

ACQUISIZIONE AMMINISTRATIVA E ACQUISIZIONE GIUDIZIARIA
NEL SISTEMA DELLE ESPROPRIAZIONI PER PUBBLICA UTILITÀ

FRANCESCO VOLPE

*straordinario di diritto amministrativo
nell'Università di Padova*

SOMMARIO: 1. Origini delle *espropriazioni di fatto*. — 2. Infondatezza della distinzione, ai fini della produzione effettuale, tra *occupazione acquisitiva* e *occupazione usurpativa*. — 3. *Espropriazioni di fatto* e art. 936 cod. civ. — 4. L'art. 43 del T.U. sulle espropriazioni come conseguenza delle pronunce della C.E.D.U. — 5. L'art. 43 e la dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 53 del T.U. — 6. *Acquisizione amministrativa* e *acquisizione giudiziaria*. — 7. Indagine sulle differenze funzionali tra le due figure di acquisizione. — 8. Segue: l'*acquisizione amministrativa* presuppone l'assenza di un titolo espropriativo. — 9. Segue: anche l'*acquisizione giudiziaria* presuppone la mancanza di qualsiasi diritto sul bene occupato. — 10. L'*acquisizione giudiziaria* si distingue da quella *amministrativa*, perché essa presuppone l'instaurazione di un giudizio. Limiti all'esperibilità dell'*acquisizione amministrativa*. — 11. *Acquisizione giudiziaria* e principio di parità delle armi. — 12. Estensione al merito amministrativo del sindacato operato dal giudice sulla richiesta di farsi luogo ad *acquisizione giudiziaria*. — 13. Problemi di inquadramento sistematico della sentenza che nega la restituzione del bene. — 14. Riferibilità al giudizio di ottemperanza della pronuncia resa *ex art. 43, III comma*. — 15. Valore delle pronunce rese in sede di cognizione sulle domande di annullamento degli atti espropriativi o di restituzione del bene. Natura della pronuncia, assunta dal giudice dell'ottemperanza, con cui si nega la restituzione del bene. — 16. Effetti espropriativi del provvedimento di *acquisizione*. — 17. Profili d'incostituzionalità dell'art. 43, nella parte in cui, sulla sua base, i beni utilizzati vengono assoggettati *sine die* a procedimento espropriativo. — 18. Ulteriori profili d'incostituzionalità dell'art. 43, nella parte in cui esso prevede che il provvedimento di acquisizione possa assorbire il vincolo preordinato all'esproprio. — 19. Conclusioni.

1. — È noto che le *espropriazioni di fatto* sono state introdotte per via pretoria⁽¹⁾.

⁽¹⁾ È d'obbligo il richiamo alla primigenia sentenza in cui trovarono fondamento le *espropriazioni di fatto*. Trattasi della assai nota pronuncia Cass., Ss, Uu., 26 febbraio 1983, n. 1464, *Foro it.*, 1983, I, 626 s.

La loro genesi, probabilmente, va collegata al fatto che, fino agli anni '80, non era riconosciuta l'esperibilità delle azioni di condanna della pubblica amministrazione ad un comportamento materiale⁽²⁾. Stanti questi limiti, non vi era motivo, un tempo, per parlare di *espropriazioni di fatto*, perché il privato, che pure fosse stato occupato *sine titulo* dall'autorità amministrativa, era comunque privo dei rimedi giurisdizionali che gli avrebbero permesso di ottenere la restituzione del bene.

Si ricadeva così nella teoria dell'illecito permanente. Il privato rimaneva formalmente proprietario del bene. Egli, tuttavia, poteva far concretamente valere un mero diritto risarcitorio⁽³⁾ nei riguardi dell'amministrazione la quale, continuando l'occupazione, reiterava in ogni momento l'illecito⁽⁴⁾.

Quando, però, al concetto di «*atto amministrativo*», cui fa riferimento l'art. 4 dell'all. E, i giudici attribuirono il più limitato significato di atto giuridico e imperativo, divenne concreta la prospettiva di ottenere la restituzione degli immobili occupati in modo illecito e materiale⁽⁵⁾.

Per evitare un tale risultato, la giurisprudenza si richiamò ad un istituto della tradizione transalpina — «*ouvrage public mal planté ne se détruit pas*» — che, per la verità, era già sul punto di essere abbandonato dallo stesso ordinamento francese⁽⁶⁾. Essa affermò che la trasformazione delle aree comportava l'acquisizione del diritto dominicale all'amministrazione.

⁽²⁾ Per una rassegna dell'evoluzione della giurisprudenza e della dottrina, sul punto, ci si permette di rinviare a VOLPE, *Le espropriazioni amministrative senza potere*, cit., 1996, 48 s.

⁽³⁾ La tesi peraltro non era pacifica, quanto alla natura del trattamento patrimoniale spettante al privato. Ad esempio, SANDULLI, A.M., *Immobili privati posseduti dall'amministrazione sine titulo e destinati ad opere pubbliche*, Riv. giur. ed., 1958, II, 55, risolveva la questione in termini di indennità periodica (v. pure ID., *Ancora sulle conseguenze delle occupazioni sine titulo da parte della p.a.*, Riv. giur. ed., 1960, I, 16; CATTANEO, S., *Osservazioni in tema di occupazione sine titulo di immobili destinati ad opere pubbliche*, Riv. giur. ed., 1967, I, 325; LANDI, *Indennità di occupazione e risarcimento del danno*, Foro amm., 1964, II, 15). Per la tesi risarcitoria, invece, si consideri COMPORI, M., *L'occupazione illegittima di immobili da parte della pubblica amministrazione fra la disciplina della proprietà e quella dell'illecito*, Giur. it., 1980, IV, 353.

