

I profili problematici della c.d. acquisizione sanante nell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale.

1. La nuova veste dell'occupazione appropriativa: l'acquisizione sanante. - 2. Uno sguardo alle questioni di giurisdizione. - 3. Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico. L'art. 43, I e II comma. - 4. ...Segue. L'art. 43, III e IV comma. - 5. Il nuovo istituto: giurisprudenza comunitaria e nazionale a confronto. - 6. Conclusioni.

1. La nuova veste dell'occupazione appropriativa: l'acquisizione sanante ed il ruolo della giurisprudenza..

Con l'art. 43 del d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327, il nostro legislatore ha dato riscontro ad un orientamento ormai pacifico della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha più volte ritenuto illegittimo l'istituto dell'occupazione acquisitiva.

Come è noto, tale fattispecie, elaborata "dalla immaginosa giurisprudenza della Cassazione"¹, si realizza quando la pubblica amministrazione (o un suo concessionario), occupando *contra ius*² un fondo per costruirvi un'opera pubblica, realizza una radicale trasformazione del bene occupato³: in questo caso si avrebbe, da un lato, l'estinzione del diritto di proprietà del privato e la contestuale acquisizione della proprietà del bene alla mano pubblica; dall'altro, trattandosi comunque di un illecito (istantaneo ma con effetti permanenti), il privato potrebbe chiedere, nel termine prescrizione di cinque anni decorrenti dal momento della

* Assegnista di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università degli Studi *Magna Graecia* di Catanzaro.

¹ F. G. SCOCA, *Modalità di espropriazione e «rispetto» dei beni (immobili) privati*, in *Dir. amm.* 2006, 3, p. 532.

² Per mancanza di provvedimento autorizzativo o per decorso/scadenza del termine in relazione al quale l'occupazione si sarebbe configurata legittima.

³ Valutazione comunque rimessa al giudice di merito ma da intendere in termini di destinazione irreversibile all'opera pubblica.

irreversibile modifica del fondo, la condanna dell'Amministrazione a risarcire il danno scaturente dalla perdita del diritto dominicale, mediante il pagamento di una somma pari al valore attuale del fondo, con la rivalutazione per l'eventuale diminuzione del potere di acquisto monetario fino al giorno della liquidazione⁴.

In mancanza di una previsione normativa disciplinante la fattispecie e ricorrendo ai principi generali dell'ordinamento, la ricostruzione giuridica ed il *decisum* cui era pervenuta la Corte di legittimità era ispirata dalla esigenza di garantire una tutela effettiva della situazione soggettiva del proprietario: questi poteva agire per il risarcimento del danno⁵, mentre la proprietà, sia del suolo che della costruzione, veniva attribuita al soggetto portatore dell'interesse ritenuto prevalente, per l'appunto l'ente pubblico⁶.

L'istituto, così come congegnato⁷, è stato poi disciplinato dalla legge 27 ottobre 1988, n. 458⁸, ed ha superato il vaglio di costituzionalità⁹. Secondo

⁴ Cass., SS. UU., 16 febbraio 1983, n. 1464, in *Foro it.* 1983, I, pp. 626 ss.

⁵ Trattandosi di fatto illecito, entro il termine prescrizione quinquennale (come ribadito dalla Cass., SS. UU., 25 novembre 1992, n. 12546).

⁶ Questo orientamento fu ribadito dalla giurisprudenza successiva, la quale, pur senza mettere in discussione l'istituto della occupazione acquisitiva, aveva affermato che la realizzazione dell'opera avrebbe comportato l'acquisto da parte dell'Amministrazione del suolo privato (divenuto parte integrante dell'opera pubblica) a titolo originario, e non l'effetto dello spossessamento del privato, comunque illecito se non assistito da apposito titolo.

Per la Corte *a)* l'illiceità della occupazione *sine titulo* non doveva considerarsi presupposto per l'acquisto della proprietà del nuovo bene da parte dell'amministrazione, *b)* solo l'avvenuta costruzione dell'opera avrebbe reso impossibile la coesistenza del diritto di proprietà privata con quella pubblica, poiché lo stesso bene del privato non sarebbe esistito più, essendo diventato parte integrante di un bene demaniale o bene patrimoniale indisponibile. Date queste premesse, il diritto del privato al controvalore, non rientrando nell'ambito del fatto illecito, non sarebbe stato soggetto alla prescrizione quinquennale *ex art.* 2947 cod. civ., bensì, come qualsiasi altro diritto personale di credito, a quella ordinaria decennale *ex art.* 2946 cod. civ. (Cass., sez. I, 11 luglio 1990, n. 7210).

⁷ Un insopportabile privilegio a favore dell'amministrazione, di fatto sostitutivo di un regolare procedimento espropriativo e quindi contrario al principio di legalità amministrativa, D. SORACE, *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, 1991, p. 194; ritenuto in contrasto con i principi dello Stato di diritto e di legalità, poiché avrebbe favorito l'acquisizione coattiva della proprietà in assenza di un provvedimento, F. VOLPE, *Le espropriazioni amministrative senza potere*, Padova, 1996, pp. 172 ss.

la Corte, elemento peculiare della fattispecie sarebbe stato l'*azzeramento* del contenuto sostanziale del diritto di proprietà conseguente alla irreversibile trasformazione del bene, implicante, da un lato, la perdita del diritto privato dominicale (in ciò ravvisandosi l'illecito da indennizzare adeguatamente) e, dall'altro, l'acquisto del nuovo bene (modificato) in capo alla pubblica amministrazione (a titolo originario, per effetto della realizzazione dell'opera pubblica e nella impossibilità di restituire il fondo incorporato nella nuova opera¹⁰).

Le Sezioni Unite, con sentenza 4 aprile 1997, n. 1907, hanno poi ulteriormente distinto dalla occupazione acquisitiva, l'istituto dell'occupazione usurpativa: quest'ultima, infatti, non sarebbe stata sorretta da una valida e perdurante dichiarazione di pubblica utilità¹¹, garanzia fondamentale su cui deve fondarsi per legge l'espropriazione per pubblico interesse¹² ed in assenza della quale perdura il carattere permanente dell'illecito¹³.

⁸ Dove era sancito che il proprietario del terreno, utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica ed espropriato illegalmente, avrebbe avuto diritto al risarcimento del danno con esclusione della retrocessione del bene.

⁹ Corte costituzionale, sentenza 31 luglio 1990, n. 384, in *www.giurcost.org*: “il comma 3 dell'art. 42 Cost. non implica che la potestà espropriativa debba riferirsi ad ipotesi ablativo prefigurate in via generale e accompagnate da sequenze procedurali costanti ed unitarie. Quella potestà si esplica legittimamente anche quando - sempre se sorretta da motivi di interesse generale - si riferisce a concrete fattispecie ablativo non usuali, e perfino già realizzate” (punto 3 *Cons. in dir.*).

¹⁰ Nel tentativo di giustificare l'operato dell'amministrazione, e dunque, nel ribadire la prevalenza dell'opera pubblica sull'interesse del proprietario, per la Corte, l'acquisto del nuovo bene risultante dalla trasformazione del precedente si sarebbe configurato “come una conseguenza ulteriore, eziologicamente dipendente non dall'illecito ma dalla situazione di fatto - realizzazione dell'opera pubblica con conseguente non restituibilità del suolo in essa incorporato -”: sentenza 23 maggio 1995, n. 188, (4.2 *Cons. in dir.*) in *www.giurcost.org*.

¹¹ Sui problemi inerenti al rapporto tra la realizzazione dell'opera e la dichiarazione di pubblica utilità, rapporto in base al quale risulta fondata, ancora oggi, la distinzione tra occupazione acquisitiva ed usurpativa, anche al fine di stabilire il riparto di giurisdizione, critico F. VOLPE, *Acquisizione amministrativa e acquisizione giudiziaria nel sistema delle espropriazioni per pubblica utilità*, in *www.giustamm.it*, pp. 4 - 6.

¹² Dichiarazione di pubblica utilità dell'opera che, secondo Cass., SS. UU., 16 aprile 1984, n. 2435, costituisce “la garanzia prima e fondamentale del cittadino e la pietra angolare su cui deve poggiare, per legge, l'espropriazione per pubblico interesse” e che, se legalmente effettuata dall'amministrazione, conferisce “al bene privato una precisa

La Corte europea dei diritti dell'uomo, nel ricondurre la proprietà privata al rango di diritto inviolabile dell'uomo, ha sviluppato la sua giurisdizione in questa materia, limitando lo spazio discrezionale lasciato al legislatore nazionale: "formalmente ossequiosa del potere discrezionale degli Stati" ne ha ridotto i confini, "sotto ponendolo a obblighi e prescrizioni"¹⁴: sin dalle note sentenze del 30 maggio 2000 *Belvedere Alberghiera s.r.l. c/Italia e Carbonara e Ventura c/Italia*¹⁵, ha ravvisato la

qualificazione giuridica e, quindi, un "vincolo di scopo" preordinato alla realizzazione del fine di pubblica utilità", P. POZZANI, *Le occupazioni appropriativa ed usurpativa dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 191 dell'11 maggio 2006*, in www.giustamm.it; secondo Cons. di Stato, sez. IV, 19 marzo 2009, n. 1651, in www.giustizia-amministrativa.it, "Nel contemperamento dei valori in gioco sottesi alla procedura espropriativa (quello pubblico al perseguimento degli interessi collettivi e generali, quello della solidarietà sociale e quello del proprietario a non vedersi sottrarre un bene da cui ha diritto di trarre ogni possibile e lecita utilità), il ruolo rivestito dal provvedimento di dichiarazione di pubblica utilità (..) è quello di individuare il concreto interesse pubblico da perseguire (attraverso l'approvazione del progetto dell'opera da realizzare) e destinare definitivamente il bene del privato, necessario per la realizzazione di quell'opera, al soddisfacimento dei relativi interessi generali, riconoscendo la sussistenza di un nesso logico, oltreché giuridico e teleologico, tra il bene dichiarato di pubblica utilità ed il provvedimento espropriativo, nel senso che quest'ultimo è autorizzato a sottrarre il bene al legittimo proprietario solo ed esclusivamente nella misura in cui effettivamente il bene stesso sia utilizzato poi per il conseguimento dello specifico interesse pubblico fissato con la dichiarazione di pubblica utilità".

¹³ "con evidenti implicazioni sia in punto di prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante dal protrarsi dell'illecita occupazione sia in punto di esperibilità delle azioni reipersecutorie a tutela della non perduta proprietà". Per la Corte, nel caso di occupazione appropriativa sarebbe stata corretta la previsione quinquennale del termine di prescrizione, mentre, nel caso di occupazione usurpativa, poiché l'illecito permanente si sarebbe sostanziato "oltre che nella lesione di un diritto, nella trasgressione del dovere giuridico di porre fine alla creata situazione di antigiuridicità", il termine di prescrizione non sarebbe decorso se non con la cessazione della permanenza. Da ciò sarebbe scaturito che il dovere di far cessare l'antigiuridicità mediante la restituzione del bene (e la conseguente cessazione della permanenza) non sarebbe venuto meno se non "nel momento dell'atto abdicativo implicito nella proposizione dell'azione di risarcimento del danno e quindi, in sostanza, contestualmente a quest'ultima".

¹⁴ F. MANGANARO, *L'indennità di espropriazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.astrid-online.it, p. 8; dello stesso A., *La tutela multilivello della proprietà privata*, in *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte Costituzionale*, C. Salazar - A. Spadaro (a cura di), Milano 2009, pp. 17 ss.

¹⁵ In *Riv. it. dir. pubb. com.* 2000, pp. 1086 ss.

contrarietà dell'istituto dell'occupazione acquisitiva all'art. 1¹⁶ del Primo Protocollo allegato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Parigi, 29 marzo 1952).

¹⁶ Che così recita “Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da esse ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale per assicurare il pagamento di imposte o di altri contributi o delle ammende”. La disposizione disciplina il diritto delle persone al rispetto dei propri beni e precisa le condizioni cui è sottoposto l'esercizio del potere di espropriazione, costituendo “un'indubbia novità nel panorama internazionale dell'epoca, poiché diviene espressione del tentativo di rendere universali le regole previste fino a quel momento solo per i beni appartenenti a cittadini di Stati stranieri e istituisce per la prima volta un controllo internazionale istituzionalizzato in un settore che fino ad allora faceva parte della competenza interna degli Stati membri”, così M. L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano 2003, pp. 11 ss.; A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti ed uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *www.federalismi.it*, n. 22/2007, evidenzia il passaggio da una tutela del diritto di proprietà affidata esclusivamente alle Costituzioni dei singoli Stati membri ad una “leale collaborazione tra corti”, così P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee: per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli 2008.

La Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo “hanno in definitiva ruoli diversi, sia pure tesi al medesimo obiettivo di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo. L'interpretazione della Convenzione di Roma e dei Protocolli spetta alla Corte di Strasburgo, ciò che solo garantisce l'applicazione del livello uniforme di tutela all'interno dell'insieme dei Paesi membri” (sentenza costituzionale 24 ottobre 2007, n. 349, 6.2 del *Cons. in dir.*, in *www.giurcost.org*).

Diversamente dall'art. 1, che sembra tutelare la proprietà in termini di diritto fondamentale, la nostra Costituzione annovera il diritto di proprietà tra le libertà economiche, e prevede che sia la legge a riconoscerla e garantirla, nonché a determinarne i modi di acquisto, di godimento ed i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale: R. CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, in *Corr. giur.* n. 2/2008, pp. 205-222, parla di “statuto proprietario” costituzionale “meno protettivo” di quello europeo e di “protezione sovranazionale più intensa riconosciuta al diritto dominicale dalla CEDU”; F. FRACCHIA - M. OCCHIENA, *I beni privati e il potere pubblico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Napoli 2007, pp. 1 ss.

Per la Corte, l'art. 1 verrebbe violato sia nel caso di procedura espropriativa illegittima, sia ove non vi sia stata determinazione dell'indennità o, comunque, nell'ipotesi di

In queste pronunce, la Corte ha ravvisato la violazione del principio di legalità nella duplice accezione della: *a*) imprevedibilità della disciplina normativa; *b*) inosservanza o mancata subordinazione dell'autorità pubblica alla legge, o non conformità della sua azione alla legge.

