ipotesi in cui l'amministrazione avesse, con un provvedimento di occupazione di urgenza (3), colpito un bene

(1) Per un'approfondita disamina delle conseguenze derivanti dalla sentenza della Consulta n. 293/2010 si rinvia al paragrafo 4 del lavoro — contenuto in questo stesso fascicolo della *Rivista*, parte I, di G. MARI, *L'espropriazione indiretta: la sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010 sull'acquisizione sanante e le prospettive future*.

(2) L'art. 938 c.c. è inapplicabile alla p.a. quando il privato, nell'eseguire la costruzione di un edificio, abbia in buona fede occupato una porzione del fondo attiguo che costituisca bene demaniale o bene patrimoniale indisponibile: il g.o., in tal caso, non potrebbe assegnare al privato la proprietà del suolo occupato perché la relativa sentenza inciderebbe sulla destinazione pubblica del bene (violando l'art. 4 l. ab. cont. amm.). Invece, qualora la porzione di fondo attiguo occupata in buona fede dal privato sia un bene patrimoniale disponibile dell'amministrazione, la pronuncia del g.o., anche contro la volontà della p.a., potrebbe produrre l'effetto traslativo del diritto di proprietà sulla porzione di suolo occupato, a favore del privato: in tal caso, si applica l'art. 938 c.c. alla p.a.

(3) T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 16 aprile 2010 n. 3913, Pres. Esposito, Est. Severini, ha precisato che l'art. 22-bis d.p.r. n. 327/2001, relativo all'occupazione d'urgenza, prevede due ipotesi: quella generale, comma 1, che richiede il decreto motivato in relazione alla particolare natura delle opere qualora l'avvio dei lavori rivesta carattere di urgenza cosa da non consentire l'applicazione delle disposizioni dell'art. 20; quella specifica, comma 2, che esclude particolari indagini e formalità qualora o si tratti di interventi riferibili alla l. 443/2001 oppure il numero dei destinatari sia superiore a 50; le ipotesi indicate nel comma 2 sono state previste perché l'elevato numero dei destinatari avrebbe l'effetto, se si dovesse seguire la procedura del comma 1, di ritardare l'effettiva esecuzione delle opere: pertanto, l'art. 22-bis, comma 2, non richiede alcuna specifica motivazione delle ragioni d'urgenza che hanno indotto ad occupare il bene quando il numero dei destinatari sia superiore a 50.

privato, trasformandolo con la costruzione di un'opera pubblica permanente, e non fosse stato emanato il relativo decreto di espropriazione(4) una volta decorsi i termini previsti per l'occupazione(5).

In questo caso, la giurisprudenza riconosceva al privato solo la possibilità di chiedere il risarcimento del danno e non anche la restituzione del bene, analogamente all'ipotesi in cui il bene fosse stato occupato *ab initio* illegittimamente, e cioè senza il decreto di occupazione di urgenza. Tuttavia, anche a seguito dell'azione del privato ed alla conseguente pronuncia con la quale gli veniva riconosciuto il diritto al risarcimento del danno (e non già alla restituzione), se non vi era accordo tra le parti non poteva dirsi prodotto l'effetto traslativo del bene. A tal fine, infatti, era necessario una specifica pronuncia giurisdizionale diretta a trasferire la proprietà del bene privato a favore della p.a.

3. La sentenza Bile delle Sezioni Unite della Cassazione.

Nell'ambito della sopraindicata giurisprudenza un ruolo di assoluta centralità deve essere riconosciuto alla sentenza Bile delle Sezioni Unite della Cassazione del 23 febbraio 1983 n. 14646 (6) in tema di occupazione appropriativa (o accessione invertita) in favore della p.a. a seguito della realizzazione di un'opera pubblica su un fondo privato, in base ad un provvedimento ablatorio scaduto o *sine titulo*(7). Tale sentenza ha posto in evi-

(4) Cons. Stato, Sez. IV, 23 marzo 2010 n. 1706, Pres. Trotta, Est. Zaccardi, ha affermato che, in un giudizio diretto a contestare la legittimità del decreto di esproprio, il provvedimento di determinazione della entità della indennità dovuta all'espropriato non ha una sua autonomia, ma costituisce semplicemente uno degli atti necessariamente presupposti del decreto conclusivo del procedimento e, quindi, come atto in itinere non è impugnabile direttamente, a meno che se ne contesti la misura, che però è questione proponibile innanzi al giudice ordinario. Secondo T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 22 aprile 2010 n. 5714, Pres. Adamo, Est. Pignataro, posto che il termine previsto dall'art. 20, comma 1, d.p.r. n. 327/2001 ha natura solo endoprocedimentale e acceleratoria, la determinazione dell'indennità provvisoria di espropriazione non deve necessariamente avvenire entro termini perentori, ben potendo essere effettuata nell'ambito di validità dei termini di pubblica utilità, purché prima dell'adozione del decreto di espropriazione. Inoltre, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 13 aprile 2010 n. 1086, Pres. Zingales, Est. Barone, ha affermato che in tema di espropriazione, l'omessa previsione dell'indennizzo non inficia la legittimità del provvedimento di reiterazione di un vincolo espropriativo o di inedificabilità scaduto, e ciò sulla base del rilievo che dai principi sul raccordo tra la pianificazione urbanistica e le previsioni del bilancio emerge che in tal caso l'amministrazione non può impegnare somme di cui non è certa la spettanza in ordine all'*an* e al *quantum*, anche perché tale quantificazione richiede complessi accertamenti su elementi di fatto che solo il proprietario può rappresentare al termine del procedimento di pianificazione (fermo restando il diritto ad ottenere, in presenza dei relativi presupposti e dinanzi al giudice fornito in merito di giurisdizione, un'indennità commisurata all'entità del danno effettivamente prodotto).

(5) Secondo T.A.R. Liguria, Sez. I, 20 aprile 2010 n. 1833, Pres. Balba, Est. Vitali, i provvedimenti di occupazione di urgenza comportano la mera detenzione della cosa altrui, sia perché sono per legge finalizzati ad una apprensione del bene soltanto temporanea, in vista della futura emanazione del decreto di esproprio, sia — soprattutto — perché implicano il riconoscimento della proprietà altrui (*contemplatio domini*), prevedendo la corresponsione di una apposita indennità di occupazione ai proprietari iscritti negli atti catastali, notificati — proprio in quanto tali — del decreto, cosicché in tal caso l'amministrazione occupante non ha l'*animus possidendi* che vale ai fini dell'usucapione. Inoltre, secondo la stessa pronuncia, in caso di atti di occupazione d'urgenza, prodromici all'espropriazione, essendo la situazione di fatto nata come detenzione, spetta al Comune provare, ai fini dell'usucapione, l'avvenuta interversione del possesso; a tale riguardo, si osserva che la interversione idonea a trasformare la detenzione in possesso non può avvenire mediante un semplice atto di volizione interna, ma deve estrinsecarsi in uno o più atti esterni, sebbene non riconducibili a tipi determinati, dai quali sia consentito desumere la modificata relazione di fatto con la cosa detenuta in opposizione al possessore.

(6) La sentenza citata nel testo è riportata in *Giust. civ.*, 1983, I, 707 e 1737.

(7) Secondo Cass., Sez. Un., 6 maggio 1998 n. 4571, in *Gazzetta giuridica Giuffrè Italia Oggi*, 1998 n. 23, 18, il delegato all'espropriazione non risponde del danno da accessione invertita, ove dimostri di avere completato l'opera nel termine di occupazione legittima e fatto quanto in suo potere per la formalizzazione della procedura espropriativa. Pertanto nell'ipotesi di ultimazione dell'opera da parte dell'occupante in pendenza del termine di occupazione temporanea legittima e di mancata tempestiva emanazione del decreto di esproprio, ove la delega conferita dal Comune (art. 35 e 60 l. 22 ottobre 1971 n. 865) sia limitata soltanto alla realizzazione dell'opera non può configurarsi la responsabilità del delegato per la lesione patrimoniale subita dal proprietario a seguito dell'irreversibile trasformazione del fondo (con conseguente accessione invertita all'opera pubblica realizzata). Infatti la fattispecie di danno si realizza con lo spirare del periodo di occupazione legittima e non compete al delegato occuparsi del decreto di espropriazione, mentre il compor-

denza come l'irreversibile destinazione dell'immobile a scopo pubblico producesse una duplice vicenda: 1) acquisitiva a titolo originario della proprietà del bene da parte dell'ente pubblico occupante e 2) dismissiva della proprietà dello stesso bene da parte del privato al quale era riconosciuta soltanto l'azione di risarcimento del danno nel termine quinquennale. Tale indirizzo giurisprudenziale delle Sezioni Unite, tuttavia, pur largamente prevalente, non è stato seguito in modo unanime (8). Infatti, non solo qualche giudice di merito (9) ma anche la stessa Corte di Cassazione in qualche circostanza si era posta in avviso contrario sottolineando che, nel concepire l'occupazione appropriativa (accessione invertita) come modo di acquisto della proprietà desunto dai principi del nostro ordinamento, si era trascurato che proprio il nostro ordinamento prevede norme che regolano espressamente (ed in modo diverso) la materia in esame in cui, tra l'altro, è prevista (come nell'ipotesi dell'enfiteusi) la espressa possibilità della coesistenza di due distinti diritti sullo stesso bene. Inoltre, si sottolineava il potenziale contrasto con l'art 42 Cost., poiché con l'occupazione appropriativa (accessione invertita) si veniva di fatto ad introdurre nel nostro sistema un modo di acquisto della proprietà al di fuori degli schemi normativamente previsti per espropriare il privato del proprio bene.

Le regole che sono state applicate nella materia in esame per circa un ventennio possono così sintetizzarsi: 1) l'aver realizzato da parte della p.a. un'opera pubblica in assenza di occupazione di urgenza, o dopo la scadenza del termine, determinava non la compressione del diritto di proprietà, ma la sua estinzione e l'acquisto, a titolo originario, da parte della p.a. poiché la modifica dello stato dei luoghi doveva interpretarsi nel senso che il suolo veniva utilizzato per una irreversibile destinazione ad opera pubblica; 2) al privato era riconosciuto il diritto non già alla restituzione del bene, ma unicamente al risarcimento del danno nella misura del valore venale del bene calcolato al momento in cui il suolo veniva utilizzato per essere irreversibilmente destinato alla realizzazione dell'opera pubblica, valore aggiornato in base alla successiva diminuzione del potere d'acquisto della moneta; 3) l'illecito della p.a. si considerava istantaneo anche se con effetti permanenti: conseguentemente il termine di prescrizione quinquennale si faceva decorrere dal giorno dell'ultimazione dell'opera (ovvero dell'irreversibile trasformazione del suolo); 4) il privato aveva anche il diritto di vedersi risarcito il danno dal mancato godimento del bene nel periodo di occupazione fino al momento in cui la p.a. ne avesse acquistato la proprietà; 5) l'acquisto a titolo originario da parte della p.a. del bene del privato a seguito della realizzazione dell'opera rendeva superflua ed irrilevante la successiva adozione di un decreto di esproprio oramai inidoneo a produrre effetti.