⁽⁴⁾ Cass., II, 13 maggio 1959, n. 1811, Giur. it., 1960, I, 1, 641 s.; Cass., 28 aprile 1981, n. 2556, *Foro it.*, 1981, I, 2956.

⁽⁵⁾ Per una rassegna di giurisprudenza, sul punto, v., ancora, VOLPE, F., *Le espropriazioni*, cit., 65, in nota.

⁽⁶⁾ CHAPUS, *Droit administratif général*, II, Paris, 1992, 462 s.; MAUBLANC, *La fin d'un mythe «ouvrage public mal planté ne se détruit pas»?*, R.F.D.A., 1992, 65 s.

Allo studio delle *espropriazioni di fatto* dedicai, a suo tempo, una monografia, ove sostenni che questo singolare fenomeno ablativo non era ammissibile nel sistema giuridico italiano⁽⁷⁾.

Era assai arduo, infatti, capire quale fosse il titolo giuridico capace di giustificare il trasferimento della proprietà⁽⁸⁾.

L'istituto, inoltre, sembrava violare i principi dello Stato di diritto e di legalità, perché esso favoriva l'acquisizione coattiva della proprietà in mancanza di un provvedimento impugnabile e suscettibile, se illegittimo, di annullamento⁽⁹⁾.

È pur vero che i tentativi d'individuare il titolo acquisitivo si erano fatti sempre più raffinati. Abbandonato il rudimentale richiamo all'art. 938 del codice civile⁽¹⁰⁾, la giurisprudenza fece propria la tesi dell'attrazione dell'opera al regime dei beni pubblici⁽¹¹⁾. Pervenne, infine, a fondare l'acquisto della proprietà in virtù del collegamento tra l'opera e la dichiarazione di pubblica utilità⁽¹²⁾.

Ciò non ostante, tutti questi tentativi si dimostrarono scarsamente persuasivi.

Non ripeterò le ragioni che mi portarono a negare fondamento giuridico alle *espropriazioni di fatto*⁽¹³⁾.

Mi soffermerò solo sui problemi inerenti al rapporto tra la realizzazione dell'opera e la dichiarazione di pubblica utilità.

Sulla sua base, infatti, sarebbe stata poi fondata quella distinzione tra *occupazione acquisitiva* e *occupazione usurpativa* che trova ancor og-

⁽⁷⁾ VOLPE, F., *Le espropriazioni*, cit., *passim*.

⁽⁸⁾ VOLPE, F., *Le espropriazioni*, cit., 105 s.

⁽⁹⁾ VOLPE, F., *Le espropriazioni*, cit., 172 s.

⁽¹⁰⁾ La tesi venne sostenuta nella citata sentenza Cass., Ss. UU., 26 febbraio 1983, n. 1464.

⁽¹¹⁾ Cass., Ss., UU., 10 giugno 1988, n. 3940, *Foro it.*, 1988, 3940; Cass., Ss. UU., 10 giugno 1988, n. 3943, *Giur. it.*, I, 1, 1961. Tra le note in commento alle citate decisioni si ricorda, soprattutto, quella di CARTEI, *Un difficile connubio: principio di effettività e principio di legalità dell'azione amministrativa*, *Foro amm.*, 1988, 1983 s.

⁽¹²⁾ La prima decisione che si conosce, in tal senso, è Cass., Sez. I, 11 luglio 1990, n. 7210, *Foro it.*, 1990, I, 2789 s.

⁽¹³⁾ Si rimanda, perciò, a VOLPE, F., *Le espropriazioni*, cit., 105 s.

gi favore nella giurisprudenza, almeno al fine di stabilire il riparto tra le giurisdizioni⁽¹⁴⁾.

Secondo questa tesi, dunque, solo l'*occupazione acquisitiva* avrebbe causato il trasferimento della proprietà e impedito la restituzione dell'immobile, perché l'esistenza della dichiarazione avrebbe collegato formalmente l'opera ad un interesse pubblico concreto.

Di contro, nelle ipotesi di *occupazione usurpativa*, sarebbe mancato tale collegamento e il comportamento dell'amministrazione, vero e proprio illecito, avrebbe dovuto essere valutato alla stregua delle regole del diritto comune.

2. — Ad una tale distinzione effettuale mi pare che ci si debba opporre.

Se è certo vero che la dichiarazione di pubblica utilità serve a dare atto che una determinata opera sarà compiuta nel rispetto di una finalità pubblica, altrimenti inafferrabile nella sua concretezza, è altrettanto vero che la dichiarazione è destinata a scadere.