In relazione al profilo *a*), il principio della certezza del diritto: da un lato, pretende che la legge non riconosca all'amministrazione una discrezionalità talmente ampia da rendere imprevedibile il suo comportamento; dall'altro, deve garantire al privato la pienezza dei suoi diritti, la certezza degli strumenti di tutela degli stessi, la cognizione delle conseguenze derivanti dalla condotta propria ed altrui (ivi compresa quella dell'amministrazione), ed incidenti sulle proprie situazioni giuridiche.

In questa direzione, più volte il giudice comunitario ha ritenuto che l'imprevedibilità della disciplina normativa e la contraddittorietà della giurisprudenza, sotto forma di decisioni arbitrarie e non ipotizzabili, abbiano privato gli interessati di una efficace protezione dei propri diritti.

Quanto al profilo *b*), ferma restando la doverosa subordinazione dell'autorità pubblica alla legge, e nel premettere che l'occupazione acquisitiva origina da una occupazione illegale del terreno (sin dall'inizio o in un momento successivo, per scadenza del termine entro il quale avrebbe dovuto emanarsi il provvedimento ablatorio), la Corte ha espresso forti riserve sulla compatibilità con il principio di legalità di un meccanismo che consente all'amministrazione di trarre beneficio da una situazione illegale.

Sulla scorta delle critiche mosse dalla giurisprudenza comunitaria al sistema pretorio dell'occupazione appropriativa, il legislatore ha infine emanato l'art. 43 (del Testo Unico disciplinante l'espropriazione per pubblica utilità, D.P.R. 08 giugno 2001, n. 327), considerato disposizione di chiusura del sistema delle procedure di espropriazione.

espropriazione di fatto: puntuali le osservazioni di F. MANGANARO, *L'indennità di espropriazione* cit., p. 9, secondo il quale "si ha così conferma che la Corte, pur affermando che gli Stati nazionali hanno un ampio margine di apprezzamento nella regolazione della proprietà privata per fini di interesse pubblico, finisce per stabilire essa stessa, attraverso il controllo di ragionevolezza e proporzionalità della legislazione nazionale, quali siano i presupposti per ritenere legittimo il singolo atto di regolazione della proprietà privata".

2. *Uno sguardo alle questioni di giurisdizione.*

Attraverso tale norma è stato positivizzato il fenomeno dell'occupazione, ed è stata introdotta una disciplina che tenta di comporre le conseguenze economiche e l'insieme degli effetti scaturenti dalla realizzazione di un'opera a seguito di occupazione illegittima.

La finalità dichiarata della disposizione è quella di regolarizzare e sanare le procedure ablatorie illegittime o i comportamenti illeciti dell'amministrazione in campo espropriativo: il bene immobile, modificato per scopi di interesse pubblico, può restare nella disponibilità dell'amministrazione anche quando l'opera pubblica sia stata realizzata in assenza di un valido ed efficace provvedimento di natura espropriativa o dichiarativo della pubblica utilità¹⁷.

Come precisato dal Consiglio di Stato, "l'art. 43 mira ad eliminare la figura, sorta nella prassi giurisprudenziale, della occupazione appropriativa o espropriazione sostanziale (c.d. accessione invertita), nonché quella della occupazione usurpativa"¹⁸.

¹⁷ La norma "non può che riferirsi, come ogni disposizione di sanatoria, a qualunque situazione pregressa di illegittimità ed illiceità posta in essere dalla Pubblica Amministrazione; e ciò nel senso che il provvedimento di acquisizione è per sua stessa natura abilitato dalla legge a sacrificare (in funzione del soddisfacimento di scopi di interesse pubblico) anche l'eventuale diritto alla restituzione": T.A.R. Puglia - Lecce, sez. I, 10 maggio 2005, n. 3307, in www.giustizia-amministrativa.it; critico in dottrina V. DOMENICHELLI, *Occupazione espropriativa, comportamenti e giudice amministrativo (una storia italiana)*, in *Dir. proc. amm.* 2005, 4, p. 849, che definisce l'istituto in termini di "aggressione amministrativa che avrebbe dovuto trovare un'esemplare e sicura protezione giudiziaria", posto che non risulta specificato "come si protegge il cittadino (davanti a quale giudice e mediante quali azioni), pur essendo sicuro che di un'aggressione si tratta, comunque si guardi al fenomeno dell'occupazione, a prescindere dalla «dose» di illegalità, più o meno massiccia, che caratterizza l'operato dell'amministrazione".

¹⁸ Cons. di Stato, Ad. Gen. del 29 marzo 2001, punto 29.4, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. di Stato, 16 novembre 2007, n. 5830, in www.giustizia-amministrativa.it, precisa che il legislatore delegato abbia emanato tale articolo "per dare una legale via d'uscita alle diffuse e risalenti situazioni di illegalità che si sono stratificate nel corso del tempo e cioè per consentire all'amministrazione di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto"; per Cons. di Stato, sez. IV, 30 novembre 2007, n. 6124, in www.giustizia-amministrativa.it, l'art. 43 "ribadisce il principio per il quale, nel caso di occupazione *sine titulo*, vi è un illecito il cui autore ha l'obbligo di restituire il suolo e di risarcire il danno cagionato, salvo il potere dell'Amministrazione di fare venire meno

Ed infatti, la disposizione¹⁹ precisa che l'autorità può emanare l'atto di acquisizione ove utilizzi il bene modificato in assenza del valido ed efficace decreto di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità: in tal modo, relegando la mancanza di quest'ultima al ruolo di mero vizio procedimentale, è stato fortemente attenuato il grado di legittimità (o, se si vuole, fortemente espansa la soglia della illegalità) cui (non) dovrebbe tendere, per definizione, l'operato dell'amministrazione.

Entrambe le patologie espropriative, per molto tempo alla ricerca del loro giudice naturale, sono state profondamente incise dalla sentenza costituzionale n. 191 dell'11 maggio 2006²⁰, la quale, sulla falsariga del percorso logico-argomentativo anticipato con le sentenze nn. 204²¹ e 291

l'obbligo di restituzione *ab extra*, con l'atto di acquisizione del bene al proprio patrimonio”.

¹⁹ Pacifica la giurisprudenza nel ritenere che l'art. 43 persegua una chiara finalità di sanatoria “dei procedimenti ablatori illegittimi e dei conseguenti comportamenti illeciti” dell'amministrazione, T.A.R. Trentino Alto Adige - Trento, 27 marzo 2008, n. 75 o “di situazioni nelle quali l'autorità dello Stato si sia espressa mediante una compressione del fondamentale diritto di proprietà in assenza delle procedure legittime di esproprio”, C.G.A., sez. I, 29 maggio 2008, n. 490, entrambe le pronunce in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰ V. GASPARINI CASARI, *In tema di giurisdizione esclusiva sui 'comportamenti' in materia di espropriazione per p.u. (nota a Corte cost., 11 maggio 2006)*, in www.giustamm.it; O. FORLENZA, *Alla giurisdizione amministrativa i casi di occupazione senza titolo*, in *Guida dir.* n. 21/2006, pp. 62 ss.; M. A. SANDULLI, *Riparto di giurisdizione atto secondo: la Corte costituzionale fa chiarezza sugli effetti della sentenza n. 204/2004 in tema di comportamenti 'acquisitivi'*, in www.federalismi.it, n. 11/2006.

²¹ Sentenza costituzionale 06 luglio 2004, n. 204, in *Foro amm.* C.d.S. 2004, p. 1895 ss.; ivi i commenti di C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla corte costituzionale alla prova dei fatti*, F. SATTA, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della corte costituzionale n. 204 del 2004*; D. SICLARI, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie afferenti alla vigilanza sul credito: una conferma implicita e alcune incertezze residue*, rispettivamente alle pp. 1903 ss., pp. 1908 ss., pp. 1918 ss.; V. GASPARINI CASARI, *Le materie ed i contenuti della giurisdizione esclusiva secondo la sentenza della corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. econ.* 2004, pp. 719 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004*, in *Dir. proc. amm.* 2004, pp. 820 ss.; ivi R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, pp. 832 ss.; A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34, d. lg. 31 marzo 1998, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in *Foro it.* 2004, I, pp. 2598 ss.; M. CLARICH, *La « tribunalizzazione » del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. dir. amm.* n. 9/2004, pp. 969 ss.; ivi, A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è*

del 2004, ha ribadito la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative ai comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati purché *riconducibili all'esercizio di un pubblico potere*.

Nel pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 53 (del d.p.r. n. 327/2001), la Corte ha optato per la declaratoria di incostituzionalità dello stesso nella parte in cui ha attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le "controversie nelle quali sia parte la pubblica amministrazione", facendo del giudice amministrativo "il giudice dell'amministrazione piuttosto che l'organo di garanzia della giustizia nell'amministrazione". Di conseguenza, "nelle ipotesi in cui i 'comportamenti' causativi di danno ingiusto costituiscono esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi (dichiarazione di pubblica utilità e/o di indifferibilità e urgenza) e sono quindi riconducibili all'esercizio del pubblico potere dell'amministrazione, la norma si sottrae alla censura di illegittimità costituzionale, costituendo anche tali 'comportamenti' esercizio, ancorché viziato da illegittimità, della funzione pubblica dell'amministrazione"²². In questa direzione, è stata ritenuta conforme a Costituzione la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice

piena ma non è più esclusiva, pp. 974 ss.; B. G. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, pp. 979 ss.; A. PAJNO, *Giurisdizione esclusiva ed « arbitrato » costituzionale*, pp. 983 ss.; F. SAITTA, *Tanto tuonò che piovve, riflessioni (d'agosto) sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, in www.lexitalia.it; G. VIRGA, *Il giudice della funzione pubblica (sui nuovi confini della giurisdizione esclusiva tracciati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004)*, in www.lexitalia.it; V. GASPARINI CASARI, *Le materie ed i contenuti della giurisdizione esclusiva secondo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. econ.* 2004, pp. 719 ss.; M. A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti*, in *Riv. giur. edil.* 2004, pp. 1230 ss.; F. G. SCOCA, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.* 2004, pp. 2209 ss.; L. TORCHIA, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in www.giustizia-amministrativa.it; F. FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità*, in *Riv. serv. pubbl. app.* 2004, pp. 816 ss.

²² Sentenza costituzionale 11 maggio 2006, n. 191, in www.giurcost.org; R. CONTI, *Comportamenti buoni e cattivi: dopo Corte cost. n. 191/2006 ognuno per la sua strada (ma quale?)*, in *Urb. e app.* n. 7/2006, pp. 805-817.

amministrativo delle controversie relative a comportamenti (di impossessamento del bene altrui) collegati all'esercizio di un pubblico potere, pur se illegittimo; ma incostituzionale la devoluzione di comportamenti posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto²³.

La sentenza ha contribuito a marcare i confini tra occupazione usurpativa ed occupazione acquisitiva²⁴, con ciò vanificando definitivamente l'obiettivo dichiarato dell'art. 43, ovvero, quello di espungere dal mondo giuridico entrambe le fattispecie, al fine di giustificare come legittima la sola acquisizione che fosse scaturita da un provvedimento (decreto di acquisizione sanante).

Il riferimento è alle note pronunce che hanno visto contrapposte²⁵ la Corte di cassazione e l'Adunanza Plenaria nelle controverse ipotesi di sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità per mancata conclusione dell'ordinario procedimento espropriativo; annullamento giurisdizionale della stessa²⁶; assenza, nel provvedimento dichiarativo della

²³ Al contempo, la Corte ha ribadito che l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo della tutela risarcitoria (non a caso con la medesima ampiezza di quella davanti al giudice ordinario) 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 la pubblica amministrazione non abbia in concreto esercitato, nemmeno mediamente, il potere che la legge le attribuisce per la cura dell'interesse pubblico.

²⁴ R. MEA, *Utilizzazione di un bene in assenza di un valido provvedimento ablatorio: nuove frontiere per il giudice amministrativo*, in *Giur. di merito* 2006, pp. 2566 ss.; P. DE BERARDINIS, *Occupazione acquisitiva ed usurpativa: un futuro ancora denso di incertezze?*, in *Urb. e app.* n. 4/2006, pp. 429-432.

²⁵ R. VILLATA, *Questioni di giurisdizione sui comportamenti in materia espropriativa: osservazioni (purtroppo perplesse) a margine di un dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.* 2006, 4, pp. 865 ss.; S. GIACCHETTI - C. GIACCHETTI, *Occupazione in carenza di potere, riparto di giurisdizione e concezione "a matroska" del provvedimento amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.* 2006, pp. 1073 ss.; S. BENINI, *I Comportamenti della pubblica amministrazione: le occupazioni illegittime della p.a.* e P. PULIATTI, *L'occupazione espropriativa*, entrambi in *I comportamenti della pubblica amministrazione*, a cura di A. Cariola, G. D'Allura e F. Florio, Torino 2007, rispettivamente pp. 23 e ss., pp. 55 ss.

²⁶ Ritenuta pacifica la giurisdizione ordinaria relativamente alle controversie originate da una procedura ablatoria non preceduta dalla dichiarazione di pubblica utilità (mancanza *ab*

pubblica utilità, della indicazione dei termini per l'inizio e per il compimento delle espropriazioni.

La dichiarazione di pubblica utilità e l'apposizione di termini alla durata della stessa assicurano che una determinata opera sarà compiuta nel rispetto di una finalità pubblica²⁷ ed entro un tempo ben specificato, alla scadenza del quale deve riespandersi, in tutta la sua pienezza, il diritto del proprietario²⁸.

Sulla base di questa impostazione, per la Corte di cassazione, la mancanza²⁹ o l'inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità³⁰, provocando la lesione di un diritto soggettivo, avrebbe comportato la devoluzione della controversia (risarcitoria o restitutoria) "comunque al giudice ordinario"³¹ integrando in tali casi l'attività posta in essere "un illecito a carattere permanente, data l'assenza sin dall'inizio di un titolo"³², che avrebbe giustificato la restituzione del fondo illegittimamente occupato al proprietario (o, nel caso di rinuncia, il risarcimento del danno da liquidare in forma integrale).