Veniva criticato, poi, anche il fatto di non aver collocato la complessa problematica in esame nell'ambito della categoria dell'abbandono del diritto di proprietà del privato nell'ipotesi in cui questi agiva per il risarcimento del danno, con conseguente ulteriore critica alla tesi della prescrizione del diritto al risarcimento del danno nei cinque anni dalla reversibile destinazione. Nonostante tali obiezioni, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, chiamate a pronunciarsi nuovamente in merito, riaffermarono con la nota sentenza del 10 giugno 1988 n. 3940 la cosiddetta accessione invertita (o occupazione appropriativa), sostenendo che «l'occupazione illegittima, ove sussista l'alterazione del fondo oggetto dell'occupazione, deve essere identificata come occupazione acquisitiva, concorrente con l'effetto privativo della proprietà privata. Il titolare del bene ha diritto al risarcimento» (10).

tamento omissivo dell'ente delegante, che ha trascurato di azionare o sollecitare la procedura espropriativa, è da solo sufficiente a determinare l'evento dannoso.

(8) Cfr. in dottrina R. MASTROCINQUE, *Il potere e il diritto*, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1737; G. CAROTENUTO, *L'opera pubblica su luogo privato. Una soluzione che lascia perplessi*, *ivi*, 1741; DE GIOVANNI, *Acquisto della proprietà del suolo per effetto della esecuzione di opera pubblica*, in *Vita not.*, 1983, 537; M. ANNUNZIATA, *Occupazione e requisizioni di immobili. Principi di giustizia amministrativa*, Padova, 1988.

(9) V. ad esempio, Trib. Napoli 9 dicembre 1983, in *Giur. it.*, 1984, I, 2, 464.

(10) Anche a tale pronuncia vengono mosse le stesse critiche, citate nel testo, già addotte alla sentenza n. 1464/1983 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. In particolare, si afferma che «non è chiaro quando si verifichi quell'irreversibile destinazione del terreno allo scopo pubblico. Secondo i principi in materia, per aversi il fenomeno in discorso (cui è collegata la perdita della proprietà con contemporaneo acquisto da parte della p.a. occupante) occorre non soltanto che l'opera (es. edificio pubblico) sia iniziata e realizzata, ma anche destinata in concreto allo scopo per cui è stata costruita. Prima di tale evento (destinazione in atto) la costruzione non ha ancora ricevuto la qualifica di bene (demaniale o patrimoniale indisponibile), con conseguenti limiti ai poteri del Giudice ordinario. Per cui, se il privato prima dello stesso

Pertanto, nell'ambito del bilanciamento tra situazioni incompatibili la giurisprudenza (amministrativa e civile) finiva per attribuire prevalenza alla posizione della p.a. in funzione della natura pubblicistica degli scopi avuti di mira nella realizzazione dell'opera, anche se perseguiti in violazione delle forme del procedimento espropriativo (11). La giurisprudenza, inoltre, si è costantemente preoccupata di distinguere l'occupazione appropriativa da quella cosiddetta usurpativa: la mancanza originaria o sopravvenuta per effetto di successivo annullamento o perdita di efficacia di una dichiarazione di pubblica utilità formale o connessa ad un atto amministrativo che producesse per legge tale effetto permetteva la possibilità di configurare un mero comportamento della p.a. con conseguente devoluzione alla giurisdizione del g.o. delle relative controversie.

Con sentenza del 23 maggio 1995 n. 188 la Corte costituzionale (12) è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di un modo di acquisto della proprietà basato su un fatto illecito: la Consulta ha, ex artt. 3 e 42 Cost., riconosciuto la legittimità dell'istituto, rilevando che il passaggio di proprietà del bene non è effetto diretto ex art. 2043 c.c., ma della situazione fattuale, data dall'inutilizzabilità del bene da parte del privato.

Successivamente la stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 191 dell'11 maggio 2006 ha puntualizzato i profili discretivi tra l'occupazione appropriativa e quella usurpativa. In particolare, ad avviso della Consulta si ha occupazione appropriativa (ovvero, anche, accessione invertita o espropriazione sostanziale) quando il fondo è stato occupato a seguito di dichiarazione di pubblica utilità (e, quindi, nell'ambito di una procedura di espropriazione) ed ha subito una irreversibile trasformazione in esecuzione dell'opera di pubblica utilità senza che, tuttavia, sia intervenuto il decreto di esproprio o altro atto idoneo a produrre l'effetto traslativo della proprietà. Si ha, invece, occupazione usurpativa nel caso di apprensione del fondo altrui in carenza di titolo: tale carenza è unanimemente riconosciuta nell'ipotesi di assenza *ab initio* della dichiarazione di pubblica utilità, mentre taluni ravvisano la stessa carenza anche nell'ipotesi di annullamento, con efficacia *ex nunc*, della dichiarazione inizialmente esistente ovvero di sua inefficacia per inutile decorso dei termini previsti per l'esecuzione dell'opera pubblica. Nel caso dell'occupazione appropriativa, perfezionandosi con l'irreversibile trasformazione del fondo la traslazione in capo all'amministrazione del diritto di proprietà, il proprietario del fondo non può che chiedere la tutela per equivalente, mentre, nel caso dell'occupazione usurpativa (anche se per alcune ipotesi ad essa riconducibili non vi è unanimità di consensi) il proprietario può scegliere tra la restituzione del bene e, se a questa rinunci così determinando il prodursi (dei presupposti) dell'effetto traslativo, la tutela per equivalente. Con questa sentenza la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 53 del d.p.r. n. 327/2001 nella parte in cui devolve al g.a. le controversie aventi ad oggetto danni derivanti da meri comportamenti della p.a., ha ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo nelle ipotesi di occupazione appropriativa (comunque esplicazione di un pubblico potere da parte della p.a.), determinando invece il radicarsi della giurisdizione del g.o. negli altri casi.

evento agisca per recuperare il suo bene, il Giudice non dovrebbe trovare ostacoli nell'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo all'accoglimento della domanda. Con quali conseguenze sul piano dell'assetto della proprietà, ognuno può vedere... Per intenderci, potrebbe bastare un'azione giudiziaria del proprietario, per sconvolgere quell'assetto! Neutralizzando così l'illecita iniziativa dell'occupante»: così espressamente M. ANNUNZIATA, *Edilizia ed urbanistica e tutela giurisdizionale*, Padova, 1991, 200.

(11) La Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza 29 agosto 1998 n. 8597, ha affermato che nelle ipotesi in cui la pubblica amministrazione occupi un fondo di proprietà privata per la costruzione di un'opera pubblica e tale occupazione sia illegittima, per totale mancanza di provvedimento autorizzatorio o per decorso dei termini in relazione ai quali l'occupazione si configura legittima, la radicale trasformazione del fondo, con l'irreversibile sua destinazione al fine della costruzione dell'opera pubblica, comporta l'estinzione del diritto di proprietà del privato e la contestuale acquisizione a titolo originario della proprietà in capo all'ente costruttore, ed inoltre costituisce un fatto illecito, istantaneo, sia pure con effetti permanenti, che abilita il privato a chiedere, nel termine prescrizione di cinque anni dal momento della trasformazione del fondo nei sensi indicati, la condanna dell'ente medesimo a risarcire il danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà, mediante il pagamento di una somma, pari al valore che il fondo aveva in quel momento, con la rivalutazione per l'eventuale diminuzione del potere di acquisto della moneta fino al giorno della liquidazione, con l'ulteriore conseguenza che un provvedimento di espropriazione del fondo per pubblica utilità, intervenuto successivamente a tale momento, deve considerarsi del tutto privo di rilevanza, sia ai fini dell'assetto proprietario, sia ai fini della responsabilità da illecito.

(12) Cfr. anche Corte cost., 4 febbraio 2000 n. 24, in *Giur. cost.*, 2000, 171.

In merito è opportuno ricordare che il citato art. 53 — a seguito della relativa modifica apportata dell'art. 3, comma 10, d. lgs. n. 104/2010, recante il Codice del processo amministrativo, allegato 4 — prevede che la tutela giurisdizionale davanti al g.a. è disciplinata da tale Codice e che «resta ferma la giurisdizione al giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa» (13).

La Corte di Strasburgo (Corte Europea dei diritti dell'uomo) ha sottoposto a serrata critica tutti i principi sopraindicati soprattutto con riferimento all'art. 1 del protocollo 1 addizionale alla Convenzione (14) che attribuisce all'individuo il diritto al rispetto dei propri beni (15). Spesso la Corte ha dubitato sulla compatibilità col principio di legalità di un sistema di regole (come quelle indicate in precedenza) che consente alla p.a. di avere benefici da una situazione illegale, facendo trovare il privato di fronte al fatto compiuto. Tuttavia, i giudici italiani hanno continuato a mantenere il loro orientamento tradizionale, difendendo l'istituto dell'occupazione appropriativa in considerazione delle disposizioni di una asseritamente adeguata forma di tutela consistente nel diritto al risarcimento del danno (16).

4. *L'art. 43 del t.u. sulle espropriazioni.*

Il legislatore è intervenuto nella materia in esame con il d.p.r. n. 327/2001 (t.u. sulle espropriazioni) introducendo nel nostro sistema un nuovo strumento operativo consistente nel c.d. decreto in sanatoria (art. 43 t.u. cit.). Per effetto di tale norma (ormai abrogata a

(13) T.A.R. Toscana, Sez. I, 28 luglio 2008 n. 1822, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2008, 7-8, 2017 ha affermato che nell'ipotesi di occupazione acquisitiva, se l'irreversibile trasformazione del fondo in assenza di decreto di esproprio è legata ad una sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità ovvero alla sua caducazione in sede giurisdizionale, non si verifica una ipotesi di carenza di potere, bensì di cattivo uso dello stesso, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo. Invece, la fattispecie di occupazione usurpativa, verificandosi solo nel caso di appropriazione del bene da parte della p.a., in totale assenza del provvedimento amministrativo, fonda la giurisdizione del giudice ordinario. Cons. St., Sez. IV, 3 settembre 2008 n. 4112, ha precisato che lo stesso criterio di ripartizione si applica anche con riferimento al risarcimento del danno. Rientra, quindi, nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto la domanda di risarcimento del danno per occupazione del bene da parte della p.a. al fine di realizzare un'opera pubblica, la cui dichiarazione di pubblica utilità sia stata annullata in sede giurisdizionale: nello stesso senso cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 3 settembre 2008 n. 1617, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2008, 9, 2608. Anche la Cassazione ha ritenuto che rientrano nella giurisdizione amministrativa sia la domanda di risarcimento del danno per la perdurante occupazione del bene e per l'occupazione appropriativa della porzione trasformata, sia quella di restituzione della eventuale porzione del bene inutilizzata, atteso che in ciascuna di tali domande la condotta lamentata si collega indirettamente alla dichiarazione di pubblica utilità i cui effetti sono terminati. In particolare, è stata ritenuta ascrivibile alla giurisdizione del giudice amministrativo anche una controversia risarcitoria conseguente all'annullamento *ex tunc* della dichiarazione di pubblica utilità che, in astratto, sia tale da ripristinare la situazione di diritto soggettivo, in una situazione a posteriori definibile come occupazione usurpativa: cfr. Cass. Sez. Un., 9 marzo 2009 n. 5625, in *Giust. civ.*, 2009, 7-8, 1513; Id., 20 febbraio 2008 n. 7442, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 3, 444.