I decadenziali termini finali, nella struttura della dichiarazione di pubblica utilità, non rilevano solo al fine di evitare che il bene del privato sia soggetto in perpetuo al procedimento espropriativo⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ Sul punto, ad es., Cass. Ss. UU., 27 giugno 2007, n. 14794, in CED Cassazione: «Non è la dichiarazione di pubblica utilità, che sia emessa nel rispetto della legge, ad affievolire il diritto del proprietario, quanto la trasformazione del fondo privato (facere in alienum) in assenza della titolarità del bene. La vigenza dell'atto introduttivo del procedimento ablatorio vale a ricondurre la condotta dell'amministrazione nell'ambito del potere ablatorio, e a giustificare la creazione della giurisdizione esclusiva nella materia espropriativa. Questo soltanto è il passaggio che consente di mantenere la coerenza del sistema al principio di legalità, e non certo una pretesa attinenza a interessi legittimi del comportamento in cui si estrinseca la manipolazione del fondo, pur in presenza di dichiarazione di pubblica utilità. A fronte di comportamenti è sempre ravvisabile la lesione di un diritto soggettivo, che a seconda della tipicità del procedimento in cui esso s'innesta, può corrispondere al diritto di proprietà. Ove manchi, o non sia più efficace, la dichiarazione di pubblica utilità, e riguardo alla lesione del diritto soggettivo che essa comporta, la previsione della giurisdizione esclusiva con è conforme alla Costituzione, e la controversia restitutoria (o risarcitoria) compete comunque al giudice ordinario». In dottrina, si segnala, particolarmente, PAOLANTONIO, *Accessione invertita e questioni di giurisdizione*, Foro amm. - C.d.S., 2006, 417 s.

⁽¹⁵⁾ Sul punto, si consideri la ricostruzione storica operata da LEONE e MAROTTA, *Espropriazione per pubblica utilità*, Padova, 1997, 239.

In ragione della valutazione discrezionale ivi compiuta, dobbiamo anche affermare che, pendendo il termine d'efficacia della dichiarazione, l'interesse alla realizzazione dell'opera è, per definizione, prevalente sugli altri interessi, pubblici e privati, che potrebbero opporvisi⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾.

Ciò significa, però, che, scaduti quei termini, il rapporto tra gli interessi implicati si capovolge; che torna ad essere prioritario l'interesse privato alla

⁽¹⁶⁾ V., in merito, Cons. di Stato, Ad. Pl., 23 maggio 1984, n. 11, in Rass. Cons. di Stato, 1984, I, 479 s., secondo la quale: «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 restituzione del bene alla piena libertà».

In termini analoghi, LEONE e MAROTTA, *op.*, cit., 240; MORBIDELLI, voce *Dichiarazione di pubblica utilità*, Dig. scien. pubb., V, Torino, 1990, 1962, nonché, se si ritiene opportuno, VOLPE, F., *Le espropriazioni*, cit., 152. Spunti anche in SABBATINI e BIAMONTI, *Commento alle leggi sulle espropriazioni per pubblica utilità*, 1913, 13 (e, in particolare, le dichiarazioni date da PISANELLI negli *Atti parlamentari della Camera dei deputati*, sessione 1863, doc. n. 206, e ivi riportate), nonché in ROHERSSEN, *La dichiarazione di pubblica utilità*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1967, 74-74. e in BARONE, *Di alcune questioni in materia di dichiarazione implicita di pubblica utilità*, Foro amm., 1966, III, 303 s.. Contrari a questa linea interpretativa sono, invece, POTOTSCHNIG, *L'espropriazione per pubblica utilità*, nei medesimi *Atti*, 12 -13 (secondo il quale la dichiarazione di pubblica utilità non avrebbe lo scopo di comporre interessi pubblici e interessi privati, ma solo interessi pubblici) e VERBARI, *La dichiarazione di pubblico interesse*, Milano, 1974, 71, 72 e 92. Peculiare, soprattutto allorché venne espressa, è la posizione di STICCHI DAMIANI, *La dichiarazione di pubblica utilità*, Milano, 1983, 177 s., il quale ricollega il valore della dichiarazione di pubblica utilità al potere urbanistico di conformazione del territorio.

⁽¹⁷⁾ Non per nulla, del resto, la giurisprudenza non chiede che il decreto di esproprio debba essere motivato. Sul punto, v., ad esempio, Cons. di Stato, Sez. IV, 15 aprile 2008, n. 2246; con riferimento al consimile decreto di occupazione d'urgenza, Cons. di Stato, Sez. IV, 17 giugno 2003, n. 4813, entrambe in <*giustizia-amministrativa.it*>.

conservazione del bene⁽¹⁸⁾.

A parer mio, questo genere di considerazioni portano a dubitare dell'effettiva possibilità di distinguere l'*occupazione acquisitiva* da quella *usurpativa*, sotto il profilo delle conseguenze giuridiche.

L'esistenza della dichiarazione, infatti, non è in grado di giustificare il collegamento dell'opera con un interesse pubblico *sine die* preminente, proprio perché tale preminenza cessa con la scadenza dei termini finali dell'atto. Ogni ipotesi di *occupazione acquisitiva* è destinata, così, a trasformarsi in un'ipotesi di *occupazione usurpativa*⁽¹⁹⁾.

Inoltre — e, per la verità, in via principale — fondare il trasferimento della proprietà sulla base dei criteri dell'*occupazione acquisitiva* non risolve affatto il problema d'individuare il titolo dell'ablazione, che rimane pur sempre assente.