Diversamente si era espresso il Consiglio di Stato, fermo nel ribadire la propria giurisdizione esclusiva nel caso in cui alla dichiarazione di pubblica utilità fossero seguite l'occupazione di urgenza dell'area e la

origine), nella quale l'attività della Pubblica Amministrazione si concretizza solo in un intervento invasivo che, al pari di un mero fatto illecito, è generatore di danno.

²⁷ F. VOLPE, *Acquisizione amministrativa e acquisizione giudiziaria* cit., p. 4.

²⁸ Secondo il Consiglio di Stato, Ad. Pl. 23 maggio 1984, n. 11, in *Rass. Cons. di Stato* 1984, I, pp. 479 ss., "La prefissione di un limite temporale alla dichiarazione di p.u. adempie ad una duplice funzione di garanzia; da un lato, essa è la riprova dell'attualità dell'interesse pubblico che si vuol soddisfare, e della serietà ed effettività del relativo progetto; dall'altro, essa garantisce al proprietario (..) che la situazione si risolverà entro un tempo definito o con la formale espropriazione (..) o con la situazione del bene alla piena libertà".

²⁹ Originaria o sopravvenuta (se a seguito di annullamento dell'atto che la conteneva): Cass., 16 gennaio 2007, n. 869, in *CED Cassazione*.

³⁰ Quest'ultima determinata da una omissione dell'amministrazione che, non adottando tempestivamente il definitivo decreto di esproprio, avrebbe tenuto un comportamento non correlato con l'esercizio di alcun potere: di qui, la spettanza del giudizio sulla restituzione del bene (o sul risarcimento per equivalente) al giudice ordinario non essendo coinvolto il sindacato sulla funzione amministrativa.

³¹ Cass., SS. UU., 27 giugno 2007, n. 14794, in *CED Cassazione*.

³² Cass., SS. UU., ordinanza 15 giugno 2006, n. 13911, in *CED Cassazione*.

trasformazione irreversibile del bene, ma fosse poi inutilmente scaduto il termine per la tempestiva emanazione del successivo decreto di esproprio (con sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità)³³, ovvero fosse stata successivamente annullata la dichiarazione di pubblica utilità³⁴: in entrambe tali ipotesi infatti, almeno all'origine, la condotta si sarebbe connotata in termini di potestà amministrative sostenute da titoli abilitativi efficaci legittimamente, pur se successivamente venuti meno ovvero travolti in via retroattiva³⁵. In tutti questi casi, il giudice amministrativo viene considerato l'arbitro di qualsiasi controversia riconducibile alla esplicazione di un pubblico potere³⁶.

³³ Secondo Consiglio di Stato, Ad. Pl., 30 agosto 2005, n. 4, in *www.giustizia-amministrativa.it*, "risulta pienamente utilizzabile l'ingerenza del giudice amministrativo su liti che (...) abbiano ad oggetto diritti soggettivi quando la lesione di questi ultimi tragga origine sul piano eziologico, da fattori causali riconducibili all'esplicazione di un pubblico potere, pur se in un momento nel quale quest'ultimo risulta ormai mutilato della sua forza autoritativa per la sopraggiunta inefficacia disposta dalla legge per la mancata conclusione del procedimento". In dottrina, i commenti di R. CONTI, *Adunanza Plenaria, Giurisdizione sui comportamenti e cumulo di domande*, in *Urb. e app.* n. 11/2005, pp. 1312-1316; F. SAITTA, *La plenaria interpreta (in parte) la «204», ma è improbabile che finisca qui*; N. PAOLANTONIO, *Accessione invertita, tutela risarcitoria e questioni di giurisdizione, il punto dell'adunanza plenaria*, entrambi in *Foro amm.* C.d.S. 2005, rispettivamente, alle pp. 399 ss. e 417 ss.

³⁴ Cons. di Stato, Ad. Pl., 16 novembre 2005, n. 9; ma cfr. Cons. di Stato, Ad. Pl., 30 luglio 2007, n. 9 e 22 ottobre 2007, n. 12, in *www.giustizia-amministrativa.it*; cui si è adeguata Cass., SS. UU., 02 luglio 2007, n. 14954; *id.* 07 novembre 2008, n. 26793, in *CED Cassazione*.

³⁵ Per un'attenta disamina sulle divergenze tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria circa le ipotesi di occupazione usurpativa nei casi di superamento dei termini di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità senza adozione del decreto di esproprio (dichiarazione di pubblica utilità inefficace), in caso di mancata indicazione nella dichiarazione di pubblica utilità dei termini di inizio e ultimazione dei lavori e del conseguente regime giuridico del provvedimento dichiarativo della pubblica utilità (nonché dell'eventuale tardivo decreto di esproprio), anche alla luce delle sentenze costituzionali n. 204/2004 e 191/2006, cfr. M. L. MADDALENA, *Comportamenti amministrativi e nullità provvedi mentale prospettive di tutela tra g.o. e g.a.*, in *Dir. amm.* 2007, 3, pp. 543 ss.

³⁶ Tale va considerata, in contrapposizione ai comportamenti materiali, "qualunque lite suscitata da lesioni del diritto di proprietà provocate, in area urbanistica, dall'esecuzione di provvedimenti autoritativi degradatori venuti meno o per annullamento o per sopraggiunta inefficacia *ex lege*" (Cons. di Stato, Ad. Pl., n. 4/2005 *cit.*).

Anticipata da un innovativo orientamento della Corte di cassazione³⁷, la giurisprudenza amministrativa più recente³⁸ ha confermato che le vicende patologiche del procedimento (quali la mancata adozione del provvedimento espropriativo entro il termine fissato nella dichiarazione³⁹, ovvero la protrazione dell'occupazione scaduto il termine di efficacia della stessa) non sembrano “poter dequalificare la valenza giuridica di un'attività appunto espletata nel corso e in virtù di un procedimento, che la dichiarazione ha *ab origine* funzionalizzato a scopi specifici e concreti di pubblica utilità”, concludendo che, analogamente alle conseguenze che si determinano a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale della dichiarazione di pubblica utilità, “gli effetti retroattivi naturalmente conseguenti alla pronuncia demolitoria o quelli derivanti dalla mancata conclusione del procedimento non sembrano poter travolgere a posteriori il

³⁷ Ordinanza delle SS. UU., 06 febbraio 2008, n. 2765, in *CED Cassazione*, con la quale è stata affermata, a seguito di pronuncia su un regolamento di giurisdizione, la spettanza al giudice amministrativo della decisione in ordine alla legittimità di provvedimenti di espropriazioni e di occupazione emessi (oltre che in mancanza della preventiva comunicazione di avvio del procedimento, anche) in forza di una dichiarazione di pubblica utilità carente dei termini per l'inizio ed il compimento delle espropriazioni (*ex art. 13 della l. n. 2359/1865, ora art. 13 t.u. n. 327*): in dottrina, il commento di F. SAITTA, *Invalidità degli atti espropriativi e giurisdizione: la Cassazione sconfessa il criterio della carenza di potere «in concreto»?*, in *Foro amm. C.d.S.* 2008, pp. 383 ss.

³⁸ Univoca nel ribadire che la dichiarazione di pubblica utilità sia “l'atto autoritativo che fa emergere il potere pubblicistico in rapporto al bene privato” costituendo al tempo stesso “origine funzionale della successiva attività, sia essa giuridica che materiale, di utilizzazione dello stesso per scopi pubblici previamente individuati”, Cons. di Stato, sez. IV, 10 dicembre 2009, n. 7744, in www.giustizia-amministrativa.it; Cass., SS.UU., 25 giugno 2010, n. 15327, in www.lexitalia.it.

³⁹ Cfr. Cass., SS. UU., 13 maggio 2009, n. 11002, in *CED Cassazione*, che ribadisce la spettanza della tutela giurisdizionale risarcitoria contro l'agire illegittimo della P.A. al giudice ordinario nei casi “marginali” dei comportamenti tenuti in carenza di potere o in via di mero fatto e che un decreto di espropriazione, adottato scaduta la dichiarazione di pubblica utilità, è annullabile, e “non risulta certo adottato in carenza di potere e quindi «viziato da difetto assoluto di attribuzione», secondo la definizione che del provvedimento nullo dà l'art. 21 *septies* della legge n. 241 del 1990”. Di qui la conferma della sottoposizione della fattispecie alla giurisdizione amministrativa. In dottrina, F. ASTONE, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e tutela giurisdizionale*, Rubbettino 2009, spec. pp. 105-111.

nesso funzionale che ha comunque legato l'attività dell'Amministrazione alla realizzazione del fine di interesse collettivo individuato all'origine"⁴⁰.

In questi termini si insiste sul ruolo del giudice amministrativo quale giudice naturale dell'esercizio della funzione pubblica, al quale spettano "poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche una tutela risarcitoria, per equivalente o in forma specifica, per il danno asseritamente sofferto anche in violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione"⁴¹.

3. *Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico. L'art. 43, I e II comma.*

L'art. 43⁴², nel tentativo di salvaguardare le conseguenze scaturenti da un procedimento espropriativo illegittimo, consente di valorizzare il complessivo assetto di interessi contrapposti, evidentemente anche alla luce

⁴⁰ Così Cons. di Stato, sez. IV, 13 gennaio 2010, n. 92, in www.giustizia-amministrativa.it, che ritiene ben distinto il caso in cui la dichiarazione di pubblica utilità ovvero altri provvedimenti a contenuto e finalità appropriative della proprietà privata manchino del tutto "venendo allora in rilievo un mero comportamento per vie di fatto o, se si vuole, un intollerabile atto d'arroganza, una vera usurpazione del diritto soggettivo di proprietà, in nessun modo e nemmeno mediatamente funzionalizzato e rapportato all'esercizio di un effettivo potere degradatorio e traslativo" (casi di cognizione del giudice ordinario).

⁴¹ Corte costituzionale, sentenza 27 aprile 2007, n. 140, in www.giurcost.org. Sulla scia della propria giurisprudenza, ormai consolidata nel ritenere (in linea con le ragioni storiche) che per la configurazione della giurisdizione esclusiva sia "normalmente necessaria la sussistenza di un intreccio di posizioni giuridiche nell'ambito del quale risulti difficile individuare i connotati identificativi delle singole situazioni soggettive", la Corte non esclude "che la cognizione del giudice amministrativo possa avere ad oggetto, ricorrendo gli altri requisiti (...), anche soltanto diritti soggettivi". Cfr. Corte costituzionale, 05 febbraio 2010, n. 35, in www.giurcost.org, su cui F. SAITTA, *La «204» al macero: il giudice amministrativo si riappropria (quasi) del tutto dei comportamenti; ma i «confini del potere» restano incerti*, in *Giur. cost.*, in corso di pubblicazione.

⁴² "istituto di carattere generale avente la specifica finalità di far conseguire all'amministrazione pubblica un bene anche nel caso del mancato esito fruttuoso di procedure espropriative in precedenza svolte", applicabile anche alle ipotesi nelle quali "la medesima esigenza acquisitiva venga in rilievo in rapporto a beni culturali", così, da ultimo, C.G.A., sez. giur., 21 aprile 2010, n. 558, in www.giustizia-amministrativa.it.

della concreta onerosità della prestazione restitutoria da parte dell'ente, finalizzato al bilanciamento degli stessi beni tra di loro in conflitto⁴³.

Sulla base di tale disposizione⁴⁴, la finalità di sanatoria può avvenire (art. 43, I comma) mediante un provvedimento discrezionale di acquisizione: *valutati gli interessi in conflitto*⁴⁵, *l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico*⁴⁶, *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.*

Gli interessi in conflitto, che devono essere valutati, sono quello dell'autorità utilizzante a conservare la disponibilità del bene e quello del proprietario ad ottenerne la restituzione⁴⁷. Diversamente dal passato, le

⁴³ Su tale “nuovo modello ablatorio”, S. LICCIARDELLO, *Espropriazioni e giurisdizione*, Torino 2007, in particolare, pp. 51 ss.

⁴⁴ In un primo momento ritenuta inapplicabile ove l'acquisizione alla proprietà pubblica fosse avvenuta per irreversibile trasformazione (del fondo occupato) consumata anteriormente all'entrata in vigore della stessa norma (Cass., 19 dicembre 2007, n. 26732, in *CED Cassazione*); più di recente, ritenuta pacificamente idonea a regolamentare tutte le fattispecie di occupazione (anche quelle realizzate prima della entrata in vigore della norma). Cfr. Cons. di Stato, sez. IV, 21 maggio 2007, n. 2582; *id.*, sez. IV, 08 giugno 2009, n. 3509, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁵ Tale valutazione “non può essere compiuta tra l'utilità effettiva che il privato ricava o intende ricavare dal bene e quella a favore della collettività, ma tra la tutela del diritto costituzionale alla proprietà privata e il particolare beneficio che l'acquisizione reca all'interesse pubblico”, cfr. C.G.A., 28 maggio 2008, n. 490, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁶ Sul(l'eventuale) rapporto tra autorità espropriante ed autorità utilizzatrice, cfr. Cass. civile, SS. UU., 23 novembre 2007, n. 24397, in *CED Cassazione*, e Cons. di Stato, sez. IV, 10 dicembre 2009, n. 7744, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che hanno affermato la responsabilità del delegato o del concessionario (autore materiale dell'esproprio) nell'ipotesi di danni scaturenti da un'opera pubblica realizzata senza che fosse ultimata la necessaria procedura ablatoria, pure riconoscendo la corresponsabilità solidale dell'ente delegante qualora sia rimasto sostanzialmente inerte e non abbia esercitato adeguati controlli sull'attività del delegato o del concessionario; cfr. L. TARANTINO, *Aspetti della disciplina dell'acquisizione sanante: l'individuazione dei soggetti obbligati a risarcire il danno*, in *Urb. app.* n. 6/2009, pp. 722-726.