(14) È interessante notare come la stessa CEDU proprio in riferimento all'art. 1 del protocollo citato nel testo (ed all'art. 7 della Convenzione) ha affermato — con sentenza del 20 gennaio 2009 — essere priva della necessaria base legale la confisca di terreni lottizzati a seguito di sentenza assolutoria per difetto dell'elemento soggettivo, quantunque sussista il solo elemento oggettivo della lottizzazione abusiva.

(15) T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 18 maggio 2010 n. 11984, Pres. Pugliese, Est. Sestini, ha affermato che la nuova formulazione del Trattato dell'Unione europea all'art. 6, comma 2, prevede che «l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» e, secondo il comma 3, «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Ne consegue il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell'Unione con conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 della Costituzione, venendo in tal modo in rilievo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno.

(16) Cfr. Cass., Sez. Un., 14 aprile 2003 n. 5902, in questa *Rivista*, 2003, I, 1189, con una nota di G.

seguito della citata sent. n. 293/2010 della Consulta: su cui v. *infra*, nell'ipotesi di espropriazione illegittima che avesse portato alla realizzazione dell'opera pubblica, la p.a. era tenuta a restituire il bene illegittimamente espropriato, sebbene l'area fosse stata trasformata a seguito della realizzazione dell'opera, salvo che non veniva emesso un provvedimento ad efficacia sanante, sulla base di un'attenta valutazione degli interessi in conflitto (17), fermo restando il diritto al risarcimento del danno a favore del privato (18). Per quanto attiene alla individuazione del contenuto motivazionale del provvedimento di acquisizione adottato ai sensi dell'art. 43 d.p.r. n. 327/2001, la giurisprudenza ha sottolineato l'essenzialità della comparazione degli interessi in conflitto (del proprietario alla restituzione dell'immobile ormai trasformato e dell'amministrazione espropriante al mantenimento dell'opera pubblica). In particolare, si è affermato che la normativa in questione attribuiva alla p.a. un ampio potere discrezionale da esercitare previa apposita e puntuale valutazione degli interessi in conflitto, in quanto l'atto di acquisizione, che assorbe dichiarazione di pubblica utilità e decreto di esproprio, doveva non solo valutare la pubblica utilità dell'opera, secondo i parametri consueti, ma doveva altresì tener conto che il potere acquisitivo in parola — avente, in qualche misura valore sanante dell'illegittimità della procedura espropriativa ma solo *ex nunc* — aveva natura eccezionale e non poteva risolversi in una mera alternativa alla procedura ordinaria. Il provvedimento *ex art. 43 cit.* doveva, perciò, trovare la sua giustificazione nella particolare rilevanza dell'interesse pubblico posto a raffronto con l'interesse privato, con la conseguenza che la motivazione dell'atto o della richiesta di acquisizione doveva essere, quindi, particolarmente esaustiva della valutazione degli interessi in conflitto e, conseguentemente, più stringente doveva essere il sindacato giurisdizionale (19).

Con le sentenze nn. 2 e 4 del 2005 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato si è assistito all'abbandono dell'istituto dell'occupazione appropriativa (20). In particolare, con tali pronunce è stato precisato, da un lato, che la perdita della proprietà da parte del privato e l'acquisto in capo all'amministrazione potevano conseguire unicamente all'emanazione

(17) Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2010 n. 3655, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 7-8, 1631, ha affermato che nell'art. 43, d.p.r. n. 327/2001 l'espressione « valutati gli interessi in conflitto » comporta la necessità di una valutazione comparativa tra l'interesse pubblico e quello privato, quest'ultimo inteso come interesse alla tutela di un diritto costituzionalmente garantito. Sotto questo profilo, quindi, la motivazione deve porre in luce esattamente i motivi di interesse alla realizzazione dell'opera, indicando anche la non percorribilità di soluzioni alternative; deve dare peso concreto delle contingenze che hanno interrotto, sospeso, annullato o comunque non hanno condotto a buon fine il giustoprocedimento espropriativo; della assoluta necessità, e non mera utilità, che l'immobile sia acquisito nello stato in cui si trova; infine, della natura della trasformazione subita e dunque del fatto che la mancata acquisizione costituirebbe un prelievo di risorse pubbliche. Per un'attenta disamina delle questioni sostanziali e processuali poste dall'art. 43 si rinvia a G. MARI, *Rassegna delle questioni ancora aperte sull'acquisizione sanante ex art. 43 d.p.r. n. 327 del 2001. I persistenti dubbi di legittimità costituzionale*, in questa *Rivista*, 2008, II, 147 ss.

(18) T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 14 luglio 2010 n. 45, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 7-8, 2283, rileva che l'art. 43, d.p.r. n. 327/2001 ha natura di norma eccezionale, contenente una potestà unilaterale, a vantaggio esclusivo della p.a. Tale norma, per superare le anomalie delle occupazioni appropriative e/o usurpative, ha previsto una sanatoria postuma che ha quali necessari presupposti: l'impossessamento materiale del bene da parte della p.a., la sua modificazione ed utilizzazione attuale pubblica, la valutazione-contemperazione degli interessi in conflitto, il risarcimento pieno del danno.

(19) Cons. Stato, Sez. IV, 26 febbraio 2009 n. 1136, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 6, 1385; Id., 19 febbraio 2010 n. 997, in *Guida dir.*, 2010, II, 94.

(20) T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 1 luglio 2010 n. 1418, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 7-8, 2640, ha precisato che nel nostro ordinamento non può più ritenersi esistente l'istituto — di creazione pretoria — della cosiddetta « occupazione appropriativa », secondo il quale, anche in assenza di un provvedimento ablatorio, l'amministrazione acquista, a titolo originario, la proprietà dell'area altrui, in virtù della trasformazione irreversibile della stessa e in attuazione della dichiarazione di pubblica utilità. Infatti, evidenzia il T.A.R. nella sopraindicata pronuncia che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha espressamente affermato che l'istituto in questione rappresenta un'illegittima compressione del diritto di proprietà privata, configurando una violazione del Protocollo Addizionale n. 1 della Convenzione europea e che spetta all'ordinamento italiano l'individuazione dei mezzi di tutela, i quali devono essere efficaci e collegarsi in un quadro normativo chiaro, preciso e prevedibile. E proprio per l'attuazione dei suddetti principi è stato introdotto nel nostro ordinamento l'art. 43, d.p.r. 8 giugno 2001 n. 327. Pertanto, condizione imprescindibile per l'acquisto della proprietà in capo all'ente precedente è che venga adottato il provvedimento di acquisizione sanante, ai sensi del menzionato art. 43, t.u. espropriazioni, senza che possa operare la decorrenza del termine prescrizione, stante il carattere permanente dell'illecito aquiliano posto in essere dalla p.a.

zione di un provvedimento formale, nel rispetto del principio di legalità e di preminenza del diritto; dall'altro lato, che l'acquisizione coattiva sanante rispettava i parametri imposti dalla Corte europea e dai principi costituzionali, in quanto l'acquisto del bene avveniva in virtù di un provvedimento previsto dalla legge e, soprattutto, con efficacia *ex nunc*, con conseguente rispetto delle esigenze di chiarezza dell'ordinamento e di preminenza del diritto. Tale provvedimento e l'esercizio della relativa discrezionalità (circondato da particolari cautele) era sindacabile in sede giurisdizionale. In tal caso, poi, era assicurato il risarcimento del danno ed in assenza di provvedimento, la restituzione dell'area poteva essere impedita soltanto per una espressa rinuncia del privato alla restituzione. Quindi, il citato art. 43, accomunando nel regime ogni forma di occupazione *sine titulo*, prevedeva la possibilità dell'acquisto della proprietà da parte della p.a. con un formale atto amministrativo, sulla base — come già detto — della rigorosa valutazione degli interessi in conflitto (21), poiché l'atto di acquisizione (che assorbiva la dichiarazione di pubblica utilità e il decreto di esproprio) doveva avere nel dovuto conto la pubblica utilità dell'opera — secondo i normali parametri — ma anche il carattere eccezionale del succitato provvedimento in sanatoria, che non poteva e non doveva essere trasformato in un'alternativa al procedimento ordinario di espropriazione (22). Pertanto, il sistema operativo di cui al citato art. 43 — che doveva necessariamente orientarsi sulla particolare rilevanza dell'interesse pubblico rispetto all'interesse del privato — diventava l'unico titolo idoneo a far acquisire il diritto di proprietà alla p.a., superando così l'anomalo modo di acquisto consistente nella irreversibile trasformazione del suolo (23). Lo stesso art. 43, poi, estendeva tale disciplina anche alle servitù, rispetto alle quali — però — la giurisprudenza aveva escluso l'applicabilità della c.d. occupazione appropriativa, trattandosi di fattispecie non estendibile all'acquisto di un diritto reale *in re aliena*, per difetto del requisito dell'irreversibile trasformazione del suolo (24).

(21) Secondo T.A.R. Sardegna, Sez. II, 9 giugno 2009 n. 919, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2009, 6 1922, per effetto del citato art. 43, comma 3, il giudice amministrativo si trova investito del potere di ricercare l'equilibrio fra contrapposti interessi, alla stessa stregua del giudice civile, investito dall'art. 2058 c.c. di valutare se la reintegrazione in forma specifica, pur possibile materialmente e giuridicamente, non sia eccessivamente onerosa per il debitore; l'esclusione della restituzione significa, infatti, per il privato espropriato, che pure ha ragione (viene infatti confermata la pronuncia di illegittimità dell'operato dell'amministrazione), l'ottenimento della sola tutela in forma obbligatoria e per equivalente, e non già in forma reale.

(22) T.A.R. Veneto, Sez. I, 14 maggio 2007 n. 1462, in questa *Rivista*, 2008, 393, ha precisato che la disciplina di cui all'art. 43 d.p.r. n. 327/2001 non può reputarsi implicitamente compresa in una delega della p.a. ad altro soggetto testualmente riferita alle sole attività inerenti gli espropri per la realizzazione delle opere pubbliche secondo la normativa vigente in materia: ciò in quanto essa si configura come modalità ablatoria della proprietà privata del tutto speciale rispetto al normale procedimento di espropriazione, ed inoltre per il fatto che devesi ritenere come naturalmente ed esclusivamente compreso nella delega accordata dall'amministrazione l'espletamento di attività legittime, e non già anche la corresponsione di somme a titolo di danno in dipendenza di espropri espletati *contra ius* (fattispecie relativa al decreto adottato dall'ufficio espropriazioni di Veneto Strade s.p.a., ai sensi dell'art. 43, d.p.r. n. 327 del 2001 per l'acquisizione al patrimonio indisponibile della Regione Veneto di un'area di privati ricorrenti: come rilevato dal Collegio, tale società di diritto privato utilizzava il bene soltanto in forza della concessione che la medesima società aveva ottenuto da parte della Regione Veneto trattandosi del soggetto gestore delle strade di interesse regionale, di cui al combinato disposto degli artt. 96, comma 1, e 95, comma 1, lett. c, l.r. Veneto 25 ottobre 2001 n. 29 e s.m.; pertanto il provvedimento acquisitivo è stato annullato, essendo competente ad emetterlo — in carenza di qualsivoglia delega, sia *ex lege* sia di fonte provvedimentale o negoziale — la sola amministrazione regionale, mediante l'organo a ciò designato dal proprio ordinamento).