Nella prospettiva dell'*occupazione acquisitiva*, infatti, è logico ravvisare tale titolo nella stessa dichiarazione di pubblica utilità, a cui verrebbe riconosciuta un'efficacia traslativa, sospensivamente condizionata dall'irreversibile trasformazione dell'immobile e dall'omessa emanazione del decreto espropriativo⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ Tali considerazioni sembrano essere condivise anche da LEONDINI, *Dichiarazione di pubblica utilità*, in *Il Testo unico in materia di espropriazione - commento sistematico al d.p.r. n. 327/2001 come modificato dal d.lgs n. 302/2002*, a cura di Girolamo Sciuillo, Torino, 2004, 150, ove l'Autore fa propria la tesi di LANDI, *Espropriazione per pubblica utilità (principi generali)*, Enc. del dir., XV, Milano, 1966, 816, secondo la quale il concetto stesso di pubblica utilità avrebbe, per sua natura, carattere temporaneo, in quanto esso presuppone che l'opera da realizzare risponda ad un interesse pubblico concreto e attuale, «che non potrebbe ritenersi sussistente ove non fossero determinati, al momento della dichiarazione», i tempi delle espropriazioni e delle realizzazioni e che «non potrebbe, d'altronde, ragionevolmente, presumersi ancora esistente, una volta che quei tempi fossero trascorsi».

⁽¹⁹⁾ In questo senso, si consideri anche C.E.D.U., Sez. I, 13 ottobre 2005 *Fiore c/ Italia*: «*En outre, la Cour constate que, dans tous les cas, l'expropriation indirecte tend à entériner une situation de fait découlant des illégalités commises par l'administration, tend à régler les conséquences pour le particulier et l'administration, et permet à cette dernière de tirer bénéfice de son comportement illégal*», <www.coe.int>. Detta decisione, peraltro, estende tali considerazioni anche alla disciplina introdotta dall'art. 43, qui in esame: «*Que ce soit en vertu d'un principe jurisprudentiel ou d'un texte de loi comme l'article 43 du Répertoire, l'expropriation indirecte ne saurait donc constituer une alternative à une expropriation en bonne et due forme*».

⁽²⁰⁾ VOLPE, F., *Le espropriazioni*, cit., 147 s.

Una tale conclusione, però, non è aderente al dato positivo, perché né la legge generale del 1865 né il Testo Unico riconoscono alla dichiarazione una diretta efficacia ablativa. Anche la tesi dell'*occupazione acquisitiva* si contrappone dunque al principio di legalità, perché, suo tramite, viene contraddetta la tipicità degli effetti della dichiarazione.

3. — Per ragioni simili a quelle ora esposte, concludevo quello studio sulle *espropriazioni di fatto* osservando che, in assenza di un titolo tale da giustificare il trasferimento della proprietà, si doveva applicare l'art. 936 del codice civile, sì da consentire al privato la restituzione del bene e, persino, la sua riduzione al *pristino stato*. Ove il privato avesse diversamente inteso, egli avrebbe potuto far propria l'opera, come prevede il principio *superficies solum cedit*⁽²¹⁾.

Ad un tale esito, l'amministrazione avrebbe potuto opporsi solo emanando un, sia pur tardivo, provvedimento d'esproprio, ovviamente preceduto da un rinnovato procedimento, completo di tutte le sue disciplinate fasi. Sicché, ove la dichiarazione di pubblica utilità fosse scaduta (o non fosse mai stata assunta), era mestieri — purché possibile — tornare ad emanarla.

In tal caso, l'autorità avrebbe dovuto riconoscere al privato sia il risarcimento del danno, proporzionato al periodo d'occupazione illecita, sia l'indennità di espropriazione collegata al provvedimento sopravvenuto⁽²²⁾.

Già dalla fine dell'800, infatti, la giurisprudenza aveva ammesso quel che oggi il Testo Unico afferma esplicitamente al suo primo articolo.

Vale a dire che l'espropriazione può essere emanata non solo al fine di realizzare una nuova e futura opera pubblica, ma anche per acquistare la proprietà su un bene che, già in sé, è in grado di soddisfare un pubblico interesse⁽²³⁾. Tale poteva considerarsi, appunto, il bene oggetto di trasformazione illecita e l'opera costruita sullo stesso.

⁽²¹⁾ VOLPE, F., *Le espropriazioni*, cit., 399 s.

⁽²²⁾ VOLPE, F., *Le espropriazioni*, cit., 421 s.

⁽²³⁾ È significativo, sul punto, soprattutto il secondo comma dell'art. 1, ove è stabilito: «Si considera opera pubblica o di pubblica utilità anche la realizzazione degli interventi necessari per l'utilizzazione da parte della collettività di beni o di terreni, o di un loro insieme, di cui non è prevista la materiale modificazione o trasformazione».

4. — Evitai, in sèguito, di tornare sull'argomento. In parte perché vi avevo speso troppa parte del tempo mio primo. Ma soprattutto perché mi pareva di combattere, molto meno eroicamente, la battaglia di Enrico Toti.

Dovevano ancora venire le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁽²⁴⁾ e, complice un ricorso troppo disinvolto alle occupazioni preliminari d'urgenza⁽²⁵⁾, le *espropriazioni di fatto* erano diventate il modo ordinario di fare espropriazione. Era possibile discutere solo di aspetti secondari: ad esempio del termine di prescrizione entro cui far valere il diritto al risarcimento o della nozione d'«*irreversibile trasformazione*». Nei suoi tratti fondamentali, l'istituto sembrava però destinato a mantenere quell'effettività, che pure non era possibile riconoscergli sulla base del diritto positivo.