⁴⁷ In dottrina, secondo F. CINTIOLI, *I criteri di riparto della giurisdizione in materia espropriativa*, in *www.giustamm.it*, “l'aspetto più delicato concerne, ancora una volta, la salvaguardia del ‘contenuto minimo’ del diritto di proprietà, di fronte ad una disciplina che abilita l'amministrazione, in una vastissima serie di casi, a convertire in espropriazione

nozioni di utilizzo/modifica⁴⁸ appaiono “letteralmente” un *minus* rispetto alla trasformazione irreversibile dell’opera⁴⁹: e tuttavia, nella comparazione

legittima un’occupazione non conforme alle regole, persino ammettendo, al comma 3°, un sostanziale mutamento (se non uno squilibrio) delle rispettive posizioni nel processo in corso”.

⁴⁸ Per S. RAIMONDI, *Dall’occupazione senza titolo alla nuova «occupazione provvedimentale» del T.U. n. 327 del 2001*, in *Foro amm. T.A.R. 2004*, p. 1000, da un lato il legislatore avrebbe “conferito un maggior grado di certezza al privato di fronte alle pratiche illegittime di occupazione della mano pubblica rendendo obbligatoria l’emanazione di un provvedimento amministrativo” nel quale viene palesata la prevalenza delle esigenze pubblicistiche; dall’altro, ne avrebbe fortemente danneggiato la posizione “non individuando affatto il grado di intensità dell’attività materiale della p.a. sufficiente per costituire la base del provvedimento anzidetto. Sorge il timore che, in questo modo, il privato possa essere solo in apparenza tutelato ed essere oggetto di abusi da parte della p.a. che per di più risulterebbero inattaccabili in quanto frutto di una dubbia *operazione di legittimazione normativa*”.

Per la giurisprudenza, non tutte le possibili modifiche operate dall’Amministrazione sul bene privato comportano come conseguenza la realizzazione di un’opera pubblica, idonea ad escludere il proprietario da qualsivoglia facoltà di godimento e di disponibilità, fattuale e giuridica, dello stesso bene. Secondo T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. I, 02 febbraio 2006, n. 84, in www.giustizia-amministrativa.it, in coerenza con la *ratio* dell’art. 43, la Pubblica Amministrazione deve utilizzare un bene privato per scopi di interesse pubblico e deve aver modificato lo stesso bene secondo modalità concrete tali, da far ritenere la mancata acquisizione del bene al patrimonio indisponibile della Pubblica Amministrazione una scelta in aperto contrasto con il principio di economicità dell’azione amministrativa e, più in generale, con il principio cardine del corretto e proficuo utilizzo delle risorse pubbliche. Nel merito della questione, il T.A.R. ha disposto la restituzione in quanto una vera e propria utilizzazione da parte dell’Amministrazione comunale non vi era mai stata, essendo impossibile considerare utilizzazione del bene privato il fatto della semplice sostituzione della relativa pavimentazione: cfr. O. CARPARELLI, *Modifica e acquisizione del bene privato ed “autocondanna” della P.A. al risarcimento del danno: la sostituzione del pavimento non basta*, in www.lexitalia.it; F. GOGGIAMANI, *Limiti scritti e non scritti all’art. 43 del Testo unico 327 del 2001*, in *Foro amm. T.A.R. 2005*, p. 1675 ss.

Per T.A.R. Veneto, sez. I, 07 aprile 2006, n. 899, l’art. 43 “va interpretato nel senso che l’utilizzazione deve essere riferita all’uso di un’opera pubblica in relazione alla funzione cui essa è destinata”; mentre T.A.R. Puglia - Lecce, sez. I, 04 aprile 2006, n. 1830, ritiene applicabile la norma nell’ipotesi in cui il bene venga “concretamente ed apprezzabilmente modificato dalla pubblica amministrazione”; C.G.A., sez. giur., 21 aprile 2010, n. 558, considera sufficiente “l’esistenza di apprezzabili mutazioni, economicamente valutabili, realizzate in forza del correlativo impiego di fondi pubblici” (pronunce consultabili in www.giustizia-amministrativa.it).

tra interesse pubblico (alla conservazione del bene unitario scaturito dalla modifica) ed interesse privato (alla restituzione) costituisce un momento rilevante la verifica dello spreco di risorse che si realizzerebbe ove il proprietario venisse reintegrato nelle sue ragioni.

Si precisa, al II comma, 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 dell'opera o il decreto di esproprio; b) indica le circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area, nonché, ove risulti, la data dalla quale essa si è verificata; c) determina la misura del risarcimento del danno e ne dispone il pagamento, entro il termine di trenta giorni, senza pregiudizio dei terzi per l'eventuale azione già proposta; d) è notificato al proprietario nelle forma degli atti processuali civili; e) comporta il passaggio del diritto di proprietà (e, pertanto, avendo efficacia costitutiva, rappresenta l'unico titolo dell'effetto traslativo del diritto di proprietà in capo all'amministrazione); f) è trascritto senza indugio presso l'ufficio dei registri immobiliari.

All'evidenza, la disposizione, anziché sanzionare il comportamento illegittimo dell'amministrazione, ne giustifica oltremodo l'operato, attribuendo alla stessa la consapevole possibilità di sanare comunque un procedimento espropriativo illegittimo corrispondendo al proprietario il completo ristoro del danno⁵⁰.

⁴⁹ O radicale trasformazione del suolo, o ultimazione sostanziale dell'opera pubblica programmata, o irreversibile trasformazione del fondo, tutte espressioni di pura creazione pretoria e fatte proprie dalla giurisprudenza nella elaborazione dell'istituto dell'occupazione appropriativa, per indicare il momento in cui l'opera veniva a delinearsi nei suoi connotati definitivi, tali da non rendere possibile il ripristino della fisionomia originaria, se non attraverso interventi parimenti eversivi della nuova fisionomia.

⁵⁰ Secondo F.G. COCA - S. TARULLO, *La metamorfosi dell'accessione invertita: l'atto di acquisizione di immobili utilizzati sine titolo*, in *Riv. amm. Rep. It.* 2001, 1, p. 551, il nuovo istituto "denota un permanente atteggiamento di indulgenza nei riguardi delle 'disfunzioni' amministrative, al quale non si può non guardare con disfavore: esso incentiva le condotte lassiste dei pubblici poteri, autorizzandoli - se non addirittura invogliandoli - ad omettere, anche preordinatamente, la dichiarazione di pubblica utilità ed il decreto di esproprio".

La giurisprudenza riconosce al provvedimento di acquisizione una “effettiva valenza espropriativa”⁵¹, poiché idoneo ad assorbire in sé “sia la dichiarazione di pubblica utilità che il decreto di esproprio”⁵², pure adatto a concentrare “*uno actu* lo svolgimento dell’intero procedimento, in presenza di presupposti di legge che devono essere valutati in maniera estremamente analitica dall’amministrazione nell’esercizio del proprio potere discrezionale”⁵³.

Parimenti pacifica è ritenuta la natura discrezionale⁵⁴ dell’atto di acquisizione, essendo l’adozione dello stesso rimessa alla valutazione dell’amministrazione che deve ponderare⁵⁵ la convenienza e l’opportunità

⁵¹ Il parere del Consiglio di Stato, sez. II, 12 novembre 2008, n. 3303, in *www.giustizia-amministrativa.it*, annovera la fattispecie nella categoria dei provvedimenti ablatori. Cfr. il commento di A. L. TARASCO, *L’acquisizione sanante e l’ammissibilità del quesito facoltativo al Consiglio di Stato*, in *www.amministrazioneincammino.it*.

⁵² Contestualità che implica soppressione delle distinte fasi del procedimento espropriativo e concentrazione, in un’unica autorità, delle relative competenze, F. VOLPE, *Acquisizione amministrativa e acquisizione giudiziaria* cit., p. 45.

⁵³ Cons. di Stato, sez. IV, 26 novembre 2009, 7446; Cons. di Stato, sez. IV, 17 dicembre 2009, n. 915, in *www.giustizia-amministrativa.it*; in dottrina, A. POLICE, G. DI LEO, *L’utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*, in *Giorn. dir. amm.* n. 12/2005, pp. 1285 ss.

⁵⁴ E la rilevanza del contributo che la comunicazione di avvio e la partecipazione del privato possono arrecare al procedimento: cfr. T.A.R. Basilicata, 16 dicembre 2006, n. 871; T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. I, 02 febbraio 2006, n. 84; T.A.R. Sicilia - Catania, sez. I, 05 gennaio 2007, n. 18, in *www.giustizia-amministrativa.it*; R. CONTI, *Atto di acquisizione sanante: legittimazione attiva, avvio del procedimento e presupposti per l’adozione*, in *Giur. di merito* 2006, pp. 1008-1012; S. LICCIARDELLO, *Espropriazioni* cit., p. 61.

⁵⁵ Il sacrificio imposto al diritto della proprietà privata, costituzionalmente garantito, pretende la specificazione dei motivi di interesse alla realizzazione dell’opera, della spiegazione per la quale l’interesse pubblico non possa essere soddisfatto se non con il mantenimento della situazione ablativa, del particolare beneficio che l’acquisizione reca all’interesse pubblico, dell’indicazione della non percorribilità di soluzioni alternative e dell’urgenza che ha imposto di *bypassare* le ordinarie procedure, ovvero delle contingenze che hanno interrotto, sospeso, annullato o comunque non hanno condotto a buon fine il giusto procedimento espropriativo, delle circostanze che abbiano indotto alla indebita utilizzazione dell’area. Deve, altresì, essere evidenziata la assoluta necessità, e non mera utilità, che l’immobile sia acquisito nello stato in cui si trova e che la mancata acquisizione costituirebbe uno spreco di risorse pubbliche (ordinanza T.A.R. Campania - Napoli, sez. V, 28 ottobre 2008, n. 730, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

di procedere a tale modo di acquisto del bene (oneroso nei limiti in cui occorre risarcire i danni in luogo della indennità di espropriazione) e la sussistenza di un interesse pubblico prevalente rispetto a quello privato⁵⁶.

In applicazione dell'articolo 43⁵⁷, commi 1 e 2⁵⁸, viene preclusa all'amministrazione la possibilità di divenire proprietaria in assenza di un titolo previsto dalla legge. La proprietà del bene può essere acquisita o al

Il provvedimento *ex art.* 43 carente di una motivazione adeguata a tali parametri, viola l'art. 3 della l. n. 241/90 ed è viziato da eccesso di potere, C.G.A., 29 maggio 2008, n. 490, in www.giustizia-amministrativa.it.

Sulla possibilità che possa esperito il ricorso avverso il silenzio, e quindi, sulla declaratoria dell'obbligo dell'amministrazione di emanare il legittimo provvedimento di trasferimento del terreno irreversibilmente trasformato, T.A.R. Sicilia - Catania, sez. II, 17 ottobre 2008, n. 1871, in www.giustizia-amministrativa.it; di avviso contrario T.A.R. Liguria, sez. I, 17 marzo 2010, n. 1175, secondo cui non sussiste tale obbligo, bensì una mera facoltà dell'amministrazione di provvedere all'acquisizione del bene *ex art.* 43, e soprattutto "perché la norma postula espressamente la previa valutazione degli interessi in conflitto, onde, avendo il relativo provvedimento natura eminentemente discrezionale (sull'*an* e sul *quantum*, in relazione alla determinazione della misura del risarcimento del danno) in nessun caso il giudice potrebbe sostituirsi all'amministrazione, indicando il contenuto del provvedimento da adottare".

⁵⁶ "Questa 'particolare' rilevanza si identifica non nella mera prevalenza dell'interesse pubblico rispetto a quello privato (che costituisce il presupposto per l'esercizio del potere espropriativo con le forme ordinarie) ma nella peculiare importanza del primo, tale da giustificare l'eccezionalità della procedura acquisitiva prevista dall'art. 43", T.A.R. Basilicata, 16 dicembre 2006, n. 871, in www.giustizia-amministrativa.it; insistono sulla "particolare rilevanza dell'interesse pubblico" e sulla necessità che la motivazione contenga questa valutazione *rafforzata* dell'interesse pubblico Cons. di Stato, sez. IV, 26.02.2009, n. 1136; *id.* sez. VI, 09 giugno 2010, n. 3655, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁷ In dottrina, è stato osservato che dopo la scadenza del relativo termine, un decreto di esproprio tardivo sarebbe illegittimo, seppure idoneo a divenire inoppugnabile: con tale nuova disposizione, l'ordinamento prevede (a parte la fattispecie processuale prevista dai commi successivi) che l'illecito termini "o con la restituzione del suolo o con l'emanazione del tipico provvedimento da esso disciplinato", L. MARUOTTI, in AA. VV., *L'espropriazione per pubblica utilità - Commento al testo unico emanato con il decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 come modificato dal D. lgs. 302/2002*, Milano 2003, pp. 310 ss.

⁵⁸ C.d. acquisizione *provvedimentale* (T.A.R. Toscana, sez. III, 11 giugno 2004, n. 2066, in www.giustizia-amministrativa.it), o acquisizione *amministrativa* per F. VOLPE, *Acquisizione amministrativa e acquisizione giudiziaria cit.*, p. 7; M. BORGIO, *Le fattispecie di cui al primo e terzo comma dell'art. 43 t.u. espropri sono sovrapponibili?*, in *Riv. amm. Rep. It.* 2006, 10, pp. 983-986.

termine di un procedimento ordinario che si concluda con il decreto di esproprio o con la cessione del bene espropriando; oppure, nell'ipotesi di patologie procedurali (ed in presenza di modifiche del bene), con l'adozione del provvedimento ad effetti sananti (avente data certa)⁵⁹ contenente la misura di quanto spettante al proprietario.

4. ...Segue. L'art. 43, III e IV comma.

Secondo l'art. 43, III comma, l'attività di sanatoria può avvenire mediante provvedimento giurisdizionale: *qualora sia impugnato uno dei provvedimenti indicati nei commi 1 e 2* (provvedimento di esproprio, dichiarativo di pubblica utilità, di vincolo preordinato all'esproprio, atto di acquisizione) *ovvero sia esercitata una azione volta alla restituzione di un bene utilizzato per scopi di interesse pubblico, l'amministrazione che ne ha interesse o chi utilizza il bene può chiedere che il giudice amministrativo,*

⁵⁹ La comunicazione di avvio del procedimento per l'adozione dell'atto di acquisizione, la data certa e la sua notifica all'effettivo proprietario si pongono quali ineliminabili garanzie a favore del soggetto espropriato (in tal modo concretamente tutelato da possibili abusi della P.A.) e della stessa P.A. (che si trova nella situazione di poter utilmente eccepire la decadenza dei termini per un eventuale ricorso contro l'atto di acquisizione).