(23) T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 15 aprile 2010 n. 467, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 4, 1462, ha affermato che l'amministrazione può divenire proprietaria del terreno di proprietà privata solo con l'emissione di un decreto di acquisizione ai sensi dell'art. 43, d.p.r. n. 327/2001, che si riferisce anche alle occupazioni *sine titulo* già sussistenti alla data di entrata in vigore del t.u. Ciò sia nel caso di occupazione assistita da valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità, secondo lo schema proprio della c.d. occupazione acquisitiva elaborato dalla pregressa giurisprudenza della Cassazione, sia nel caso in cui l'occupazione non sia basata su una dichiarazione di pubblica utilità, che non sia mai intervenuta ovvero sia venuta meno in seguito ad annullamento in sede giurisdizionale. A ciò consegue che, in assenza dell'esercizio del potere di acquisizione, grava sull'amministrazione l'obbligo di restituzione del terreno illecitamente detenuto.

(24) L'art. 43 cit. secondo la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione presupponeva in ogni caso di «un'attività manipolativa del bene da parte della p.a.» (Cass., Sez. I, 11 giugno 2009 n. 13578), che non doveva concretizzarsi necessariamente in una irreversibile trasformazione dello stesso, in quanto la modifica del bene immobile cui si riferiva la norma citata «per la sua evidente maggior ampiezza e portata, è tale da ricomprendere anche situazioni nelle quali ad essere significativamente mutato

La determinazione del risarcimento del danno scaturente dall'occupazione ha avuto una disciplina altalenante. Infatti, prima delle novità previste dalla finanziaria per il 2008 in tema di indennizzo per l'espropriazione di aree edificabili e di risarcimento per l'utilizzazione di suoli edificabili, l'ammontare del risarcimento del danno derivante dall'occupazione illegittima era determinato dall'art. 5-bis del d.l. n. 333/1992 s.m.i. il cui criterio è stato recepito dall'art. 55 d.p.r. n. 327/2001, secondo il quale nel caso di utilizzazione di un suolo edificabile per scopi di pubblica utilità, in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio alla data del 30 settembre 1996, ai fini della determinazione del risarcimento del danno si applicavano i criteri previsti dall'articolo 37, comma 1, con esclusione della riduzione del quaranta per cento e con l'incremento dell'importo nella misura del dieci per cento.

In seguito alle sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, che hanno dichiarato l'illegittimità dell'art. 5-bis, nonché dell'art. 37, d.p.r. n. 327/2001, il legislatore è intervenuto prevedendo una disciplina organica in materia. Infatti, l'art. 2, comma 89, lett. e) della l. n. 244/2007 (finanziaria per il 2008), ha sostituito il citato art. 55, prevedendo che nel caso di utilizzazione di un suolo edificabile per scopi di pubblica utilità, in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio alla data del 30 settembre 1996, il risarcimento del danno è liquidato in misura pari al valore venale del bene.

Nonostante tutto quanto sopraindicato, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha continuato a condannare anche l'acquisizione coattiva sanante, realizzata mediante provvedimento amministrativo perché, pur essendo in presenza di un atto giuridico e non più di una situazione di fatto, continuerebbe a sussistere il *vulnus* inferito al principio di legalità, in quanto il provvedimento, essendo successivo alla trasformazione del bene, verrebbe a stabilizzare un illecito vantaggio realizzato dalla p.a.

Altro fondamentale profilo della problematica in esame è quello relativo al riparto di giurisdizione: in merito fondamentali sono le sentenze nn. 204/2004 e 191/2006 della Corte costituzionale nonché le sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione civile nn. 13659/2006, 26732/2007, 2688/2007, 13578/2009 e 21470/2009. Da tali pronunce si evince che il moderno criterio di riparto nella materia in esame è il portato della combinazione di due aspetti: quello statico che prende in considerazione la situazione giuridica soggettiva del cittadino (diritto soggettivo/interesse legittimo); quello dinamico che prende in considerazione gli effetti che l'ordinamento attribuisce all'azione amministrativa una volta che questa sia stata esercitata. In particolare, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in tutte le ipotesi in cui si sia in presenza di un mero comportamento della p.a. non riconducibile nemmeno indirettamente ad un pubblico potere (ad es. occupazione usurpativa). Invece, laddove si sia in presenza di un atto amministrativo o un comportamento amministrativo che trovi la propria fonte in un potere pubblico, le relative controversie rientrano nella giurisdizione del g.a. (che potrà tutelare il privato attraverso l'azione demolitoria e risarcitoria rafforzata dal superamento — da parte dell'art. 30, comma 3, c.p.a. — della c.d. pregiudiziale amministrativa). È opportuno precisare che nella materia espropriativa la giurisdizione del giudice amministrativo si configura come giurisdizione esclusiva che, secondo la sentenza n. 91/2006 della Corte costituzionale (25), sussiste non solo nell'ipotesi in cui si impugni un atto del provvedimento espropriativo ma anche se il ricorso punti ad ottenere la tutela del diritto

sia il regime giuridico del bene stesso»: così T.A.R. Toscana, Sez. I, 12 maggio 2009 n. 817, in questa *Rivista*, 2009, 4, 1630.

(25) Afferma Corte cost., 11 maggio 2006 n. 191, che è costituzionalmente illegittimo l'articolo 53, comma 1, del d. lgs. n. 325/2001, trasfuso nell'art. 53, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica n. 327/2001, nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative ai «comportamenti delle pubbliche amministrative e dei soggetti a esse equiparati», conseguenti all'applicazione delle disposizioni del testo unico, specificamente allorché detti comportamenti riguardino progetti la cui dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza sia intervenuta prima dell'entrata in vigore del d.p.r. n. 327/2001, non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere. Infatti, l'attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo della tutela risarcitoria — nella specie richiesta dai ricorrenti ai giudici *a quibus* in quanto i fondi di loro proprietà avevano subito radicali trasformazioni durante il periodo di occupazione disposta per la realizzazione di un'opera pubblica senza decreto di esproprio — si fonda sull'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 della Costituzione, di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma non si giustifica quando il potere che la legge attribuisce alla p.a. per la cura dell'interesse pubblico non sia stato in concreto esercitato, nemmeno mediamente.

di proprietà in presenza di un comportamento della p.a. connesso all'esercizio della funzione pubblica (c.d. comportamenti amministrativi). In particolare, Cassazione, Sezioni Unite del 9 ottobre 2009 n. 21470, riguardo alla giurisdizione in tema di azioni di risarcimento del danno da occupazione appropriativa, ha precisato le seguenti regole: 1) le controversie in materia di occupazione appropriativa iniziate in periodo ancora antecedente al 1° luglio 1998 rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, secondo l'antico criterio di riparto diritti soggettivi-interessi legittimi; 2) le medesime controversie, se iniziate nel periodo corrente dal 1° luglio 1998 al 10 agosto 2000 (data di entrata in vigore della legge n. 205/2000) restano attribuite al giudice ordinario per effetto della sentenza n. 281 del 2004 della Corte costituzionale che, ravvisando nell'art. 7 del d. lgs. n. 80/1998 un eccesso di delega, dichiarò incostituzionali le nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva; 3) invece, le sopraindicate controversie rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se iniziate a partire dal 10 agosto 2000, data di entrata in vigore dell'art. 34 del d. lgs. n. 80/1998 come riformulato dall'art. 7 della l. n. 205/2000; 4) infine, tale giurisdizione è riconducibile all'art. 53 del d.p.r. n. 327/2001 se la dichiarazione di pubblica utilità sia intervenuta a partire dal 1° luglio 2003 data di entrata in vigore del t.u. sulle espropriazioni (26).

Con la pronuncia n. 2582/2007 il Consiglio di Stato, Sezione IV ha definitivamente superato l'orientamento secondo cui, nonostante l'intervento legislativo, l'istituto dell'occupazione appropriativa continuava ad esistere nel nostro sistema giuridico (27).

Il Consiglio di Stato ha, pertanto, censurato una sentenza del T.A.R. che ancora sosteneva tale ultima tesi e c'è da credere che probabilmente ancora qualche T.A.R. si arrochi sulle succitate vecchie posizioni, nonostante che il diritto comunitario sia inequivocabilmente nel senso di negare la sussistenza di qualsiasi forma di espropriazione indiretta o sostanziale, in assenza di un idoneo titolo previsto dalla legge.

La stessa pronuncia n. 2582/2007 del Consiglio di Stato ha fatto delle precisazioni anche sul problema del risarcimento del danno, chiarendo che il *dies a quo* della prescrizione non può coincidere con il momento della irreversibile trasformazione del suolo — come sostenuto dall'orientamento tradizionale — ma deve coincidere con il momento della cessazione della permanenza in quanto nella materia in esame si è in presenza di un illecito a carattere permanente: pertanto il momento della cessazione della permanenza da cui comincia a decorrere la prescrizione non è — come detto — il momento della trasformazione del suolo, ma il momento della restituzione del bene o dell'emanazione (al momento non più possibile per effetto della citata sentenza n. 293/2010 della Corte costituzionale) del decreto in sanatoria (28). Inoltre, la sopraindicata pronuncia n. 2582/2007 ha chiarito anche, in ordine al *quantum debeatur*, che se la p.a. provvede alla restituzione del bene deve risarcire il danno in relazione al periodo della sua utilizzazione senza titolo, periodo che va dalla data di scadenza del termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità a quella della effettiva restituzione, oltre agli interessi moratori (29). Il sistema di tutela antecedente all'intervento della sentenza n. 293/2010 della Consulta era diversamente valu-

(26) Secondo T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 15 aprile 2010 n. 467, cit., sussiste 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.

(27) Anche T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 12 aprile 2010 n. 1907, Pres. Onorato, Est. Zeuli, si è posto nel senso che dall'art. 43 è evincibile il principio secondo cui il diritto di proprietà, in mancanza di decreto di esproprio o di cessione spontanea, si estingue solo per effetto del decreto di acquisizione sanante, per l'appunto previsto dal citato art. 43, così eliminandosi la figura, sorta nella prassi giurisprudenziale, dell'accessione invertita.

(28) T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 16 aprile 2010 n. 7262, Pres. Tosti, Est. Toschei, ha precisato che la lettera dell'art. 43 e la sua *ratio* intendono regolare, innovativamente, le ipotesi di trasferimento coattivamente imposte al proprietario, senza nulla dire in ordine alla perdita della proprietà derivante da una scelta spontanea dell'interessato; in tale secondo caso devono applicarsi i principi comuni in materia di risarcimento del danno. Secondo T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 12 giugno 2009 n. 1085, cit., nel caso di occupazione «*sine titulo*», il trasferimento della proprietà del bene non può attualmente collegarsi alla unilaterale volontà del privato di rinunciare al proprio diritto (evincibile dalla richiesta di liquidazione del danno commisurato alla definitiva perdita della disponibilità del bene), essendo comunque necessaria l'adozione di un espresso provvedimento di acquisizione sanante da parte della amministrazione interessata ai sensi dell'art. 43 cit.