Quando, poi, si affacciarono le prime condanne da parte della C.E.D.U., sopravvenne il Testo Unico, che con il suo art. 43⁽²⁶⁾ volle rimediare alle

⁽²⁴⁾ La revisione, da parte della C.E.D.U., delle *espropriazioni di fatto* iniziò, come è noto, con le pronunce della Sez. II, 30 maggio 2000 *Belvedere Alberghiera s.r.l. c/Italia e Carbonara e Ventura c/Italia*, entrambe in Riv. it. dir. pubb. com., 2000, 1086 s., fino a giungere alla pronuncia Sez. IV, 6 marzo 2007, *Scordino c/ Italia*, reperibile in <*giustizia.it*>.

La giurisprudenza della Corte Europea è stata destinataria dell'attenzione di molti studi. Di tanti, mi limiterò a richiamare, anche per la chiarezza riepilogativa, quello di MILO, *Giudici italiani e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al diritto di proprietà*, Riv. it. dir. pubb. com., 2003, 1485 s., quello di PERINI, *L'utilizzazione di un bene senza titolo*, in *Il Testo Unico*, cit., 507 s. e quello, infine, di SCOCA, F.G., *Modalità di espropriazione e "rispetto" dei beni immobili*, Dir. amm., 2006, 519 s.

⁽²⁵⁾ Di talché PUGLIESE, F., *L'occupazione "preliminare" nel procedimento di espropriazione*, Napoli, 1984, 130 s. e *passim* fu indotto a ritenere che, in realtà, fosse l'occupazione stessa il titolo comportante il definitivo trasferimento della proprietà. GAMBARO, voce *Occupazione acquisitiva*, Enc. del dir., aggiorn., IV, Milano, 2000, 857 ha individuato proprio nel proliferare delle occupazioni preliminari la causa delle *espropriazioni di fatto*.

⁽²⁶⁾ Vale la pena di riportarne il contenuto: «1. Valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni. (L)

2. L'atto di acquisizione:

a) può essere emanato anche quando sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio;

b) dà atto delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area,

necessità che quelle pronunce evidenziavano⁽²⁷⁾. Si trattò di un rimedio

indicando, 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 per l'eventuale azione già proposta;

d) è notificato al proprietario nelle forme degli atti processuali civili;

e) comporta il passaggio del diritto di proprietà;

f) è trascritto senza indugio presso l'ufficio dei registri immobiliari;

g) è trasmesso all'ufficio istituito ai sensi dell'articolo 14, comma 2. (L)

3. Qualora sia impugnato uno dei provvedimenti indicati nei commi 1 e 2 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, 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. (L)

4. 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. (L)

5. Le disposizioni di cui ai precedenti commi si applicano, in quanto compatibili, anche quando un terreno sia stato utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata nonché quando sia imposta una servitù di diritto privato o di diritto pubblico ed il bene continui ad essere utilizzato dal proprietario o dal titolare di un altro diritto reale. (L)

6. Salvi i casi in cui la legge disponga altrimenti, nei casi previsti nei precedenti commi il risarcimento del danno è determinato:

a) nella misura corrispondente al valore del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità e, se l'occupazione riguarda un terreno edificabile, sulla base delle disposizioni dell'articolo 37, commi 3, 4, 5, 6 e 7;

b) col computo degli interessi moratori, a decorrere dal giorno in cui il terreno sia stato occupato senza titolo. (L)»

⁽²⁷⁾ Che tale sia stata la ragione che ha spinto il legislatore a introdurre la disposizione è detto anche dalla giurisprudenza.

V., ad esempio, Cons. di Stato, 16 novembre 2007, n. 5830, in <*giustizia-amministrativa.it*>: «Tale art. 43 è stato emesso dal legislatore delegato (che ha recepito le sollecitazioni dell'Adunanza Generale 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, con atti formali ancorati a una compiuta normativa e comunque sindacabili dal giudice amministrativo, quando il bene sia stato modificato per scopi di interesse pubblico (fermo restando il diritto del proprietario di ottenere il risarcimento del danno). In altri termini, l'art. 43 in coerenza col principio di legalità affermato dall'art. 42 Cost. in tema di procedimento ablatorio - contiene le imprescindibili disposizioni che, nel caso di motivata prevalenza dell'interesse pubblico, consentono all'amministrazione di tornare nell'alveo della legalità, così evitando alla Repubblica Italiana ulteriori sentenze di condanna da parte della CEDU. Tale profilo è stato individuato pita interest dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, il quale, nella sessione del 13-14 febbraio 2007, si è occupato delle

non troppo dissimile da quello che avevo prospettato in quel precedente studio⁽²⁸⁾. Tuttavia, anche allora, mi parve troppo presto per ritornare sul tema.