In giurisprudenza, per Cons. di Stato, sez. IV, 15 settembre 2009, n. 5523, in www.giustizia-amministrativa.it, nell'ipotesi di occupazione senza titolo, l'illecito posto in essere dall'amministrazione permane fino al sopravvenire di un eventuale atto formale di acquisizione: "fino a tale momento non inizia a decorrere il termine di prescrizione dell'azione di risarcimento del danno sofferto dall'originario proprietario dell'area"; cfr. pure C.G.A., 18 febbraio 2009, n. 49; *id.* 25 maggio 2009 n. 483, in www.giustizia-amministrativa.it, per il quale il momento in cui il bene è definitivamente sottratto alla titolarità del privato ed è acquisito al patrimonio dell'amministrazione "non è quello di ultimazione dell'opera pubblica, ma quello, diverso, in cui l'amministrazione adotta un provvedimento di acquisizione sanante, oppure, in mancanza, quello in cui il proprietario, optando per il solo risarcimento del danno per equivalente, abbandona il proprio diritto di proprietà in favore dell'amministrazione"; secondo Cons. di Stato, sez. IV, 30 novembre 2007, n. 6124, in www.giustizia-amministrativa.it, "il testo e la ratio dell'art. 43 del T.U. espropriazione non consentono di ritenere sussistente un termine quinquennale, decorrente dalla trasformazione irreversibile dell'area o dalla realizzazione dell'opera, decorso il quale si verificherebbe la prescrizione della pretesa risarcitoria. Al contrario, l'art. 43 cit. ribadisce il principio per il quale, nel caso di occupazione *sine titulo*, vi è un illecito il cui autore ha l'obbligo di restituire il suolo e di risarcire il danno cagionato, salvo il potere dell'Amministrazione di fare venire meno l'obbligo di restituzione *ab extra*, con l'atto di acquisizione del bene al proprio patrimonio".

nel caso di fondatezza del ricorso o della domanda, disponga la condanna al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo.

Infine, il IV comma dell'art. 43 prescrive che “*qualora il giudice amministrativo abbia escluso la restituzione del bene senza limiti di tempo ed abbia disposto la condanna al risarcimento del danno, l'autorità che ha disposto l'occupazione dell'area emana l'atto di acquisizione, dando atto dell'avvenuto risarcimento del danno. Il decreto è trascritto nei registri immobiliari, a cura e spese della medesima autorità*”.

In tale ipotesi⁶⁰, il solo provvedimento giurisdizionale, sebbene costituirà titolo per mantenere la disponibilità del bene, sarà insufficiente a determinare l'acquisto della proprietà alla mano pubblica, essendo indefettibile il decreto di acquisizione sanante, opportunamente trascritto⁶¹.

⁶⁰ In dottrina, R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano 2006, p. 507.

⁶¹ A seguito della sentenza di accoglimento della domanda l'amministrazione deve sempre adottare un formale provvedimento.

In dottrina, F. GOGGIAMANI, *Limiti scritti e non scritti* cit., pp. 1682-1683, sostiene che “in pendenza del giudizio di annullamento e di restituzione è precluso all'amministrazione di emettere il provvedimento di acquisizione, potendo per trattenere il bene unicamente rivolgere al giudice la domanda di cui al comma 3”; F. VOLPE, *op. ult. cit.*, p. 7, utilizza il termine di acquisizione giudiziaria per distinguerla da quella amministrativa. Mancando il provvedimento di acquisizione, il proprietario può avvalersi del termine ventennale (termine entro il quale si realizza l'usucapione in favore dell'Amministrazione) per agire in giudizio e richiedere la restituzione del terreno o il risarcimento del danno; né comincia a decorrere il termine di prescrizione per il risarcimento perché l'Amministrazione commette un illecito permanente. In tal modo, ai fini risarcitori, il privato non ha l'onere di agire entro cinque anni dalla scadenza del periodo di occupazione autorizzata (nel caso di opera eseguita) o dal momento della trasformazione (se successivo alla scadenza del periodo di occupazione). Secondo Cons. di Stato, sez. IV, 21 aprile 2009, n. 2420, in www.giustizia-amministrativa.it, “è illegittima la sentenza che dichiara prescritta una azione di risarcimento dei danni di un terreno, illegittimamente occupato dalla P.A. in assenza di dichiarazione di pubblica utilità, facendo decorrere il termine di prescrizione quinquennale dell'azione risarcitoria dalla data in cui si è verificata l'irreversibile trasformazione del fondo. In tal caso, infatti, la prescrizione dell'azione non si può considerare intervenuta, perché l'ordinamento italiano non consente che una P.A., mediante un proprio illecito ed in assenza di un atto ablatorio, acquisti a titolo originario la proprietà di un'area altrui, sulla quale sia stata realizzata un'opera pubblica o di interesse pubblico (anche se prevista in una dichiarazione di pubblica utilità), per cui anche se l'opera pubblica o di interesse pubblico è

La parte resistente (l'amministrazione che ne ha interesse o chi utilizza il bene) può chiedere al giudice una pronuncia che, in caso di riconoscimento della fondatezza della pretesa avversaria, converta la misura restitutoria chiesta dal ricorrente (privato espropriato) in risarcimento monetario per equivalente.

La norma consente ad un atto di cui sia stata accertata l'illegittimità di produrre comunque effetti, nonostante la domanda di annullamento avanzata dal ricorrente, con palese limitazione del principio di tutela giurisdizionale avverso gli atti amministrativi.

Il giudice, che pure dovrà pronunciarsi sulla legittimità della procedura espropriativa⁶², potrà ordinare la restituzione del bene o disporre il risarcimento del danno: e tuttavia, anche in tale ipotesi (e sebbene non sia positivamente previsto), non sembra che egli possa prescindere dalla valutazione degli interessi in conflitto.

La discrezionalità del giudice si dispiega nella interpretazione della legge; ma questi non può non ponderare i diversi interessi coinvolti nella fattispecie concreta, in vista del migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico, che non è un qualcosa di predefinito ed assoluto di cui l'amministrazione è interprete solitaria: è il momento ove si effettua la valutazione di tutti gli interessi coinvolti, pubblici e privati, per realizzare una ponderazione ed una graduazione degli stessi in vista della massimizzazione del bene collettivo.

Allorché si confrontano l'interesse privato e quello pubblico non è dato rinvenire alcuna regola che indichi al giudice quale tra le due esigenze debba essere ritenuta prevalente. Pertanto, nel ricercare l'equilibrio tra interessi contrapposti e, quindi, nel decidere sulla domanda dell'Amministrazione (che ne ha interesse o di chi utilizza il bene), ne accerta la fondatezza sulla base delle ragioni di interesse pubblico addotte e

ultimata, non comincia a decorrere alcun termine di prescrizione del risarcimento del danno". In dottrina, il commento di S. MIRATE, *L'acquisizione sanante: una "legale via d'uscita" per l'occupazione appropriativa?*, in *Urb. e app.* n. 8/2009, pp. 971-978.

⁶² Precisa F. VOLPE, *Acquisizione amministrativa e acquisizione giudiziaria* cit., p. 35, "nella pronuncia dovrebbe essere ravvisato un capo di sentenza preliminarmente diretto ad accertare l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, i quali verrebbero così annullati; ovvero un capo di sentenza preliminarmente diretto ad accertare l'esistenza del diritto alla restituzione del bene".

comprovate che determinano la prevalenza della istanza. Spetterà certamente al giudice valutare se la restaurazione in forma reale, pur possibile materialmente e giuridicamente, non risulti eccessivamente onerosa per l'amministrazione o sia di pregiudizio all'economia nazionale⁶³.

Esclusione della restituzione vuol dire che il privato espropriato, per effetto di una procedura illegittima (se non addirittura illecita), può ottenere la sola tutela in forma obbligatoria e per equivalente, e non già in forma reale⁶⁴: ma il giudice concederà la riparazione per equivalente, in luogo di quella restitutoria, sulla base di una autonoma valutazione circa l'opportunità di privilegiare l'uno o l'altro dei contrapposti interessi, collocandosi ed operando "nella stessa ottica nella quale l'amministrazione, a norma del comma 1, valutati gli interessi in conflitto, anziché restituire l'area illegittimamente utilizzata, emette il provvedimento di acquisizione, risarcendo il danno"⁶⁵.

⁶³ Per G. CERISANO, *Manuale della nuova espropriazione per pubblica utilità*, Padova 2004, p. 395, si tratta di "un anomalo trasferimento di funzioni in capo al giudice amministrativo, il quale invece di sindacare i profili di legittimità dell'atto amministrativo che abbia valutato l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, sarà egli stesso a compiere tale valutazione di merito e a decidere, di volta in volta, l'accogliibilità della domanda restitutoria del bene occupato illecitamente. In tal modo dipendendo tutto dalla decisione del giudice, verrebbe a mancare uno dei requisiti essenziali del principio di legalità, e cioè quello della prevedibilità della disciplina di una determinata fattispecie in relazione all'applicazione di una norma".

⁶⁴ Cons. di Stato, sez. V, 03 settembre 2008, n. 4112, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁵ Così Cons. di Stato, sez. V, 23 maggio 2005, n. 2095, in www.giustizia-amministrativa.it, che, sulla base di tale assunto afferma che il III c. dell'art. 43 abbia istituito un nuovo caso di giurisdizione di merito; in dottrina, L. MARUOTTI, *op. cit.*, p. 601, ritiene "anche se il comma 3 non ha espressamente richiamato i poteri della giurisdizione di merito, si è in presenza di poteri valutativi del tutto simili a quelli caratterizzanti tale tipo di giurisdizione, poiché la norma ha disposto che il giudice amministrativo, in presenza della domanda riconvenzionale, può e deve valutare caso per caso tutti gli interessi coinvolti nella vicenda e dare la soluzione del caso concreto, anche sulla base dell'istruttoria che ritenga più opportuna"; dissente G. VACIRCA, *La giurisdizione di merito: cenni storici e profili problematici*, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo il quale "il potere ex art. 43, comma 3, cit. non pare discostarsi molto da quello previsto dall'art. 2058 c.c., che consente al giudice di valutare se il risarcimento in forma specifica risulti eccessivamente oneroso. In ogni caso non sembra configurabile una giurisdizione di merito allorché il sindacato sul miglior modo di soddisfare l'interesse pubblico sia sollecitato al giudice non dal ricorrente,

Il III comma dell'art. 43⁶⁶ prevede esplicitamente che l'amministrazione che ne abbia interesse, o chi utilizza il bene, possa legittimamente nutrire l'interesse alla conservazione dell'opera pubblica. Tali soggetti possono sollecitare l'amministrazione, che ne ha il potere, ad acquisire il bene a norma del I comma (ove sia in corso la procedura espropriativa); possono, in pendenza di un ricorso, chiedere al giudice la condanna al risarcimento in sostituzione della restituzione del bene senza limiti di tempo, appropriandosi poi dello stesso, emanando comunque un formale provvedimento.

Nel silenzio del legislatore sul punto, recentissima giurisprudenza⁶⁷ ha chiarito che la domanda in questione possa essere proposta in ogni fase e grado del giudizio amministrativo⁶⁸, non assumendo la natura di domanda

ma in via di eccezione dalla stessa amministrazione che richieda la conferma della legittimità di una propria valutazione”.

⁶⁶ Che “introduce comunque uno *ius superveniens* di carattere processuale e quindi immediatamente applicabile”, cfr. sul punto, Cons. di Stato, sez. V, 26.01.2009, n. 394, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁷ Cons. di Stato, IV sez., 19 febbraio 2010, n. 997, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁸ Ha spiegato T.A.R. Trentino Alto Adige - Trento, 27 marzo 2008, n. 75, “come ogni disposizione in sanatoria, essa è applicabile a qualunque situazione pregressa, con l'unico limite costituito dall'eventuale giudicato che riconosca al privato il diritto alla restituzione del bene. In tal caso, il sopravvenuto procedimento di acquisizione ex art. 43 del d.p.r. n. 327 del 2001 non può più rimettere in discussione tale diritto” (per tale specifica fattispecie, sorge immediato il collegamento con l'art. 21 *septies* che dispone la nullità del provvedimento che violi o eluda il giudicato).

Il potere di acquisizione, pertanto, incontra, quale limite insuperabile, un principio cardine del nostro sistema, ovvero il principio generale della intangibilità del giudicato: C.G.A., sez. giur., 21 aprile 2010, n. 558; *id.*, 03 agosto 2007, n. 710; *id.*, 21 dicembre 2005, n. 934; T.A.R. Puglia - Lecce, sez. I, 10 giugno 2005, n. 3307; T.A.R. Trentino Alto Adige - Bolzano, 17 gennaio 2006, n. 13; T.A.R. Sicilia - Catania, sez. I, 05 gennaio 2007, n. 18, in www.giustizia-amministrativa.it.