(29) Nella sentenza n. 2582/2007 indicata nel testo è prevista anche un'ulteriore ipotesi (che deve, allo stato, ritenersi superata per effetto della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 43 cit.) relativa al caso di mancata restituzione dell'area a seguito dell'emissione dell'atto di acquisizione. In tale situazione

tato in dottrina: da una parte vi era chi lo riteneva un'equilibrata mediazione tra le opposte esigenze in gioco e chi, invece, sottolineava come la possibilità riconosciuta alla p.a. di paralizzare la pretesa restitutoria del privato attraverso la richiesta della propria condanna al risarcimento del danno costituisse l'anello debole della catena, potendo rendere un'utopia la possibilità di ottenere da parte del privato la restituzione del bene. Quest'ultimo orientamento evidenziava non solo la possibilità di ulteriori censure da parte della Corte europea, ma anche il rischio di una pericolosa difformità di orientamento tra regione e regione e, quindi, tra T.A.R. e T.A.R., con conseguente disparità di trattamento in relazione a fattispecie concrete sostanzialmente assimilabili (su cui *funditus v. infra* par. 8).

5. *La questione di legittimità costituzionale sollevata dal T.A.R. Campania.*

E proprio la possibilità di ulteriori censure da parte della Corte europea ha rappresentato uno degli snodi logici posti a fondamento della questione di incostituzionalità sollevata dal Tribunale amministrativo regionale per la Campania. In particolare, tale giudice con tre ordinanze relative ad altrettanti giudizi, pronunciate le prime due all'udienza del 28 ottobre 2008 (r.o. n. 114 e n. 115 del 2009) e la terza all'udienza del 18 novembre 2008 (r.o. n. 116 del 2009), ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 24, 42, 76, 97, 113 e 117, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 43 del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001 n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità). Nelle prime due ordinanze (r.o. n. 114 e n. 115 del 2009), relative ad identiche fattispecie, si fa presente che i ricorrenti risultano essere proprietari di un fondo sottoposto a procedura ablatoria, in ordine alla quale il medesimo T.A.R., con sentenze rispettivamente n. 73 e n. 74 del 2008, aveva annullato gli atti impugnati e condannato il precedente Comune a restituire il terreno, previo ripristino dello stato dei luoghi. Con ricorso, poi, per l'esecuzione del giudicato, si era chiesta la restituzione del fondo e si era impugnata la delibera del Consiglio comunale con la quale il Comune aveva disposto, *ex art. 43*, comma 2, del citato d.p.r., l'acquisizione al patrimonio indisponibile delle aree in questione, corrispondendo una somma a titolo di risarcimento dei danni. Anche nella terza ordinanza (no. n. 116 del 2009) il ricorrente risulta essere proprietario di un fondo sottoposto ad occupazione da parte del Comune senza alcun procedimento espropriativo. Dopo alterne vicende, il Tribunale ordinario, ritenendo la propria giurisdizione per la natura usurpativa dell'occupazione, aveva, infine, escluso l'acquisto della proprietà in capo alla pubblica amministrazione. Successivamente, però, il Comune aveva adottato *ex art. 43* cit., il decreto, impugnato nel giudizio principale, con il quale veniva disposta l'acquisizione coattiva al patrimonio indisponibile comunale dell'area, prevedendo in favore del proprietario, oltre l'indennizzo, il risarcimento del danno nonché il computo degli interessi moratori a decorrere dal giorno in cui il terreno era stato occupato senza titolo. In particolare, il ricorrente deduceva la violazione degli artt. 43 e 57, comma 1, del d.p.r. n. 327/2001, lamentando l'inapplicabilità al caso di specie del procedimento *ex art. 43* ed invocando l'applicazione del regime transitorio *ex art. 57*, comma 1, con obbligo di restituzione dell'immobile e risarcimento del danno *ex art. 2043* del codice civile per l'illegittima, ulteriore occupazione. Ciò posto, il T.A.R. Campania, dopo aver passato in rassegna la giurisprudenza di legittimità relativa alla cosiddetta occupazione «appropriativa», rileva come tale ricostruzione sarebbe incompatibile con la disciplina normativa introdotta dal d.p.r. n. 327/2001 ed entrata in vigore il 30 giugno 2003, in quanto l'art. 43 cit. subordina all'adozione di apposito provvedimento discrezionale il trasferimento di proprietà dei beni immobili utilizzati per scopi di interesse pubblico, a seguito di trasformazione, determinatasi in assenza del valido ed efficace provvedimento espropriativo o dichiarativo della pubblica utilità. Inoltre, il T.A.R. esclude che l'art. 43 disponga solo per il futuro, trattandosi di disposizione, avente natura processuale, riferita a tutti i casi di occupazione *sine titulo*, anche già sussistenti alla data di entrata in vigore del testo unico (30). Quanto alla giurisdizione, lo stesso T.A.R. condivide il consolidato orientamento giurispru-

si sarebbe dovuto provvedere al risarcimento del danno in relazione al periodo dell'utilizzazione senza titolo, oltre che all'importo spettante per effetto delle disposizioni del t.u., ed agli interessi di mora.

(30) Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 21 maggio 2007 n. 2582, in *Guida dir.*, 2007, 23, 73; Id., Ad. plen., 29 aprile 2005 n. 2, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2005, 4, 1058; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 27 ottobre 2003 n. 2160, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2004, 997.

denziale secondo cui, in materia di procedimenti di espropriazione per pubblica utilità, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie nelle quali si faccia questione, anche a fini risarcitori, di attività di occupazione e trasformazione di un bene conseguenti ad una dichiarazione di pubblica utilità e con essa congruenti, anche in presenza di atti poi dichiarati illegittimi. Quanto, poi, alla delibera di acquisizione delle aree, il giudice amministrativo si rifà alla giurisprudenza secondo cui tale atto persegue una finalità di sanatoria di situazioni prive di procedure legittime di esproprio, senza che rilevi la causa della illegittimità del comportamento (assenza di una dichiarazione di pubblica utilità, annullamento di essa oppure altre cause), risultando in proposito rilevante il solo fatto che l'interesse pubblico non potrebbe essere soddisfatto se non con il mantenimento della situazione ablativa. Sotto il profilo della rilevanza della sollevata questione di legittimità costituzionale, il T.A.R. Campania fa presente che, aderendo a tale orientamento, l'introitato ricorso in ottemperanza dovrebbe essere dichiarato improcedibile, in virtù dell'atto formale di acquisizione sanante, mentre il ricorso avverso la delibera consigliere dovrebbe essere rigettato, perché il provvedimento oggetto di impugnazione deve ritenersi conforme al modello astratto di cui al citato art. 43. Tale norma è tacciata di incostituzionalità da parte del Tribunale amministrativo campano sotto molti profili. Anzitutto, in relazione agli artt. 3, 24, 42, 97 e 113, Cost. il Tribunale evidenzia come l'esercizio del potere autoritativo di acquisizione dell'area, attraverso l'adozione di un atto amministrativo, che consente di evitare la restituzione del bene e di sanare la pregressa illegalità, avrebbe assunto la natura di strumento «ordinario», attraverso il quale «si legalizza l'illegale», rimuovendo l'illecito aquiliano attraverso l'atto di acquisizione. Si verrebbe, così, a capovolgere la garanzia costituzionale del diritto di proprietà di cui all'art. 42 Cost., nella misura in cui la norma consente alla pubblica amministrazione, anche deliberatamente, di eludere gli obblighi procedimentali della instaurazione del contraddittorio, delle tre fasi progettuali e della verifica delle norme di conformità urbanistica, norme peraltro imposte non soltanto dall'autorità comunale, ma anche da quelle preposte alla tutela di ulteriori e distinti vincoli. Invece, l'abuso di tale strumento imporrebbe una lettura restrittiva della disposizione, in quanto difficilmente nella pratica sarebbe possibile immaginare ipotesi in cui l'amministrazione non possa giustificare il proprio operato, con la necessità di perseguire uno scopo pubblico. Nella materia in esame, poi, non si può — ad avviso del T.A.R. Campania — prescindere dai principi costituzionali e dalla Convenzione europea (31), secondo cui il diritto di proprietà può essere acquistato dall'amministrazione soltanto attraverso l'emanazione di un formale provvedimento amministrativo. Lo stesso giudice amministrativo, inoltre, precisa che la questione di legittimità costituzionale viene sollevata, prendendo atto che, di fatto, la sentenza che ha dichiarato l'illegittimità della procedura si pone come una sorta di atto presupposto del procedimento che si perfeziona con l'atto di acquisizione, con conseguente grave lesione del principio generale dell'intangibilità del giudicato amministrativo sostanzialmente vanificato da un atto amministrativo di acquisizione per utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico. A ciò si aggiunga che l'acquisizione sanante ben potrebbe essere reiterata all'infinito, divenendo non più uno strumento straordinario, ma ordinario, con conseguente vanificazione dei principi di certezza giuridica e di tutela delle posizioni giuridiche. In tale contesto, il T.A.R. chiarisce di avere inutilmente tentato di addivenire ad una interpretazione adeguatrice, al fine di attribuire alla norma un significato costituzionalmente corretto. Quanto, poi, all'art. 117, primo comma, Cost., il T.A.R. esclude che l'art. 43 cit. sia conforme ai principi della Convenzione europea ed all'art. 6 (F) del Trattato di Maastricht (modificato dal Trattato di Amsterdam), in base al quale «l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in quanto principi generali del diritto comunitario». In tal senso si pone la costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (20 aprile 2006; 15 novembre 2005; 17 maggio 2005), la quale più volte ha affermato la non conformità all'art. 1, prot. 1, della Convenzione, della prassi sulla cosiddetta «espropriazione indiretta», secondo cui l'amministrazione diventerebbe proprietaria del bene in assenza di un atto ablatorio. Infine, i rimettenti censurano il citato art. 43

(31) La convenzione indicata nel testo è stata ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955 n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952).

anche con riferimento all'art. 76 Cost., in quanto l'art. 7, comma 2 lettera *d*), della legge-delega 8 marzo 1999 n. 50 (Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione 1998) avrebbe delegato al Governo il mero «coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti, apportando, nei limiti di detto coordinamento, le modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa anche al fine di adeguare e semplificare il linguaggio normativo». Invece, la norma censurata non troverebbe «riferimento o principi e criteri direttivi in norme preesistenti», in quanto non si potrebbe sostenere che l'acquisizione sanante rappresenti una modifica necessaria per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa.

In sede di giudizio l'Avvocatura dello Stato ha eccepito l'inammissibilità delle sopraindicate questioni per difetto di rilevanza nel giudizio *a quo*, in quanto la giurisprudenza della Consulta, della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato avrebbe escluso l'applicabilità del citato art. 43 alle occupazioni approprieative verificatesi prima del 30 giugno 2003, data di entrata in vigore del d.p.r. n. 327/2001.

La difesa erariale ha eccepito, inoltre, l'inammissibilità della questione anche per la mancata ricerca di una lettura costituzionale dell'art. 43 cit. quale via legale d'uscita dalle situazioni di illegittimità censurate dalla Corte europea.

6. La sentenza della Corte cost. 8 ottobre 2010 n. 293.

La Consulta, con la sentenza n. 293 dell'8 ottobre 2010, ha preliminarmente affrontato le questioni sollevate dall'Avvocatura dello Stato ritenendole infondate.

Quanto al profilo della rilevanza, la Corte costituzionale propende per la natura di norma processuale dell'art. 43, applicabile, quindi, anche alle fattispecie anteriori alla propria entrata in vigore (32).