La polemica, anziché sedarsi, vide infatti allargarsi il fronte⁽²⁹⁾. Perché

violazioni sistematiche dei diritti di proprietà derivanti dalla espropriazione indiretta in Italia. In particolare, pur constatando che la prassi interna ancora ravvisa(va) la sussistenza di tale istituto, il Comitato di Ministri ha rilevato che: - questo Consiglio, con i lavori preparatori del testo unico e con la decisione n. 2 del 2005 dell'Adunanza Plenaria (cui ha manifestato il proprio *welcoming*), ha escluso la sussistenza della espropriazione indiretta ed ha affermato che solo l'atto di acquisizione ex art. 43 comporta l'ablazione del diritto di proprietà (fino ad allora da riconoscere alla vittima dell'illecito dell'amministrazione); - l'applicazione del medesimo art. 43 ai casi pendenti consente *an end definitively to the practice of indirect expropriation*. Va rimarcato che le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo costituiscono primari e fondamentali canoni di interpretazione per la legge italiana. Nel caso di diretto contrasto di una legge con le disposizioni della Convenzione, è configurabile la sua incostituzionalità per violazione del novellato art. 117 Cost. (Corte Cost., 20 ottobre 2007, nn. 348 e 349). Quando non vi è tale contrasto e, anzi, la legge italiana è suscettibile di una interpretazione conforme alla Convenzione (o, addirittura, la legge è modificata proprio per superare una prassi interna contrastante con le disposizioni della Convenzione e con la pacifica giurisprudenza della Corte Europea), è imprescindibile dovere di ogni interprete riconoscere alla legge italiana il chiaro e unico significato coerente con la medesima giurisprudenza e con la ratio ed il dato letterale della legge. Vanno dunque ribaditi i principi già enunciati dalla relazione dell'Adunanza Generale del 29 marzo 2001 e dalle decisioni nn. 3752 e 2582 del 2007, per le quali l'art. 43 presuppone la perdurante sussistenza del diritto di proprietà e di un illecito permanente dell'amministrazione che si è a suo tempo impossessata del fondo altrui senza concludere tempestivamente il procedimento di esproprio, anche se è stata realizzata l'opera pubblica o di interesse pubblico. Con l'art. 43, il legislatore delegato ha consapevolmente introdotto nel sistema norme di chiusura, non solo per attribuire all'amministrazione il potere di dare a regime una soluzione al caso concreto quando gli atti del procedimento divengano inefficaci per decorso del tempo o siano annullati dal giudice amministrativo, ma anche per rimuovere il precedente contrasto sussistente tra la prassi interna (amministrativa e giudiziaria) e la Convenzione Europea, così attribuendo all'amministrazione una legale via d'uscita per gli illeciti già verificatisi».

Ma il punto era stato già esplicitamente chiarito dallo stesso Consiglio di Stato, nel parere reso dall'Adunanza Generale (29 marzo 2001, gab. n. 4/2001, in <*giustizia-amministrativa.it*>) sul progetto di testo Unico.

⁽²⁸⁾ Le differenze riguardano soprattutto la capacità dell'atto di acquisizione di sostituirsi anche alla dichiarazione di pubblica utilità o al vincolo preordinato all'esproprio. E proprio tali differenze fanno dubitare della legittimità costituzionale dell'art. 43. Ma sul punto tornerò in seguito, ai paragrafi 17 e 18.

⁽²⁹⁾ Oltre che per le ragioni illustrate nel testo, la polemica venne ravvivata, in un primo tempo, anche dal fatto che, per un certo tempo, di tentò di far sopravvivere le *espropriazioni di fatto* all'art. 43 e cercando, anzi, di trovare nella stessa disposizione un loro consolidamento. La questione è stata efficacemente riassunta da MANGANARO, *L'indennità di espropriazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti*

nel frattempo erano sopraggiunti i problemi collegati alla risarcibilità degli interessi legittimi e al riparto di giurisdizione, fondato sul nuovo criterio del blocco di materie.

Per la verità, non vi è settore, del diritto amministrativo, tanto oggetto di affanni come quello dell'intervento sulla proprietà. Non è un caso che le più pronunce in materia, ad esempio, di c.d. «*pregiudiziale amministrativa*» abbiano tratto origine da casi di espropriazione, più o meno, «*di fatto*»⁽³⁰⁾.

Sebbene, ancor oggi, tutti quei problemi non siano stati risolti, il decorso del tempo suggerisce, tuttavia, di tentare un'interpretazione dell'art. 43 del T.U. meno emotiva di quanto sarebbe stato possibile all'indomani della sua entrata in vigore.

È quanto cercherò di operare in questa sede.

5. — Va detto che oggi l'art. 43 non può essere studiato nel modo in cui sarebbe stato possibile alla data della sua emanazione.

Non perché si debba procedere ad un'interpretazione evolutiva, discutibile in astratto; ingiustificata nel caso concreto.

Gli è che sono sopraggiunte alcune positive novità, con le quali l'art. 43 deve confrontarsi⁽³¹⁾.

Va tenuto conto, in specie, della parziale dichiarazione d'incostituzionalità che ha gravato l'art. 53 del Testo Unico, in tema di giurisdizione⁽³²⁾.

dell'uomo, <astrid-online.it>, 11, s. Il tentativo venne successivamente definitivamente impedito, di nuovo, dalla C.E.D.U. (Sez. IV, 17 maggio 2005, *Scordino c/ Italia*, in <www.coe.int>).

⁽³⁰⁾ Tra queste anche le recenti, e assai note, pronunce Cons. di Stato, Ad. Pl., 22 ottobre 2007, n. 12 e Cons. di Stato, Ad. Pl., 30 luglio 2007, n. 9, entrambe in <giustizia-amministrativa.it>.

⁽³¹⁾ Oltre alla dichiarazione di illegittimità costituzionale, si deve rimarcare, anche, che il testo originario dell'art. 43 è stato emendato dal d. lgs. 27 dicembre 2002, n. 302, che lo ha integrato di un ulteriore comma «6 - *bis*», il quale così statuisce: «Ai sensi dell'articolo 3 della legge 1 agosto 2002, n. 166, l'autorità espropriante può procedere, ai sensi dei commi precedenti, disponendo, con oneri di esproprio a carico dei soggetti beneficiari, l'eventuale acquisizione del diritto di servitù al patrimonio di soggetti, privati o pubblici, titolari di concessioni, autorizzazioni o licenze o che svolgono, anche in base alla legge, servizi di interesse pubblico nei settori dei trasporti, telecomunicazioni, acqua, energia.»