In dottrina, F. VOLPE, *Acquisizione amministrativa e acquisizione giudiziaria* cit., p. 29, ritiene che l'esercizio del potere di acquisizione debba essere precluso in presenza di una sentenza che annulli i provvedimenti impugnati, ovvero che condanni l'occupante alla restituzione: “ove diversamente fosse, infatti, si ridurrebbe a ben poco la tutela accordata al principio di parità, perché verrebbe consentito all'amministrazione di evitare unilateralmente le conseguenze sfavorevoli della sentenza”; P. CERBO, *Sub. art. 43*, in A. Travi (a cura di), *Commentario sistematico al testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità*, in *Nuove leggi civili commentate* 2004, pp. 271 ss.

riconvenzionale⁶⁹ (dato che non implica un ampliamento dell'oggetto del giudizio in quanto la domanda risarcitoria sarebbe un *minus* rispetto a quella reintegratoria ed in essa compresa), né di eccezione riconvenzionale (perché non integra una eccezione in senso tecnico e, quindi, una difesa

⁶⁹ “la domanda riconvenzionale ex art.167 cod. proc. civ. ricorre quando il convenuto, traendo occasione dalla domanda contro di lui proposta, opponga una controdomanda, e cioè chieda un provvedimento positivo sfavorevole all'attore, che va oltre il rigetto della domanda principale, ovvero chieda un provvedimento giudiziale a sé favorevole, che gli attribuisca beni determinati in contrapposizione a quelli richiesti con la domanda principale; viceversa la domanda ex art. 43, comma 3, se conserva lo schema formale di quella riconvenzionale (controdomanda), si differenzia dalla sua essenza contenutistica in quanto non mira ad ampliare il *thema decidendum*, ma si mantiene nell'alveo di quello introdotto dall'attore, limitandosi a sollecitare, per il convenuto, una condanna ad una misura risarcitoria si meno gradita, ma sicuramente e potenzialmente già ricompresa nella domanda avversaria, tanto da poter essere disposta anche d'ufficio dal giudice”: Cons. di Stato, decisione n. 394 *cit*; ma cfr. T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. I, 23 febbraio 2007, n. 243, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha riconosciuto l'errore scusabile dell'amministrazione che aveva proposto la domanda con memoria di costituzione non notificata, assegnandole un termine per provvedere alla notifica. Secondo Cons. di Stato, sez. V, 12 marzo 2009, n. 1441, in www.giustizia-amministrativa.it, “la Sezione rileva come indubbiamente la norma processuale in parola comporti che il giudice amministrativo si pronunci solo in presenza di una specifica domanda avanzata nell'ambito di un giudizio pendente; (...) domanda che atteggiandosi come - non un'eccezione ma - una vera e propria riconvenzionale azionabile dalla parte soccombente per sostituire la condanna al risarcimento alla condanna alla restituzione, deve essere proposta mediante memoria notificata al ricorrente. Inoltre, essendo la predetta domanda giudiziale preordinata ad una determinazione amministrativa di acquisizione del bene, la memoria che la contiene deve essere munita di procura speciale *ad litem* apposta in calce o a margine dell'atto. Seguirà poi il provvedimento costitutivo dell'effetto di acquisizione del bene”.

Ed ancora, secondo T.A.R. Emilia Romagna - Parma, 18 settembre 2008, n. 384, in www.giustizia-amministrativa.it, “In una azione per il risarcimento del danno da procedura ablatoria dichiarata illegittima, nel caso l'amministrazione faccia domanda ex art. 43, comma 3, del d.P.R. n. 327 del 2001, affinché il Tribunale adito disponga, nel caso che ritenga fondato il ricorso, la condanna della stessa Amministrazione Comunale al solo risarcimento del danno per equivalente monetario, con esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo, tale domanda deve ritenersi rituale se alla stregua di una domanda riconvenzionale diretta a modificare l'originario “petitum” del ricorso, sia stata correttamente formulata nelle forme del ricorso incidentale e, pertanto, in atto notificato ai ricorrenti ed alle altre parti in causa”. Sulla decisione, cfr. le osservazioni di G. TROPEA, *Spunti in tema di acquisizione giudiziaria ex art. 43, commi 3 e 4, D.P.R. n. 327/2001*, in *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 cit.*, spec. pp. 377 ss.

volta a paralizzare l'azione dell'attore attraverso la contrapposizione di un diritto idoneo ad ottenere questo effetto), non necessita di rituale notifica (essendo sufficiente la proposizione nella prima memoria difensiva di ogni grado del giudizio) ed infine non costituisca domanda nuova la cui introduzione sia vietata nel giudizio di appello⁷⁰.

5. *Il nuovo istituto: giurisprudenza comunitaria e nazionale a confronto.*

L'entrata in vigore del Testo unico (2003), e segnatamente dell'art. 43 quale fondamento normativo dell'occupazione acquisitiva (sanante), è stata accolta con particolare favore dalla giurisprudenza nazionale⁷¹, anche se si è reso necessario l'intervento dell'Adunanza Plenaria⁷².

⁷⁰ Ma cfr. C.G.A., 25 maggio 2009, n. 486, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui "in via processuale, la domanda proposta ai sensi dell'art. 43, III c., è inammissibile risultando essere stata proposta per la prima volta in sede di appello". In dottrina, F. SAITTA, *I nova nell'appello amministrativo*, Milano 2010, pp. 380-383.

⁷¹ Secondo Cass., SS. UU., 14 aprile 2003, n. 5902, in *CED Cassazione*, "la disciplina dell'occupazione appropriativa risulta ormai basata su regole sufficientemente chiare, precise e prevedibili, ancorate a norme giuridiche, che hanno superato positivamente il vaglio di costituzionalità ed hanno recepito (confermandoli) principi enucleati dalla giurisprudenza, che può definirsi costante.

La riconosciuta necessità che l'occupazione appropriativa sia comunque presidiata da una valida dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, la previsione che al privato va riconosciuto un risarcimento ragionevole, l'esistenza di norme idonee ad assicurare una tutela effettiva in sede giudiziaria, consentono di ravvisare un giusto equilibrio tra la garanzia del diritto di proprietà, prevista dalla normativa interna e dalla Convenzione (come interpretata dalla Corte di Strasburgo), e gli interessi generali della collettività".

In dottrina, secondo L. MARUOTTI, *L'espropriazione per pubblica utilità* cit., p. 608, in relazione ai poteri dell'amministrazione, l'art. 43, sulla base di una valutazione del legislatore sugli interessi pubblici e privati in conflitto, avrebbe espressamente disciplinato il potere in sanatoria e il provvedimento di acquisizione, "con una normativa che finalmente deroga la normativa del codice civile, attua il principio di legalità formale e rafforza sul piano procedimentale e sostanziale la posizione del privato (anche in tal caso consentendo la verifica della concreta sussistenza delle ragioni giustificative della acquisizione, e precludendo il ripetersi dell'iniqua conclusione della prescrizione del credito risarcitorio); è senz'altro razionale - e consentito dal sistema - affermare la regola (un tempo pacifica, ma per circa venti anni purtroppo esclusa dalla Cassazione) per cui può essere emanato un atto che determina il passaggio del diritto di proprietà, a titolo di sanatoria di quanto è stato realizzato in assenza del prescritto procedimento, in ragione delle risorse pubbliche che sono state utilizzate e comunque degli interessi pubblici soddisfatti con la realizzazione e la gestione dell'opera".

Quest'ultima ha statuito che: *a)* la intervenuta realizzazione dell'opera pubblica non fa venir meno l'obbligo dell'Amministrazione di restituire il bene al privato illegittimamente espropriato: ove in concreto possibile, e su richiesta della parte, la tutela in forma specifica⁷³ deve prevalere sulla tutela risarcitoria; *b)* l'amministrazione non può eccedere la eccessiva onerosità della prestazione (restitutoria *ex art. 2058*⁷⁴ cod. civ.) né il

Altra dottrina ha, invece, osservato il perdurante contrasto della soluzione prescelta con la giurisprudenza comunitaria, A. ROMEO, *Occupazione acquisitiva e (possibile) lesione del diritto di proprietà*, in *Codice delle cittadinanze* (a cura di R. Ferrara, F. Mangano, A. Romano Tassone), Milano 2006, pp. 144 ss.

⁷² Cons. di Stato, Ad. Pl., 29 aprile 2005, n. 2, in www.giustizia-amministrativa.it; in dottrina, M. L. MADDALENA, *Dalla occupazione appropriativa alla acquisizione ad effetti sananti: osservazioni a margine dell'adunanza plenaria n. 2 del 2005*, in *Foro amm. C.d.S.* 2005, pp. 2109 ss.; V. GASPARINI CASARI, *Utilizzo senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico e giurisdizione esclusiva*, in *Riv. giur. urban.* 2005, pp. 527 ss.; R. CONTI, *Restituzione del bene trasformato nei casi di occupazione usurpativa. Revirement del Consiglio di Stato*, in *Urb. app.* n. 7/2005, pp. 809-813; A. TRAVI, *Inefficacia del decreto di occupazione e giurisdizione esclusiva: la soluzione dell'adunanza plenaria non convince*, in *Corr. giur.* n. 11/2005, pp. 1573-1578.

⁷³ Secondo T.A.R. Emilia Romagna - Parma, 08 febbraio 2006, n. 47, in www.giustizia-amministrativa.it, la reintegrazione in forma specifica "si concretizza in uno strumento di ristoro del danno quale istituto speciale nel diritto processuale amministrativo, i cui limiti di applicazione coincidono con quello di speciale rilevanza dell'interesse pubblico, e trovano pertanto un ostacolo insuperabile nella necessità di scongiurare la distruzione di opere pubbliche di rilevante importanza ed ingente valore economico (..), posto che l'eccessiva onerosità di cui al II c. dell'art. 2058 (..) si atteggia come eccessiva onerosità per il pubblico interesse e per la collettività".

⁷⁴ La disposizione precisa che la parte danneggiata può chiedere che il ristoro del danno avvenga in forma specifica, in alternativa alla riparazione per equivalente che rimane pertanto l'ordinaria forma di risarcimento; altro presupposto richiesto è che la prestazione non sia eccessivamente onerosa per il debitore e, dunque, che il sacrificio economico necessario per il risarcimento in forma specifica non sia notevolmente superiore rispetto al valore che sarebbe corrisposto nel caso di risarcimento per equivalente (ma tale valutazione spetta al giudice).

Ma, è appena il caso di condividere certa giurisprudenza (molto articolata la sentenza del Cons. di Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, in www.giustizia-amministrativa.it), ancorata al principio costituzionale del buon andamento dell'azione amministrativa anche nella logica del bilanciamento con l'art. 42, secondo la quale l'eccessiva onerosità per il debitore "muta veste e deve valutarsi alla stregua di eccessiva onerosità per il pubblico interesse e per la collettività senza trascurare che è proprio la collettività che sopporta gli oneri dell'azione amministrativa; (..) pertanto deve escludersi l'operatività della

pregiudizio all'economia nazionale (*ex art. 2933 cod. civ.*) quali cause ostative alla restituzione in forma specifica⁷⁵; c) l'amministrazione può acquisire al patrimonio pubblico anche un bene occupato senza titolo idoneo (in tal modo non operando alcuna distinzione relativamente al tipo di occupazione materialmente posta in essere⁷⁶), purché ciò avvenga sulla base di un formale provvedimento amministrativo adeguatamente motivato⁷⁷, valutati gli interessi in conflitto⁷⁸, con il riconoscimento al privato del ristoro integrale del danno.

reintegrazione in forma specifica quando essa, coincidendo con la riduzione in pristino stato e con la restituzione del fondo, sarebbe eccessivamente onerosa per il pubblico interesse e di pregiudizio per l'economia nazionale”.

⁷⁵ Si prescinde, quindi, da ogni qualsivoglia considerazione delle risorse pubbliche impiegate ai fini della modifica del bene.

⁷⁶ Dato che il provvedimento di acquisizione, oltre a poter contenere la dichiarazione di pubblica utilità ed essere decreto di esproprio, 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, con ciò coprendo qualsiasi ipotesi di occupazione illegittima, ivi compresa quella più grave (usurpativa).

Tra l'altro, rimane il dubbio se possa essere comunque adottato un decreto di acquisizione sanante (che viene riconosciuto come idoneo ad assorbire in sé sia la dichiarazione di pubblica utilità che il decreto di esproprio) in pendenza di una impugnazione che abbia ad oggetto gli atti della ordinaria procedura espropriativa (ivi compreso l'atto dichiarativo della pubblica utilità).

⁷⁷ Motivazione dell'atto di acquisizione che dovrà essere “particolarmente esaustiva della valutazione degli interessi in conflitto, e conseguentemente più stringente dovrà essere il sindacato giurisdizionale. E gli stessi requisiti per l'ammissibilità del provvedimento di acquisizione dovranno essere valutati rigorosamente, dovendosi escludere, per esempio come rilevato dalla dottrina, che il provvedimento possa far leva sulla semplice utilizzabilità dell'immobile ovvero sulla sua astratta idoneità a essere utilizzato per il soddisfacimento di un interesse generale, facendo per contro riferimento la norma all'utilizzazione in atto per un interesse pubblico specifico e concreto” (decisione n. 2/2005 *cit.*); G. MANFREDI, *Motivazione dell'acquisizione sanante e tutela multilivello del diritto di proprietà*, in www.giustamm.it.

⁷⁸ Si legge nella decisione n. 2 “Una valutazione, quella degli interessi in conflitto, da condurre con particolare rigore. L'atto di acquisizione, che assorbe dichiarazione di pubblica utilità e decreto di esproprio, deve, infatti, non solo valutare la pubblica utilità dell'opera, secondo i parametri consueti, ma deve altresì tener conto che il potere acquisitivo in parola (avente, in qualche misura, valore “sanante” dell'illegittimità della procedura espropriativa, anche se solo *ex nunc*) ha natura “eccezionale” e non può risolversi in una mera alternativa alla procedura ordinaria. Il nuovo provvedimento deve

Nel tentativo di dare una lettura dell'art. 43⁷⁹ il più possibile conforme ai moniti provenienti dalla giurisprudenza europea, la decisione in parola afferma che il mero fatto della avvenuta realizzazione dell'opera non costituisce causa di impossibilità oggettiva (quindi di impedimento) alla restituzione dell'area: il provvedimento formale di acquisizione⁸⁰ è l'unico titolo idoneo a costituire il diritto di proprietà in capo all'amministrazione⁸¹, nel rispetto del principio di legalità e di preminenza del diritto⁸².

perciò trovare la sua giustificazione nella particolare rilevanza dell'interesse pubblico posto a raffronto con l'interesse del privato”.