Tale aspetto costituisce uno dei punti di maggiore criticità della sentenza visto che il provvedimento di cui all'art. 43 cit. «ha efficacia *ex nunc* e, quindi, a differenza di quanto sostiene la Corte, a sostegno delle perplessità riferite in *obiter* all'istituto, non vi è "un'efficacia sanante retroattiva" e non "si prevede un generalizzato potere di sanatoria, attribuito alla stessa amministrazione che ha commesso l'illecito"; la sanatoria, infatti, ha intrinseca efficacia retroattiva, evenienza questa ripetutamente esclusa dalla giurisprudenza che ha applicato l'articolo 43» (33). È stato anche evidenziato come la Consulta finisca per contraddire — sul punto — anche «la propria giurisprudenza desumibile dalla sentenza n. 191 del 2006 (in specie paragrafo 3.2)» (34).

Quanto, poi, alla questione preliminare relativa alla possibilità di perseguire un'interpretazione costituzionalmente orientata, la Consulta — come si vedrà meglio in seguito —

(32) Secondo T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 25 novembre 2009 n. 1311, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2009, 11, 3267, a seguito dell'introduzione dell'art. 43, d.p.r. n. 327/2001, è escluso che possa operare il meccanismo dell'occupazione acquisitiva, di talché, in assenza di provvedimento di acquisizione, il soggetto interessato potrà sempre agire per la restituzione del bene, sia con riferimento alle fattispecie successive all'entrata in vigore del testo unico espropriazioni, sia in relazione a fattispecie pregresse, rispetto alle quali non sia intervenuto un giudicato. Quanto detto non comporta tuttavia alcuna preclusione per il proprietario, cui l'amministrazione abbia sottratto un suolo (il bene) in via di fatto o sulla base di un titolo poi annullato o divenuto inefficace, di chiedere, in luogo della restituzione del bene, il risarcimento per equivalente; a questi fini, non potrà prescindersi dall'univoco tenore della domanda, che, sotto il profilo della *causa petendi*, risulta caratterizzata dalla deduzione dell'elisione delle facoltà dominicali, attuata mediante la trasformazione irreversibile del bene e, sotto il profilo del *petitum*, dalla richiesta di risarcimento per equivalente, attraverso condanna dei soggetti responsabili al pagamento di una somma di denaro. Anche T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 5 ottobre 2009 n. 1022, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2009, 10, 2956, ha sostenuto che l'art. 43 d.p.r. 8 giugno 2001 n. 327, il quale conclude che l'amministrazione diventi proprietaria di un bene in assenza di un titolo previsto dalla legge, è applicabile a tutti i casi di occupazioni *sine titulo*, ancorché già sussistenti alla data di entrata in vigore del testo unico. L'art. 57 del medesimo provvedimento, infatti, ha previsto norme transitorie unicamente per individuare l'ambito di applicazione della riforma in relazione alle diverse fasi «fisiologiche» del procedimento, ma non ha limitato l'ambito di applicazione dell'art. 43, in quanto l'atto di acquisizione, per definizione esterno ad un procedimento «in corso», non rientra nell'ambito di operatività della normativa transitoria di cui all'art. 57.

(33) Così F. PATRONI GRIFFI, *Prime impressioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010 in tema di espropriazione indiretta*, in *Riv. dir. pubbl. com. e comp.*, 2010, 5.

(34) Così D. PONTE, *Travolta un'altra norma in materia di espropri: ora un intervento non viziato da eccesso di delega*, in *Guida dir.*, 2010 n. 42, 110.

evidenzia l'innovatività della norma e solleva dubbi in ordine alla piena conformità della disciplina censurata alle indicazioni della Corte europea sopranazionale.

Nel merito il Giudice delle leggi, privilegiando la natura formale e, quindi, pregiudiziale del terzo profilo sollevato dal T.A.R. Campania, ha accolto la questione proposta sotto l'assorbente aspetto dell'eccesso di delega.

La parte ricostruttiva della pronuncia in esame prende le mosse dal fatto che la norma censurata ha (*rectius*, aveva) ad oggetto la disciplina dell'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico e consente, all'autorità che abbia utilizzato a detti fini un bene immobile in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, di disporre l'acquisizione al suo patrimonio indisponibile, con l'obbligo di risarcire i danni al proprietario. Vi è, quindi, la possibilità di acquisire al patrimonio indisponibile un bene privato, in precedenza occupato e modificato per la realizzazione di un'opera di interesse pubblico, anche nel caso in cui l'efficacia della dichiarazione di pubblica utilità sia venuta meno, con effetto retroattivo, in conseguenza del suo annullamento o per altra causa, o anche in difetto assoluto di tale dichiarazione («*assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità*»).

La Corte — dopo aver sottolineato che la delega riguardava il «riordino» delle norme di cui all'allegato I alla l. n. 59/1997 e che l'oggetto della legge delega è costituito dal procedimento di espropriazione per causa di pubblica utilità e altre procedure connesse — ricostruisce il contesto normativo e gli istituti di origine giurisprudenziale che hanno nel tempo disciplinato la materia. In particolare, il Giudice delle leggi ricorda che il sistema dell'espropriazione per pubblica utilità risultante dalle leggi n. 2359 del 1865 e n. 865 del 1971 era articolato in un procedimento che presupponeva il provvedimento dichiarativo della pubblica utilità dell'opera e la fissazione di termini, con la connessa disciplina dei casi di indifferibilità ed urgenza. In seguito, la legge n. 865 del 1971 aveva previsto la concentrazione del procedimento in un'unica fase, ricollegando la dichiarazione di pubblica utilità, unitamente alla dichiarazione di indifferibilità ed urgenza delle opere pubbliche, all'approvazione dei progetti delle opere da parte degli organi competenti. A fronte di una nutrita serie di patologie dei procedimenti amministrativi di espropriazione, la giurisprudenza di legittimità con riferimento all'accertamento dell'occupazione *sine titulo* da parte della pubblica amministrazione aveva elaborato gli istituti — in precedenza richiamati — dell'occupazione «*appropriativa*» (caratterizzata da una anomalia del procedimento espropriativo, a causa della sua mancata conclusione con un formale atto ablativo) ed «*usurpativa*» (collegata alla trasformazione del fondo di proprietà privata, in assenza di dichiarazione di pubblica utilità). Nella prima ipotesi la destinazione irreversibile del suolo privato illegittimamente occupato determinava l'acquisto a titolo originario, da parte dell'ente pubblico, della proprietà del suolo e la contestuale estinzione del diritto di proprietà del privato, invece limitatamente al caso in cui si riscontrasse una valida dichiarazione di pubblica utilità che permetteva di far prevalere l'interesse pubblico su quello privato. Invece, l'«*occupazione usurpativa*», non accompagnata da dichiarazione di pubblica utilità (*ab initio* o per effetto dell'intervenuto annullamento del relativo atto o per scadenza dei relativi termini) non comportava l'effetto acquisitivo a favore della pubblica amministrazione. Nella redazione del testo unico il legislatore delegato era tenuto ad osservare i seguenti principi e criteri direttivi contenuti nell'art. 7, comma 2, l. n. 50/1999 in materia di delegificazione e testi unici: la puntuale individuazione del testo vigente delle norme (lettera *b*); l'indicazione delle norme abrogate, anche implicitamente, da successive disposizioni (lettera *c*); il coordinamento «formale» del testo delle disposizioni vigenti, apportando, nei limiti di detto coordinamento, le modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa, anche al fine di adeguare e semplificare il linguaggio normativo (lettera *d*); l'indicazione delle disposizioni, non inserite nel testo unico, che restavano comunque in vigore (lettera *e*) e l'esplicita abrogazione di tutte le rimanenti disposizioni, non richiamate, che regolavano la materia oggetto di delegificazione, con espresa indicazione delle stesse in apposito allegato al testo unico (lettera *f*).

Per accertare l'eventuale violazione dei sopraindicati principi e criteri direttivi, la Corte costituzionale, seguendo la propria consolidata giurisprudenza, attua un controllo sulla delega legislativa attraverso due percorsi interpretativi: il primo relativo alle norme che determinano l'oggetto, principi e i criteri direttivi indicati dalla delega, tenendo presente il complessivo contesto di norme in cui si collocano le finalità poste a fondamento della legge di delegazione (la *ratio* della delega); il secondo relativo alla norma posta dal

legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi e i criteri direttivi della delega, anche se costituenti sviluppi coerenti del sistema.

La medesima Corte, con sentenze precedenti, ha affermato che qualora la delega abbia ad oggetto (come nel caso in esame) la revisione, il riordino ed il riassetto di norme preesistenti, un adeguamento della disciplina al nuovo quadro normativo complessivo, conseguito dal sovrapporsi, nel tempo, di disposizioni emanate in vista di situazioni ed assetti diversi, risulta ammissibile soltanto nel caso in cui siano stabiliti principi e criteri direttivi idonei a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato. Sulla base di tali elementi la Consulta arriva alla conclusione che nella formulazione dell'art. 43 non è possibile ravvisare né il rispetto dei principi e dei criteri direttivi della legge delega, né fare riferimento al contesto degli orientamenti giurisprudenziali, in quanto più profili della cosiddetta «*acquisizione sanante*» eccedono gli istituti della occupazione appropriativa e della occupazione usurpativa, delineati dagli orientamenti giurisprudenziali.

In altri termini, con l'art. 43 cit. sono state introdotte soluzioni sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo previgente, soluzioni ritenute non ammissibili dalla Corte costituzionale, in quanto la legge-delega aveva conferito, sul punto, al legislatore delegato il potere di provvedere soltanto ad un coordinamento «formale» relativo a disposizioni «vibranti»: non è possibile — ad avviso della Consulta — rinvenire alcuna norma che potesse giustificare un intervento della pubblica amministrazione, in via di sanatoria, sulle procedure ablatorie previste: «la norma in esame non solo è marcatamente innovativa rispetto al contesto normativo positivo di cui era consentito un mero riordino, ma neppure è coerente con quegli orientamenti di giurisprudenza che, in via interpretativa, erano riusciti a porre un certo rimedio ad alcune gravi patologie emerse nel corso dei procedimenti espropriativi» (35).

Inoltre, non è neppure possibile rinvenire un rapporto di coerenza tra la citata disciplina ed i precedenti orientamenti giurisprudenziali, i quali avrebbero potuto costituire quei parametri di limite all'esercizio della discrezionalità del legislatore delegato.

Da ciò l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 cit. per eccesso di delega (36).

7. *Profili critici.*

Uno dei punti di maggiore criticità della sent. n. 293/2010 della Corte costituzionale è rappresentato dalla adesione alla teoria della natura processuale della norma di cui all'art. 43 cit. (37). Infatti, l'eccezione di irrilevanza sollevata dall'Avvocatura dello Stato è

(35) Così la sent. n. 293/2010 della Corte costituzionale, che nei successivi periodi della stessa pronuncia afferma: «siffatto carattere della norma impugnata trova conferma significativa nella circostanza che, secondo la giurisprudenza di legittimità in materia di occupazione di urgenza, la sopravvenienza di un provvedimento amministrativo non poteva avere un'efficacia sanante retroattiva, determinata da scelte discrezionali dell'ente pubblico o dai suoi poteri autoritativi. Nel regime risultante dalla norma impugnata, invece, si prevede un generalizzato potere di sanatoria, attribuito alla stessa amministrazione che ha commesso l'illecito, a dispetto di un giudicato che dispone il ristoro in forma specifica del diritto di proprietà violato. Il legislatore delegato, in definitiva, non poteva innovare del tutto ed al di fuori di ogni vincolo alla propria discrezionalità esplicitamente individuato dalla legge-delega. Questa Corte ha in proposito affermato, infatti, che, per quanta ampiezza possa riconoscersi al potere di riempimento del legislatore delegato, «il libero apprezzamento» del medesimo «non può mai assurgere a principio od a criterio direttivo, in quanto agli antipodi di una legislazione vincolata, quale è, per definizione, la legislazione su delega (sentenza n. 340 del 2007 e n. 68 del 1991)».