⁽³²⁾ Il riferimento, ovviamente, è a Corte cost., 3 maggio 2006, n. 191, in <cortecostituzionale.it>, con cui è stata dichiarata «l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, comma

In effetti, il Testo Unico applicava proprio il ricordato criterio dei blocchi di materie, senza distinguere a seconda che fosse stato esercitato, o no, un pubblico potere.

Perciò, allorché venne emanato, l'art. 43 era certamente riferibile sia ai casi di *occupazione acquisitiva* sia a quelli di *occupazione usurpativa*, in cui non è dato cogliere alcun collegamento con il potere amministrativo, neppure in virtù della preliminare dichiarazione di pubblica utilità⁽³³⁾.

Dopo l'intervento della Corte costituzionale, una tale estensione applicativa non può più essere data per pacifica⁽³⁴⁾.

1, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 325 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di espropriazione per pubblica utilità - Testo B), trasfuso nell'art. 53, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità - Testo A), nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a "i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati", non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere».

⁽³³⁾ MARUOTTI, *Commento all'art. 43*, in CARINGELLA, DE MARZO, DE NICTOLIS, MARUOTTI, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2003, 599 s.; SCOCA, *Modalità*, cit., 539: «L'acquisizione sanante, avendo a suo presupposto la semplice utilizzazione e modificazione (nemmeno irreversibile) dell'immobile, "in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità", sembra avere un ambito di applicazione molto più ampio della occupazione acquisitiva; tale da includere anche l'occupazione usurpativa, soprattutto se si fa rientrare in questa seconda figura l'annullamento o, ancor meglio, la nullità della dichiarazione di pubblica utilità».

⁽³⁴⁾ Sicché si prospetta il dubbio che il rimedio disciplinato dall'art. 43 possa essere esteso anche ai giudizi ordinari. Sul punto, è incerta la posizione di CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006, 507, il quale sottolinea, da un lato, che la disposizione si riferisce, espressamente, al «giudice amministrativo».

Per altro verso, tuttavia, l'Autore evidenzia che riservare a quel giudice il rimedio sarebbe argomento che prova troppo, «se si considera che l'azione restitutoria prevista in alternativa dal comma 3 dell'art. 43 t.u.e. potrebbe essere stata proposta innanzi al giudice ordinario».

Da parte mia, rinvio sul punto a quanto osserverò tra breve, circa il rito nel quale l'azione prevista dall'art. 43 del Testo Unico deve, a mio modo di vedere, essere fatta valere. Per il momento, mi limito ad osservare come, in definitiva, non sia neppure vero che, nel disegno del terzo comma dell'art. 43, la domanda di restituzione del bene sia alternativa rispetto a quella di annullamento. Infatti, anche nel caso in cui venga introdotta questa seconda domanda, la restituzione è l'obiettivo della parte privata che l'art. 43 si propone di evitare, come dimostra il fatto che lo stesso comma conclude stabilendo che, in ogni caso, il giudice esclude senza limiti di tempo la restituzione stessa. Perciò, la possibile restituzione dell'immobile occupato non è una delle tante alternative fattispecie considerate dal terzo comma, ma è la fattispecie che riassume tutte queste stesse.

Tenuto conto che l'art. 43, al suo terzo comma, si riferisce alle sole controversie che possono essere instaurate davanti al «*giudice amministrativo*», si deve verificare se le pretese che oggi possono essere fatte valere corrispondano a quelle esperibili nel 2003. Perché ricondotte al giudice ordinario, le liti relative alla c.d. *occupazione usurpativa* sembrerebbero, ad una prima analisi, esserne sottratte.

Ma sulla questione avrò ragione di tornare in sèguito.

6. — Consapevole del fatto che l'art. 43 va letto diacronicamente, ne affronterò l'esegesi, osservando che la disposizione assume a proprio oggetto due distinte figure.

Una cosa, infatti, è l'atto di acquisizione emanato dall'amministrazione *motu proprio*, in applicazione dei primi due commi dell'art. 43.

Da esso, l'art. 43 tiene separata l'acquisizione disposta in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale che esclude la restituzione del bene⁽³⁵⁾.

⁽³⁵⁾ La distinzione tra le due forme di acquisizione è implicitamente riconosciuta da T.A.R. Veneto, Sez. I, 11 luglio 2007, n. 2501, in <*giustizia-amministrativa.it*>.