Non vi è dubbio che, nella comparazione degli interessi, quello pubblico costituisce l'interesse maggiormente rilevante, ed ai fini della sua concreta realizzazione una interpretazione estensiva degli artt. 2058 e 2933 del cod. civ. dovrebbe impedire la restituzione dell'area anche nell'ipotesi di illecita realizzazione dell'opera pubblica. Sussiste certamente l'interesse costituzionalmente tutelato del proprietario, ma non si conforma a Costituzione una tutela del diritto di proprietà che comporti spreco di denaro pubblico; in questa dimensione occorre reputare decisiva la prevalenza dell'interesse pubblico anche dinanzi alla patologia del procedimento espropriativo.

⁷⁹ F. GOGGIAMANI, *La potestà di cui all'art. 43, d.P.R. n. 327 del 2001 tra illegittimità ed illiceità*, nota a T.A.R. Trentino Alto Adige - Bolzano, 17 gennaio 2006, n. 21, in www.giustamm.it; G. MARI, *Sulla conformità del potere di acquisto ex art. 43 t.u. espropriazioni ai principi di legalità e di effettività della tutela giurisdizionale*, nota a T.A.R. Puglia - Lecce, sez. I, 10 giugno 2005, n. 3307, in *Riv. giur. edil.* 2005, pp. 1303 ss.; S. SALVAGO, *L'utilizzazione senza titolo*, in www.giustamm.it.

⁸⁰ L'art. 43 attribuisce all'autorità amministrativa “il potere di acquisire al patrimonio pubblico un bene occupato *sine titolo*, purchè ciò avvenga sulla base di un formale atto amministrativo fondato sulla valutazione degli interessi in conflitto, con il riconoscimento per il privato del ristoro del danno e sulla scorta di idonee garanzie partecipative”: T.A.R. Sicilia - Catania, sez. II, 30 giugno 2009, n. 1199, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸¹ Secondo T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. I, 23 febbraio 2007, n. 243, in www.giustizia-amministrativa.it, “L'atto di acquisizione non può essere emanato allorché l'amministrazione ha la possibilità di provvedere altrimenti al fine di tutelare l'interesse pubblico relativo al bene occupato abusivamente”.

⁸² T.A.R. Sicilia - Palermo, sez. II, 27 luglio 2009, n. 1353, in www.giustizia-amministrativa.it, “in caso di illegittimità della procedura espropriativa e di realizzazione dell'opera pubblica, l'unico rimedio riconosciuto dall'ordinamento per evitare la restituzione dell'area è l'emanazione di un (legittimo) provvedimento di acquisizione ex art. 43 d.p.r. n. 327/01, in assenza del quale l'amministrazione non può addurre l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica quale causa di impossibilità oggettiva e quindi come impedimento alla restituzione: la realizzazione dell'opera pubblica è un fatto, e

In tal modo, l'esercizio del potere amministrativo discrezionale è limitato da particolari cautele (necessità di un provvedimento formale rigorosamente motivato circa i profili di interesse, pubblico e privato, coinvolti), e ad esso, giustamente, si accompagna l'obbligo di corrispondere il risarcimento del danno integrale⁸³; l'acquisto della proprietà alla mano pubblica si verifica solo dal momento della emanazione dell'atto di acquisizione e, comunque, fatto salvo il diritto alla

tale resta; la perdita della proprietà da parte del privato e l'acquisto in capo all'amministrazione possono conseguire unicamente all'emanazione di un provvedimento formale, nel rispetto del principio di legalità e di preminenza del diritto".

⁸³ Diversamente, nell'ordinario procedimento espropriativo è prevista la corresponsione dell'indennità. Come è noto, la Corte costituzionale, sentenze nn. 348 e 349 del 2007, in *www.giurcost.org*, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei criteri di commisurazione dell'indennità di espropriazione inferiori al valore venale del bene espropriato, utilizzando, quale parametro di legalità costituzionale le previsioni della Convenzione Europea, quali norme interposte ai sensi del nuovo art. 117 della Costituzione che condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali. Nel pronunciarsi sui rapporti tra ordinamento italiano e ordinamento internazionale, la Corte ha sostenuto che rispetto alla Convenzione non è ravvisabile alcuna limitazione della sovranità della Repubblica, e che le norme della stessa, per essere efficaci nel nostro ordinamento, devono risultare compatibili con la Costituzione.

Proprio la Corte di cassazione ha posto il problema della legittimità costituzionale dell'art. 43, III c., in quanto, nel precludere la restituzione del bene, la norma mal si concilia con i principi della CEDU, "il che potrebbe indurre a qualche dubbio di legittimità costituzionale del nuovo istituto, alla luce della riconosciuta natura delle disposizioni della Convenzione, come norme interposte nel sindacato di legittimità (sentenza n. 348 del 2007)", SS. UU., 10 dicembre 2007, n. 26732, in *CED Cassazione*.

A seguito dell'intervento della Corte costituzionale, il legislatore, con l'art. 2, commi 89 e 90, l. n. 244/2007 (legge finanziaria per il 2008), ha riscritto l'art. 37, I c., del Testo Unico 327, disponendo che l'indennità è determinata nella misura pari al valore venale del bene, anche se con una riduzione del 25% ove l'espropriazione sia finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale. Sulle pronunce costituzionali nn. 348 e 349, tra i contributi più recenti si segnalano il Forum *La CEDU nelle sentenze 348 e 349/2007 della Corte costituzionale: l'inizio di una svolta?*, in *Dir. pubb. comp ed eur.* 2008, pp. 171 ss., con i contributi di A. Bultrini, R. Cafari Panico Panico e L. Tomasi, L. Montanari, A. Ruggeri; M. P. CHITI, *Dalla «Comunità di diritto» alla Unione dei diritti*, in *Dir. e proc. amm.* 2008, pp. 991 ss.; S. SALVAGO, *Influenza della giurisprudenza della CEDU nella determinazione dell'indennità espropriativa in seguito alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 5 bis, l. 359/1999*, in *Giust. civ.* 2009, pp. 1661 ss.; *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte Costituzionale*, C. Salazar - A. Spadaro (a cura di), Milano 2009.

restituzione (mancando il provvedimento di acquisizione), tranne che lo stesso privato vi rinunci.

Nonostante la regolamentazione dell'art. 43, e l'interpretazione di tale norma da parte della giurisprudenza amministrativa, la Corte comunitaria⁸⁴ ha ribadito la contrarietà dell'occupazione appropriativa all'art. 1 del Protocollo addizionale, in quanto ha riconosciuto all'amministrazione l'esercizio di un potere ablatorio completamente svincolato da presupposti

⁸⁴ Che tende a considerarsi organo supremo di garanzia, così S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli 2005, p. 30; cfr. inoltre, G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.* 2006, p. 290; A. ROMANO TASSONE, *I «diritti» tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario*, in *Dir. e proc. amm.* 2008, p. 715; G. DELLA CANANEA, *I fattori sovranazionali e internazionali di convergenza e di integrazione*, in AA. VV., *Diritto amministrativo comparato* (a cura di G. Napolitano), Milano 2007, pp. 325 ss.; F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubb. com.* 2005, pp. 79 ss.; G. SILVESTRI, *Verso uno jus comune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.* 2006, pp. 7 ss.; M. NOVELLA DI GIANDOMENICO, *Il dialogo tra le Alte Corti: il caso della proprietà privata*, in www.giustamm.it; P. DE LISE, *Corte Europea dei diritti dell'uomo e giudice amministrativo*, in www.giustamm.it; V. SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; C. PANZERA, *Il bello dell'essere diversi. Corte costituzionale e Corti europee ad una svolta*, in www.forumcostituzionale.it; A. SANDULLI, *La Corte di giustizia europea e il dialogo competitivo tra le Corti*, in AA. VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano 2008, pp. 189 ss.; A. PIZZORUSSO, *La giustizia costituzionale italiana e il processo di integrazione europea*, in AA. VV., *Atti del XXII Convegno annuale Roma, 27-28 ottobre 2006*, Napoli 2010, pp. 327 ss.

Sul valore normativo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema italiano (che non potrà prescindere dal contenuto dispositivo del Trattato di Lisbona), F. MANGANARO, *L'indennità di espropriazione* cit., p. 12; dello stesso Autore, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.* 2008, 2, pp. 400 ss.; e *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in www.federalismi.it, n. 20/2009.

Sul rapporto tra ordinamento interno e CEDU, S. GAMBINO - G. MOSCHELLA, *L'ordinamento giudiziario fra diritto comparato, diritto comunitario e CEDU*, in *Politica dir.* 2005, pp. 543 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Gli effetti della CEDU e la teoria dei "mondi paralleli"*, in *Quad. cost.* 2006, pp. 155 ss.; sul principio di prevalenza del diritto comunitario, E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino 2004; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano 2008; F. ASTONE, *Il processo normativo dell'Unione europea e le procedure nazionali per l'esecuzione degli obblighi comunitari*, Torino 2007; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova 2008; A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari 2008.

univoci, vista la sua potenziale applicazione a qualsivoglia ipotesi di illegittima espropriazione.

Il riferimento è alle note pronunce del 2005⁸⁵ e del 2006⁸⁶ con le quali viene censurato, in termini di illiceità, l'istituto dell'occupazione

⁸⁵ SCORDINO C/ITALIA (17 maggio 2005) con la quale la Corte ha condannato non lo sviluppo giurisprudenziale contraddittorio dell'occupazione appropriativa, bensì l'istituto pretorio in sé in quanto, mancando il formale atto di espropriazione, è la decisione giudiziale definitiva a determinare la perdita, con efficacia retroattiva, del diritto di proprietà, producendo un risultato arbitrario ed imprevedibile. La Corte ha censurato l'occupazione acquisitiva, in quanto meccanismo che avrebbe consentito all'Amministrazione di entrare nel suolo privato, di trasformarlo irreversibilmente e di acquisirlo di fatto al patrimonio pubblico, senza che un corrispondente atto di trasferimento fosse assunto. La conclusione della Corte è stata perentoria: il meccanismo della espropriazione indiretta non è in grado di assicurare certezza giuridica in quanto non garantisce agli interessati un risultato *prevedibile*. Di esso, infatti, si ha piena contezza solo con la decisione definitiva (all'esito del giudizio di legittimità) che chiude l'*iter* processuale.

La decisione Scordino va letta nel senso della censura di un meccanismo di perdita della proprietà non ancorato ad un regolare procedimento ablatorio, ma collegato all'esito di una decisione giurisdizionale definitiva, la quale retroagisce sino alla data, accertata dal giudice, in cui si è verificata l'irreversibile trasformazione del bene, con il rischio di privazione di qualsiasi ristoro per il proprietario che abbia irrimediabilmente perduto i suoi diritti.

DOMINICI C/ ITALIA (15 novembre 2005) dove è stato evidenziato che la violazione della Convenzione discende da un vizio a monte: la proprietà si acquista sulla base di un fatto illecito. Che tale meccanismo sia poi giustificato dalla giurisprudenza o dall'art. 43, la sostanza dell'illegalità non muta: è lo strumento in sé ad essere inammissibile e non la fonte che lo legittima.

⁸⁶ SCARROTTA C/ITALIA (12 gennaio 2006) nella quale la Corte di Strasburgo ha sostenuto che, per soddisfare il principio di legalità, non è sufficiente la sussistenza della legge, dovendosi valutare la qualità della stessa, essendo comunque necessario garantire il rispetto della legalità sostanziale: "que l'existence, en tant que telle, d'une base légale ne suffit pas à satisfaire au principe de légalité et estime utile de se pencher sur la question de la qualité de la loi": "que ce soit en vertu d'un principe jurisprudentiel ou d'un texte de loi comme l'art. 43 du Répertoire, l'expropriation indirecte ne saurait donc constituer une alternative à une expropriation en bonne et due forme".

GENOVESE C/ITALIA (02 febbraio 2006) che ribadisce che il meccanismo dell'espropriazione indiretta permette all'amministrazione di scavalcare le regole fissate in materia di espropriazione, con il rischio di un risultato imprevedibile o arbitrario; e che tale situazione "non è tale da favorire la buona amministrazione delle procedure di espropriazione e di prevenire episodi di illegalità": "che sia in virtù di un principio giurisprudenziale o di un testo di legge come l'art. 43 del Testo Unico, l'espropriazione

acquisitiva, ritenuto inidoneo a garantire la certezza giuridica della proprietà privata⁸⁷, in ragione dell'imprevedibilità della disciplina, che lascia il proprietario in una situazione di indeterminatezza, circa la sorte del suo bene, sino alla pronuncia giurisdizionale.

Sul versante della giurisprudenza nazionale, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, nel consolidare l'orientamento già tracciato dall'Adunanza Plenaria e nel ribadire la necessità di una interpretazione sistematicamente corretta e compatibile con la Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo (esplicitamente definita parte integrante dei principi del sistema giuridico interno) e conforme ai moniti della Corte sovranazionale, ha affermato che, anche in corso di giudizio, l'Amministrazione, per poter chiedere al giudice di essere condannata al risarcimento del danno (e dunque con esclusione della restituzione del bene), deve comunque adottare un formale provvedimento di acquisizione, così sottoponendolo ad immediato controllo giurisdizionale di legittimità (con facoltà per la controparte di impugnarlo con motivi aggiunti) e potendo ottenere, in caso di esito positivo della verifica, la condanna al risarcimento in luogo della restituzione⁸⁸.

indiretta non potrebbe dunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione nella forma corretta e dovuta”.

Nel constatare che l'espropriazione indiretta permette all'amministrazione di occupare un terreno, di trasformarlo irreversibilmente e di acquisirlo al suo patrimonio indisponibile in mancanza dell'atto che formalizzi il trasferimento della proprietà e che intervenga, al più tardi, nel momento in cui il proprietario ha perduto ogni disponibilità del bene, la Corte rimarca che l'elemento che permette di trasferire al patrimonio pubblico il bene occupato e di attendere una garanzia giuridica è “la constatazione d'illegalità da parte del giudice, con valore di dichiarazione di trasferimento di proprietà”, e che di fronte a questi elementi “il meccanismo dell'espropriazione indiretta non sia adatto ad assicurare un grado sufficiente di sicurezza giuridica”.

In dottrina, R. CONTI, *L'espropriazione indiretta alla luce della giurisprudenza europea*, in www.giustamm.it; F. GASPARI, *La tutela del diritto di proprietà tra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. La funzione sociale come principio ordinatore dello statuto proprietario multilivello*, in www.giustamm.it.