(36) D. PONTE, *Travolta un'altra norma in materia di espropri: ora un intervento non viziato da eccesso di delega*, cit., 112, afferma che la giurisprudenza amministrativa più volte ha evidenziato, oltre alla possibile lettura costituzionalmente conforme dell'art. 43, il rispetto dei parametri costituzionali compreso quello di cui all'art. 76 in quanto l'art. 7, secondo comma, della legge n. 50/1999 permetteva «la redazione di un testo unico "innovativo", anche in relazione ai profili sostanziali dell'espropriazione per pubblica utilità, e considerato che la nozione di "coordinamento" contenuta nella citata legge di delega consentiva un incisivo intervento sul contenuto delle norme preesistenti, al fine di rendere il tessuto normativo più in sintonia con l'evolversi dei principi generali, dei valori complessivi dell'ordinamento e con il «diritto vivente» in *subjecta materia* creato dalla giurisprudenza europea, costituzionale e di legittimità» (T.A.R. Puglia, Lecce, 21 dicembre 2007 n. 4373, in www.giustizia-amministrativa.it). Pertanto, il carattere di indubbia innovatività andava iscritto nell'ambito di un contesto di adeguamento a principi e obiettivi preminenti.

(37) Anche T.A.R. Liguria, Sez. I, 20 aprile 2010 n. 1833, cit., ha sostenuto che l'istituto di cui all'art. 43, d.p.r. n. 327/2001 è applicabile pure alle fattispecie in cui la dichiarazione di pubblica utilità sia intervenuta prima dell'entrata in vigore del testo unico sulle espropriazioni. Tuttavia, lo stesso giudice (T.A.R. Liguria, Sez. I, 27 novembre 2008 n. 2048, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2008, 11, 3006) ha anche affermato

stata rigettata — come già accennato — in considerazione di tale natura processuale e, quindi, in considerazione della generale applicazione dell'art. 43 cit. anche con riguardo alle occupazioni attuate prime dell'entrata in vigore di tale norma (38). Si è detto in precedenza che da più parti si è evidenziato come la giurisprudenza (prevalentemente ordinaria) e la stessa Corte costituzionale (nella sent. n. 1/2006) avessero assunto in merito un orientamento diametralmente opposto, sostenendo l'efficacia *ex nunc* del provvedimento sanante di cui al citato art. 43. In particolare, le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza 19 dicembre 2007 n. 26732, si sono poste il problema della possibilità di applicare l'art. 43 in via retroattiva, analizzando anche la questione della giurisdizione per le controversie pendenti. La Corte suprema ha concluso per l'inapplicabilità in via retroattiva, analizzando anche la questione della norma in questione che prevederebbe la giurisdizione del giudice amministrativo, affermando per il privato la possibilità — nel caso di provvedimento di acquisizione — di inoltrare la richiesta risarcitoria al giudice ordinario. In altri termini la sopraindicata pronuncia ha ritenuto l'art. 43 inapplicabile, anche agli effetti della giurisdizione, qualora l'acquisizione alla proprietà pubblica fosse avvenuta per irreversibile trasformazione del fondo occupato, consumata anteriormente all'entrata in vigore della stessa norma, tanto più ove la responsabilità per l'appropriazione fosse definita contrattuale, nell'ambito dell'azione di risoluzione di precedente contratto di cessione dei beni oggetto di occupazione, per inadempimento dell'amministrazione cessoria. Secondo le Sezioni Unite nell'ipotesi di proposizione di un'azione di risarcimento dei danni derivanti da occupazione usurpativa, l'azione risarcitoria intrapresa dal privato per la perdita della proprietà, siccome relativa ad un danno arrecato da un mero comportamento dell'amministrazione, nel quale non fosse ravvisabile, nemmeno mediamente, l'esercizio di alcun potere amministrativo, dovrebbe essere attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario, indipendentemente da un autonomo atto di acquisizione dell'immobile utilizzato senza titolo, adottato conformemente all'art. 43 d.p.r. n. 327/2001 come atto utile alla trascrizione nei registri immobiliari. Tali principi sono stati ribaditi nella pronuncia della Corte di Cassazione n. 13578/2009, in tema di risarcimento per occupazione usurpativa. È stata, infatti, confermata l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 43, anche agli effetti della giurisdizione, ove l'acquisizione alla proprietà pubblica fosse avvenuta per irreversibile trasformazione del fondo occupato, realizzata prima dell'entrata in vigore della stessa norma, nulla autorizzando a ritenere una sua entrata in vigore anticipata rispetto al contesto normativo di cui faceva parte (art. 59 d.p.r. n. 327/2001) ed in presenza della norma di chiusura di cui all'art. 57 dello stesso d.p.r. n. 327/2001 (39).

In avviso contrario si è posto l'orientamento giurisprudenziale amministrativo inaugurato dalla pronuncia n. 2582/2007 della IV Sezione del Consiglio di Stato secondo cui la procedura di acquisizione in sanatoria della area occupata *sine titulo* descritta dall'art. 43 trova in generale applicazione anche con riguardo alle occupazioni attuate prima dell'entrata in vigore del d.p.r. n. 327/2001. In effetti, l'art. 57 del medesimo d.p.r., richiamando i «procedimenti in corso» ha previsto norme transitorie unicamente per individuare l'ambito di applicazione della riforma in relazione alle diverse fasi fisiologiche del procedimento sostanziale, mentre l'atto di acquisizione *ex art. 43* è emesso *ab externo* del procedimento espropriativo e non rientra, pertanto, nell'ambito di operatività della normativa transitoria. Tali considerazioni di ordine generale sono state ribadite dalla pronuncia n. 3509/2009 della stessa IV Sezione del Consiglio di Stato, secondo cui il citato art. 43 introduce uno *ius superveniens* di carattere processuale e, quindi, immediatamente applicabile (40).

che l'effetto sanante di cui all'art. 43 cit. non configge con i parametri imposti dalla Corte europea e con i principi costituzionali alla condizione che abbia efficacia *ex nunc*, vale a dire che l'adeguamento della situazione di diritto a quella di fatto, ostativa alla *restituito in integrum*, non avvenga retroattivamente (se del caso) cancellando gli illeciti eventualmente imputabili al comportamento tenuto dai soggetti attivi della procedura acquisitiva.

(38) Sull'applicabilità dell'art. 43 alle occupazioni *sine titulo* perfezionate prima dell'entrata in vigore del d.p.r. n. 327/2001 cfr. anche il paragrafo 3 del lavoro (presente in questo fascicolo della *Rivista*, parte I) di G. MARI, *L'espropriazione indiretta*, cit.

(39) In tal senso Cass., Sez. I, 11 giugno 2009 n. 13578.

(40) Cons. Stato, Sez. IV, 8 giugno 2009 n. 3509, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, 6, 1438. Nel senso della applicabilità dell'art. 43 in questione anche in relazione alle procedure espropriative promosse sotto la disciplina previgente cfr. T.A.R. Sardegna, Sez. II, 9 giugno 2009 n. 919, cit.; Id., 31 gennaio 2008 n. 83, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2008, 1, 294; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 12 giugno 2009 n. 1085, cit.; T.A.R. Sici-

Tale provvedimento (di carattere discrezionale), oltre a non essere retroattivo, non può costituire una mera alternativa alla ordinaria procedura espropriativa, in quanto si fonda su parametri (presupposti e specifica motivazione) differenti da quelli previsti — appunto — per la ordinaria procedura espropriativa (41).

Nemmeno è condivisibile l'affermazione della Corte costituzionale secondo cui «si prevede un generalizzato potere di sanatoria, attribuito alla stessa amministrazione che ha commesso l'illecito». Infatti, la natura non retroattiva del provvedimento in questione si pone in termini di assoluta inconciliabilità con qualsiasi concetto di sanatoria che logicamente presuppone una produttività di effetti estendibile ad una situazione anteriore. Ciò porta anche a comprendere il motivo per cui non poteva ritenersi corretta la qualificazione di provvedimento «sanante» che si attribuiva al decreto di cui all'art. 43. Né è possibile rinvenire dalla disciplina del citato provvedimento acquisitivo elementi contrari alla natura non retroattiva di quest'ultima. Per rendersi conto di ciò è sufficiente richiamare sinteticamente i seguenti principali passaggi dell'art. 43: nel caso di illegittima procedura espropriativa cui si accompagni l'utilizzazione di un immobile per scopi di interesse pubblico, l'autorità che utilizza il bene può disporre che quest'ultimo venga acquisito al patrimonio indisponibile della stessa autorità, con il conseguente diritto del privato al risarcimento (integrale) del danno (42), comprensivo degli interessi moratori; il provvedimento non solo deve valutare gli interessi in conflitto tenendo conto della particolare rilevanza dell'interesse pubblico tale da giustificare una simile misura eccezionale, ma deve anche dare atto delle circostanze che hanno condotto all'indebita utilizzazione del bene indicando, ove risulti, la data in cui la stessa si è verificata; una volta emanato, l'atto deve essere notificato nelle forme degli atti processuali civili e trascritto presso l'ufficio dei registri immobiliari, col conseguente passaggio del diritto di proprietà con effetto *ex nunc*; il risarcimento in luogo della restituzione può essere disposto dal giudice, su richiesta dell'amministrazione, anche nel corso del giudizio di impugnazione degli atti della procedura espropriativa. Ebbene, da tutti i sopraindicati passaggi, non ve n'è uno che possa far propendere per la natura retroattiva del provvedimento in esame. È opportuno rilevare che la citata disciplina estende il meccanismo acquisitivo anche al diritto di servitù, determinando una serie di incongruenze logico-giuridiche oggettivamente non superabili: non a caso, la Corte costituzionale evidenzia la criticità di tale profilo, in ordine al quale è auspicabile — come sarà precisato più avanti — un adeguato intervento legislativo.

Altro punto di criticità della sentenza n. 293/2010 della Consulta è quello in cui si afferma che gli orientamenti giurisprudenziali formati sotto il rigore dell'art. 43 cit. «in via interpretativa erano riusciti a porre un certo rimedio ad alcune gravi patologie emerse nel corso dei procedimenti espropriativi». In senso contrario è facile rilevare che l'incertezza del quadro giurisprudenziale e dottrinale ha comportato in più circostanze la condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo la quale, tra l'altro, ha sempre escluso qualsiasi rilevanza — in ordine alla eventuale violazione della Convenzione — della distinzione operata dalla giurisprudenza italiana tra occupazione appropriativa e occupazione usurpativa. La Corte europea, infatti, si è sempre collocata nel senso di ricomprendere entrambe le sindacate ipotesi nell'ambito della cosiddetta espropriazione indiretta.

A parte i sopraindicati punti di criticità, non si può non prendere atto della sussistenza dell'eccesso di delega rilevato dalla Corte costituzionale: infatti, come chiarito in precedenza, la possibilità di riordinare formalmente — previsto nella legge di delega — non poteva arrivare a comprendere anche la possibilità di introdurre una soluzione così innovativa come la previsione di un provvedimento acquisito. Tuttavia, non si può sottacere che

lia, Palermo, Sez. II, 22 settembre 2008 n. 1182, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2008, 9,2592; T.A.R., Lombardia, Milano, Sez. II, 23 gennaio 2008 n. 156, *ivi*, 1, 28.

(41) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI 9 giugno 2010 n. 3655, cit.; Id. Sez. IV 26 febbraio 2009 n. 1136, in *Resp. civ e prev.*, 2009, 6,1385; Id., 28 aprile 2006 n. 2402, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2006, 4,1175; Cons. Stato, Ad. plen. n. 2 del 2005, cit.

(42) Come già accennato, per effetto delle sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, che hanno dichiarato l'illegittimità dell'art. 5-bis nonché dell'art. 37 d.p.r. n. 327/2001, il legislatore è intervenuto prevedendo una disciplina organica in materia. Infatti, l'art. 2, comma 89, lett. e) della l. n. 244/2007 (finanziaria per il 2008) ha sostituito l'art. 55, d.p.r. n. 327/2001 prevedendo che nel caso di utilizzazione di un suolo edificabile per scopi di pubblica utilità, in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio alla data del 30 settembre 1996, il risarcimento del danno è liquidato in misura pari al valore venale del bene.

la sentenza della Corte costituzionale non si è limitata al solo profilo relativo ai rapporti tra legge di delega e sua attuazione, ma si è spinta oltre esprimendo valutazioni dubitative in ordine all'idoneità dell'art. 43 cit. a superare le ripetute censure rivolte all'Italia dalla CEDU in merito alla violazione della Convenzione europea. Tuttavia, in senso contrario un non isolato orientamento della giurisprudenza amministrativa ritiene che il provvedimento di cui all'art. 43 non si pone di per sé in contrasto con i parametri fissati alla Corte europea né con i principi contenuti nella nostra Costituzione, a condizione che quel provvedimento abbia efficacia *ex nunc* e cioè che l'efficacia acquisitiva, ostativa alla *restitutio in integrum*, non si verifichi retroattivamente (43).

Anche se la CEDU prima della sent. n. 293/2010 della Consulta non ancora era stata chiamata a pronunciarsi specificamente sulla compatibilità dell'art. 43 con la Convenzione europea (44), il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa almeno in un caso è giunto a non ritenere sussistente alcuna forma di incompatibilità tra il provvedimento *ex art. 43 cit.* e la Convenzione europea. In particolare, nell'ambito del procedimento di supervisione sull'esecuzione delle sentenze della CEDU in tema di espropriazione indiretta, il Comitato dei Ministri con la risoluzione n. 3/2007 (45) ha ritenuto che l'introduzione dell'istituto dell'acquisizione appropriativa determinasse una rottura rispetto alla prassi delle espropriazioni indirette, augurando il consolidamento dell'indirizzo giurisprudenziale amministrativo che si stava formando in materia (46).

Da quanto fin qui evidenziato emerge come non sia del tutto condivisibile il quadro normativo e giurisprudenziale (e la relativa valutazione) prospettato dalla Corte costituzionale, anche in relazione ai profili di compatibilità dell'art. 43 cit. con i principi della CEDU.

8. Profili ricostruttivi.

Con il sopraindicato intervento della Corte costituzionale è stata spazzata via una norma che, secondo alcuni, pareva essere stata in grado di soddisfare principi di valenza sovranazionali e di contemperare interessi potenzialmente in conflitto relativi alla salvaguardia di opere pubbliche e alla tutela dei diritti proprietari incisi. In effetti, l'art. 43 cit. costituisce un meccanismo che il Consiglio di Stato, in sede di esercizio tecnico della delega di semplificazione normativa tramite la compilazione di testi unici, aveva predisposto per ovviare a due fenomeni apparentemente opposti quali la sempre maggiore crescita di espropri illegittimi-illeciti e la costante opera della Corte di Cassazione tutta protesa ad individuare — anche forzando noti principi civilistici — soluzioni capaci di salvaguardare le esigenze collegate alle realizzate opere pubbliche ed ai diritti dei proprietari limitati da quest'ultime.

La tipica efficacia *ex tunc* delle sentenze della Corte costituzionale comporta che la sopraindicata pronuncia n. 293/2010 determinerà, evidentemente, importanti conseguenze sul piano pratico, andando ad incidere sulle procedure in corso e sui giudizi aperti con l'esclusione soltanto dei provvedimenti definitivi.

La situazione di incertezza che inevitabilmente si è determinata per effetto del vuoto normativo creato dalla sopraindicata pronuncia può portare a sostenere fondatamente la sussistenza anche dei presupposti di urgenza per giustificare il ricorso alla decretazione d'urgenza. Proprio la natura del vizio che ha portato alla declaratoria di incostituzionalità, induce a ritenere che tale pronuncia prima o poi sarebbe stata adottata dalla Corte costituzionale.

(43) Cfr. T.A.R. Liguria, Sez. I, 27 novembre 2008 n. 2048, cit.

(44) In merito si rinvia, comunque, alla pronuncia della Grande Camera 22 dicembre 2009, caso Guiso-Gallisay c/ Italia.

(45) La risoluzione indicata nel testo è rinvenibile nella Relazione del Governo al Parlamento del 2006 sull'esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato italiano (l. n. 12/2006).

(46) Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2010 n. 3655, cit., ha statuito che l'art. 43, 3 comma, d.p.r. n. 327, non configura un diritto assolutamente potestativo dell'amministrazione, esercitabile senza alcun limite, ma deve necessariamente inquadrarsi, quanto ai presupposti legittimanti, nell'alveo di quanto i primi due commi dell'art. 43 prescrivono per l'esercizio di tale forma straordinaria ed eccezionale di acquisizione di beni privati da parte dell'amministrazione; si richiede, pertanto, la costanza di utilizzazione del bene in oggetto da parte dell'amministrazione per finalità di interesse pubblico.

Stando così le cose, se è vero che tale pronuncia ha oggettivamente determinato una serie di conseguenze di ordine pratico con importanti ripercussioni in ordine al profilo della certezza del diritto, è altrettanto vero che tutto sommato è stato meglio che tale pronuncia non sia stata ulteriormente posticipata. Anzi c'è da pensare che se tale pronuncia fosse intervenuta successivamente i problemi in ordine alla certezza del diritto sarebbero stati certamente maggiori. Tuttavia c'è da dire che non tutti i mali vengono per nuocere perché il nuovo intervento legislativo potrebbe apportare quegli ulteriori aggiustamenti della disciplina necessari per evitare altre censure in ambito sovranazionale.

Per perseguire tale obiettivo è necessario anzitutto che il legislatore intervenga nuovamente nella materia eliminando gli aspetti formali che hanno portato all'annullamento per eccesso di delega. È auspicabile, poi, che il nuovo intervento legislativo si collochi non già nella direzione di istituti ampiamente censurati dalla Corte europea ma nella direzione già presa dall'art. 43 cit. con alcune integrazioni rispetto al testo censurato dalla Consulta (47). È preferibile, ad esempio, non solo escludere il riferimento dell'effetto acquisitivo al diritto di servitù (48), ma anche intervenire in ordine al potere di scelta tra restituzione e risarcimento che il comma 3 dell'art. 43 attribuiva al giudice su richiesta dell'amministrazione (49). In particolare, sarebbe auspicabile prevedere delle forme di limitazione della possibilità di paralizzare la pretesa restitutoria del privato attraverso la richiesta di condanna della p.a. al risarcimento del danno, con conseguente sensibile incremento della possibilità di ottenere da parte del privato la restituzione del bene. In questo modo non solo si potrebbero evitare ulteriori censure da parte della Corte europea, ma si potrebbe anche scongiurare il rischio concreto che l'autonomia dei singoli giudici possa rilevarsi un'arma a doppio taglio, nel senso che gli stessi giudici nell'esercizio delle proprie legittime prerogative legate al libero convincimento possono di fatto determinare — come accennato in precedenza (par. 4) — una situazione di disparità di trattamento tra Regione e Regione e, quindi, tra T.A.R. e T.A.R. Del resto, tale situazione non è completamente scongiurata dalla presenza di specifici rimedi (appello al C.d.S.), in quanto la succitata disparità di trattamento può ulteriormente essere amplificata dalla mancanza di un uniforme orientamento delle diverse Sezioni del Consiglio di Stato, anche in considerazione della possibilità di impugnare le relative decisioni innanzi alla Corte di Cassazione solo per motivi attinenti alla giurisdizione.

Il legislatore — per scongiurare ogni possibile dubbio interpretativo — potrebbe anche spingersi fino al punto di fissare normativamente alcuni importanti aspetti individuati dalla giurisprudenza (50), come l'efficacia *ex nunc* del provvedimento di acquisizione (che sarebbe preferibile non qualificarlo «sanante»), la specificità della motivazione di un provvedimento diverso rispetto alla ordinaria procedura espropriativa e l'ambito temporale di efficacia dell'istituto rispetto alle procedure espropriative in atto (51).

PAOLO TANDA

(47) Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 21 aprile 2010 n. 558, ha precisato che il potere di acquisizione ai sensi dell'art. 43 del d.p.r. n. 327/2001 incontra un limite insuperabile nel passaggio in giudicato della dichiarazione giurisdizionale del diritto dei proprietari alla restituzione del bene immobile conteso, ma il suddetto principio non trova applicazione nei casi in cui 1) la condanna alla restituzione non sia ancora irrevocabile al momento dell'adozione del provvedimento di acquisizione e 2) l'obbligo alla restituzione, seppur promanante da una pronuncia giudiziaria, si presenti sospensivamente condizionato e la relativa condizione non si sia verificata.

(48) Si è accennato nel precedente par. 4 che l'art. 43 estendeva la propria disciplina anche alle servitù. Tuttavia, rispetto a queste ultime la giurisprudenza aveva escluso l'applicabilità della c.d. occupazione appropriativa, trattandosi di fattispecie non applicabile all'acquisto di un diritto reale *in re aliena*, per difetto del requisito dell'irreversibile trasformazione del suolo.

(49) Secondo F. PATRONI GRIFFI, *Prime impressioni*, cit., 5, potrebbe non essere sbagliato seguire le indicazioni contenute nell'interpretazione «adeguatrice» data dal Consigli di giustizia per la Regione Sicilia secondo cui anche in quel caso necessita un provvedimento dell'amministrazione sindacabile dal giudice: in tal senso si pongono le decisioni n. 934 del 2005 e nn. 440/442 del 2006.

(50) Per interessanti prospettive *de iure condendo* si rinvia al paragrafo 5 del lavoro — contenuto in questo fascicolo della *Rivista*, parte I - di G. MARI, *L'espropriazione indiretta*, cit.

(51) Ciò al fine di eliminare il contrasto giurisprudenziale attualmente esistente tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato: cfr. Cass. 4 maggio 2006 n. 10222 e Cons. Stato, Ad. plen. n. 2 del 2005, cit.