⁸⁷ F. G. COCA, *Modalità di espropriazione e “rispetto” dei beni (immobili) privati*, in *Dir. amm.* 2006, pp. 519 ss.

⁸⁸ A. CORSARO, *L'art. 43 del t.u. d.p.r. n. 327 del 2001 e i principi comunitari di ristoro integrale del danno*, in *Foro amm. C.d.S.* 2008, pp. 1267 ss.

Evidentemente preoccupato del contrasto con i principi della Carta europea, il Consiglio di Giustizia Amministrativa⁸⁹ ha addirittura delineato una esegesi dell'art. 43 che pretende l'adozione del provvedimento in corso di causa e che costituisce "il momento terminale di uno specifico procedimento valutativo di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti, in rapporto a quello dell'acquisizione del bene al patrimonio indisponibile pubblico"⁹⁰.

6. Conclusioni.

Il provvedimento di acquisizione sanante, adottato in sede di amministrazione attiva, presuppone che la procedura espropriativa sia stata riconosciuta o dichiarata illegittima (dalla stessa amministrazione o dal giudice), e può essere:

impugnabile per vizi suoi propri in sede di giurisdizione generale di legittimità (autonomo esame in un separato giudizio);

impugnabile, eventualmente, con motivi aggiunti nello stesso giudizio riguardante gli atti (illegittimi) che hanno determinato i vizi della procedura espropriativa.

In entrambi i casi deve trattarsi, comunque, di un provvedimento nuovo e diverso⁹¹, "nel quale l'amministrazione (e non il giudice, cui è costituzionalmente riservato il sindacato di legittimità in posizione di terzietà e indipendenza rispetto agli interessi gestiti dalle parti) valuti nel merito l'effettiva e concreta sussistenza dei presupposti dell'acquisto

⁸⁹ C.G.A., 26 luglio 2006, n. 440 e 442, in www.giustizia-amministrativa.it, che conclude ritenendo che l'art. 43 disciplini, sia nei commi 1-2, che in quelli 3-4, un'unica fattispecie che comunque deve sfociare in un provvedimento nuovo e diverso.

⁹⁰ Sul punto, cfr. G. TROPEA, *op. cit.*, spec. pp. 389 ss.

⁹¹ Il quale, pur avendo sostanziali effetti espropriativi, si esclude debba essere assimilato al decreto di esproprio. Secondo L. MARUOTTI, *op. cit.*, p. 595 "qualora si fosse qualificato tale atto come vero e proprio decreto di esproprio in sanatoria, si sarebbero poste delibate questioni sostanziali e processuali circa i rapporti intercorrenti tra l'indennità di esproprio e il quantum dovuto a titolo di risarcimento del danno. Il richiamo al decreto di esproprio in sanatoria avrebbe comportato: - la spettanza dell'indennità di espropriazione..- il ritorno delle annose questioni riguardanti i rapporti tra la domanda volta al risarcimento del danno..e l'opposizione alla stima".

autoritativo del bene al patrimonio pubblico, nella ricorrenza degli elementi costitutivi della (unica) fattispecie sostanziale di cui all'art. 43"⁹².

Tale soluzione, rispettosa delle precisazioni e delle limitazioni specificate dall'Adunanza Plenaria (n. 2/2005), ha ricevuto l'avallo del Consiglio d'Europa⁹³ che ha valutato positivamente la giurisprudenza del Consiglio di Stato tesa a superare le incertezze interpretative dell'art. 43, pure auspicando che la stessa, laddove sanziona il comportamento illegittimo dell'amministrazione e sancisce che, mancando l'atto di acquisizione, occorre restituire al proprietario il terreno nonostante la sua trasformazione), sia seguita dalle altre giurisdizioni nazionali ed incoraggiando le autorità italiane ad adottare le misure necessarie per eliminare la prassi dell'espropriazione indiretta, al fine di garantire la conformità delle occupazioni operate dall'amministrazione al principio di legalità.

L'art. 43 è stato recentemente definito "*strumento innovativo*", che pone la delicata operazione di bilanciamento di una pluralità di esigenze: assicurare la certezza del diritto (che la disposizione ha più volte messo in discussione visti i numerosi contrasti giurisprudenziali in materia), garantire l'effettività della tutela del proprietario, valutare l'interesse pubblico sotteso all'utilizzo del bene privato, rispondere alle critiche della Corte europea⁹⁴.

La norma, nel consentire all'amministrazione di trarre comunque vantaggio da una situazione illegittima, ha, evidentemente, introdotto regole in base alle quali può essere emanato il provvedimento acquisitivo, e sarà questo a determinare il passaggio del diritto di proprietà, sanando quanto sia stato realizzato senza osservare le regole procedurali prescritte. Sotto questo profilo viene assicurata, principalmente, la tutela restitutoria, salvo però l'esercizio del potere di sanatoria.

E, tuttavia, in questa direzione, non pare sia possibile prescindere dalle risorse pubbliche impiegate e dall'interesse pubblico (in concreto)

⁹² C.G.A., 27 dicembre 2006, n. 788, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹³ Riunione del Comitato dei Ministri del 14 febbraio 2007 nella quale è stata adottata la Risoluzione interinale ResDH(2007)3, riguardante le "Violazioni sistematiche da parte dell'Italia del diritto di proprietà con l'espedito delle «espropriazioni indirette»", http://www.dirittiuomo.it/News/News2007/ResDH_Italiano.pdf.

⁹⁴ C.G.A., 25 maggio 2009, n. 486, in www.giustizia-amministrativa.it.

soddisfatto con la realizzazione e la gestione dell'opera, come d'altronde sancito dall'art. 97 della Costituzione. Il buon andamento e l'imparzialità costituiscono valori essenziali di riferimento di ogni comportamento dell'amministrazione e riguardano sia l'attività (tipicamente) provvedimentale, sia l'attività con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici che, anche se disciplinati in via residuale dal diritto privato, vengono sottratti alle regole dell'autonomia negoziale, in ragione della loro natura pubblicistica: ogni attività dell'amministrazione (anche quella di gestione dei propri beni e del proprio personale, di scelta dei propri contraenti, di esecuzione degli impegni assunti) è vincolata all'interesse collettivo e (nel rispetto della legislazione di settore) deve tendere alla sua cura concreta, mediante atti e comportamenti comunque finalizzati al perseguimento dell'interesse generale⁹⁵.

Certamente, la previsione legislativa che impone l'adozione del provvedimento sanante ha prodotto l'effetto per cui l'amministrazione non si appropria del bene immobile del privato, come invece avveniva in passato: la norma impedisce, cioè, qualsiasi automatismo traslativo proveniente dall'uso dell'immobile⁹⁶.

Per il privato, tuttavia, si profila una situazione peggiore: difatti, l'art. 43 non prevede alcun termine entro il quale debba essere emesso il provvedimento di acquisizione, con la inevitabile conseguenza che il proprietario potrebbe essere sottoposto ad una situazione di incertezza *sine die*. In questa direzione, si è sostenuto che detta norma comprime notevolmente la pienezza e l'esclusività del diritto di proprietà, in quanto pretende di legittimare, attraverso un meccanismo di sanatoria provvedimentale, un comportamento della amministrazione illegittimo, gravemente lesivo e spesso produttivo di notevoli danni⁹⁷.

⁹⁵ F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. VI di aggiornamento, Milano, 2002, pp. 75 ss.

⁹⁶ Posto che l'art. 43 testualmente preclude che l'Amministrazione possa divenire proprietaria di un bene in assenza di un titolo previsto dalla legge, quest'ultimo può essere: un decreto di esproprio, o un decreto di acquisizione, o un accordo (in base al quale il bene viene restituito o che stabilisce, in alternativa, il passaggio del diritto di proprietà in capo all'Amministrazione previa corresponsione della somma specificamente individuata nell'accordo stesso): cfr. T.A.R. Campania - Napoli, sez. V, 24 giugno 2010, n. 16109, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁷ S. RAIMONDI, *Dall'occupazione senza titolo* cit., p. 1001.

Un intervento del legislatore, sia relativamente alla indicazione del termine per l'adozione del provvedimento, sia sotto il profilo delle modalità di proposizione della (contro)domanda, sarebbe opportuno: lo richiederebbero la certezza della situazione giuridica proprietaria ed il principio della domanda nell'ambito del processo.

Per poter decidere sulla fondatezza della domanda di esclusione della restituzione, ai sensi del III comma, il giudice deve essere appositamente investito della esplicita istanza dell'amministrazione; nel decidere se accoglierla o meno, sarà chiamato ad un sindacato giurisdizionale che amplia l'oggetto rispetto alla mera azione di invalidità/restitutoria proposta dal proprietario: la discrasia si rinverrebbe nel fatto che l'art. 43, non prevedendo criteri sufficientemente determinati che orientino il giudice circa il modo con cui delibare su tale pretesa, attribuirebbe allo stesso il potere di una autonoma valutazione sull'opportunità di privilegiare l'uno o l'altro dei contrapposti interessi. E, tuttavia, niente esclude che si riconosca, in buona sostanza, al giudice lo stesso ruolo di quello della amministrazione chiamata a valutare gli interessi in conflitto.

Altro dato inconfutabile è che l'art. 43 risolve sempre la situazione ad esclusivo vantaggio della Pubblica Amministrazione: al I comma, descrivendo la possibilità che l'amministrazione emani, in autotutela, il provvedimento di acquisizione sanante; al III comma, prevedendo la possibilità che la stessa amministrazione, anche dinnanzi alle evidenti e fondate ragioni e/o richieste del privato, possa chiedere al giudice che, in luogo della restituzione, venga disposto il risarcimento del danno (taluna giurisprudenza ha chiarito: purché l'amministrazione emani il formale provvedimento di esproprio in sanatoria).

Dinnanzi alla autocondanna dell'amministrazione sarà poi il giudice a decidere: lo faceva anche prima, ma stavolta è, a questo, espressamente autorizzato dalla legge. Si viene, in ogni caso, a prospettare la possibilità che il privato sia virtualmente vincitore, ma in effetti soccombente: sotto questo profilo, la disposizione mira a conservare una situazione di fatto realizzata illegittimamente⁹⁸, ma per tale motivo adeguatamente risarcita (anche se, com'è a tutti noto, ai sensi dell'art. 42 della Costituzione, la proprietà è riconosciuta e garantita dalla legge allo scopo di assicurarne la

⁹⁸ M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino 2003.

funzione sociale⁹⁹, la quale, in ipotesi, potrebbe pur essere determinata dal fatto che un eventuale costo economico eccessivo dell'espropriazione si traduca, per ciò stesso, in un costo sociale).

Al riguardo, non può non essere espresso il *favor* per quella normativa¹⁰⁰ che, al fine di prevenire ulteriori condanne a carico dell'Italia per violazione della Convenzione, e quindi nel dissuadere le amministrazioni ed indurle a non ricorrere al sistema della espropriazione indiretta, riconosce in capo allo Stato il "diritto di rivalsa per oneri da condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo" (in questa direzione, un eventuale risarcimento accordato al privato potrebbe essere imputato al bilancio dell'Amministrazione interessata, con possibilità anche per quest'ultima di rivalersi nei confronti del funzionario responsabile dell'attività illecita/illegittima).

Condivisibile appare anche quella giurisprudenza contabile che, nel tentativo di scoraggiare pratiche di irregolare ed intempestivo espletamento del procedimento espropriativo (con conseguente condanna dell'ente territoriale al risarcimento nei confronti dei proprietari danneggiati), ha confermato la responsabilità per danno erariale dei dipendenti comunali (il geometra nella sua qualità di capo settore lavori pubblici, il direttore tecnico comunale) per ritardo negli adempimenti previsti per la conclusione del procedimento espropriativo¹⁰¹.

Ad ogni modo, i tribunali sono gravati della responsabilità della interpretazione adeguatrice, cioè dell'onere di interpretare la disposizione

⁹⁹ "La stessa funzione sociale della proprietà si concepisce soltanto se si considera che di essa fa parte l'apporto dei singoli: come dire che si considera funzione sociale della proprietà anche l'uso che di essa fa il singolo cittadino", I. M. MARINO, *Principio di legalità e procedimenti ablativi*, in *Foro amm.* T.A.R. 2010, in corso di pubblicazione.

¹⁰⁰ Art. 1, comma 1217, l. n. 296/2006, in *www.parlamento.it*, secondo il quale "Lo Stato ha altresì diritto di rivalersi sulle regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti territoriali, gli altri enti pubblici e i soggetti equiparati, i quali si siano resi responsabili di violazioni delle disposizioni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, resa esecutiva dalla legge 4 agosto 1955, n. 848, e dei relativi Protocolli addizionali, degli oneri finanziari sostenuti per dare esecuzione alle sentenze di condanna rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato in conseguenza delle suddette violazioni".

¹⁰¹ Corte dei conti, sez. giur. Calabria, 05 novembre 2009, n. 656; Corte dei conti, sez. I. appello, 17 giugno 2009, n. 409, in *www.contabilità-pubblica.it*.

alla luce dei principi costituzionali e, dunque, di offrire quella interpretazione che, nel salvaguardare le norme, non privi completamente di contenuto i diritti dei privati.

Rimane ferma la possibilità che sorgano in futuro questioni di legittimità costituzionale¹⁰² ma, impregiudicato l'eventuale esito delle stesse, non vi è dubbio che il legislatore abbia introdotto una (costosa) forma di “sanatoria a tutti i costi” delle procedure illegittimamente poste in essere dall'amministrazione.

¹⁰² G. MARI, *Rassegna delle questioni aperte sull'acquisizione sanante ex art. 43 D.P.R. n. 327 del 2001. I persistenti dubbi di legittimità costituzionale*, in *Riv. giur. edil.* 2008, fasc. 6, pp. 147 ss.; P. CERBO, *Profili di costituzionalità della cd. acquisizione sanante*, nota a Ordinanza del T.A.R. Campania - Napoli, sez. V, 28 ottobre 2008, n. 730, in *Urb. e app.* n. 2/2009, pp. 208 ss.