È contraria a questa distinzione, invece, la, peraltro ben argomentata, decisione C.R.G.A., 26 luglio 2006, n. 440. Contrarietà, che, per la verità, si estende anche all'idea secondo la quale l'«*acquisizione giudiziaria*» sarebbe conforme ai principi applicati dalla C.E.D.U.: «Solo dopo che l'amministrazione abbia eventualmente adottato un provvedimento di acquisizione ai sensi dell'art. 43 ed a condizione che ne riscontri la legittimità, il giudice amministrativo esclude la restituzione del bene (illegittimamente) espropriato e dispone, in sua vece, il risarcimento integrale del danno. Una volta che sia stata annullata anche la dichiarazione di pubblica utilità, non v'è più, in effetti, alcuna giustificazione dell'acquisizione del bene alla proprietà pubblica (cfr. C.d.S., IV, 9 aprile 1999, n. 606; C.d.S., IV, 2 giugno 2000, n. 3177), almeno finché l'amministrazione non rinnovi (legittimamente) una valutazione in proposito: il che è proprio ciò che l'art. 43 le consente di fare, con efficacia sanante ex post e, ovviamente, con effetto acquisitivo ex nunc e risarcimento integrale del danno. 4.3. - È noto che il legislatore del 2001, introducendo con l'art. 43 cit. - al limite dell'elasticità consentita dalla delega legislativa concessa al Governo dagli artt. 7, commi 1 e 2, della legge n. 50/1999, e 1, comma 4, lett. f), della legge n. 340/2000 - l'istituto dell'acquisizione dei beni immobili utilizzati senza titolo per scopi di pubblico interesse, riteneva di avere strutturato la fattispecie di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 43 in modo alquanto diverso da quella di cui ai commi 1 e 2 dello stesso articolo. Riteneva, cioè, che la fattispecie di cui ai commi 3 e 4 - a differenza di quella di cui ai commi 1 e 2, in cui vi è un espresso provvedimento di acquisizione che opera sul piano sostanziale - desse luogo ad una sorta di "composizione giudiziale" degli interessi, riferita ai casi in cui sia mancata la rinnovazione della valutazione degli interessi contrapposti da parte dell'amministrazione. Quest'ultima, formulando in giudizio la domanda (ricon-

venzionale, per alcuni) di cui al comma 3, avrebbe in pratica demandato l'esercizio del potere discrezionale di valutare comparativamente i contrapposti interessi delle parti in causa al giudice amministrativo, che sarebbe chiamato (secondo una tesi) ad esercitare prerogative tipiche della giurisdizione di merito. Tuttavia siffatta "intenzione storica" del legislatore - che, come è noto, non necessariamente coincide con l'oggettiva ratio legis che l'interprete è chiamato ad individuare anche per via sistematica - non appare condivisibile, per più profili: 1) perché la legge non individua, neppure in termini generali, i parametri e i criteri cui il giudice amministrativo (che, per ruolo costituzionale, non è un gestore di interessi pubblici, tanto più stante che la sua giurisdizione è palesemente connotata in termini soggettivi e non oggettivi) debba attenersi in sede di valutazione comparativa tra i contrapposti interessi delle parti in causa; 2) perché l'attribuzione al giudice amministrativo di una giurisdizione che si estenda al merito del provvedimento emanando (dallo stesso giudice) - al di fuori della peculiare ipotesi del giudizio di ottemperanza e, in questo caso, perfino senza un'espressa attribuzione di legge - sembra violare, insieme ai principi costituzionali di divisione dei poteri e di buona amministrazione, anche il principio della terzietà del giudice: il quale, nel vigente sistema costituzionale, non è affatto il migliore degli amministratori (cioè quello in grado, sol che la legge gli dia la c.d. "giurisdizione di merito", di individuare la soluzione legittima e più opportuna, senza bisogno di alcun vaglio sull'attività da lui svolta), bensì un soggetto, terzo ed imparziale, chiamato a valutare, ab extra e a posteriori, la legittimità delle attività che, in prima istanza, vengano svolte dagli organi di amministrazione attiva; 3) perché, in assenza di alcun criterio (supra, sub n. 1) e di una specifica potestà (e competenza) amministrativa (supra, sub n. 2), il giudice amministrativo non è in grado di poter fare che una scelta arbitraria (verosimilmente destinata a risolversi sempre in favore di una stessa parte), non avendo altri criteri di scelta, o di composizione dei contrapposti interessi, se non quelli, di norma inadeguati, derivanti occasionalmente da opzioni culturali contingenti e soggettive (il che avrebbe l'effetto di accrescere quella insicurezza giuridica da cui, come si dirà oltre, sono scaturite le censure della Corte di Strasburgo che vigila sull'attuazione, nei paesi aderenti, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito: C.E.D.U.); 4) soprattutto, perché l'istituto introdotto dall'art. 43 (che, secondo l'opzione esecutiva qui prescelta, si vedrà essere unico, sia in riferimento ai commi 1 e 2 che ai commi 3 e 4) deve essere considerato come la congrua risposta normativa alle censure che la Corte europea dei diritti dell'Uomo, a partire dal 2000, ha rivolto avverso l'istituto della c.d. occupazione appropriativa (o usurpativa) - per incidens, è proprio questa la ragione per cui l'art. 43 può ritenersi rientrante nei limiti della ricordata delegazione legislativa - sicché di esso si impone un'interpretazione conforme alle esigenze espresse dalla Corte sovranazionale: la quale, del resto, applica un diritto internazionale che, anche formalmente, è stato recepito nel nostro ordinamento, concorrendone dunque a farne parte. Quello che, ad avviso del Collegio, continua a porre i maggiori problemi di compatibilità con il diritto fondamentale al rispetto e ad un'adeguata tutela, anche giurisdizionale, della proprietà privata (diritto specificamente tutelato dalla C.E.D.U.) non è la previsione (di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 43) di un atto amministrativo che, preso atto dell'esistenza di una situazione (originaria o sopravvenuta) di illegittima utilizzazione di un bene altrui e valutati gli interessi in conflitto, ne disponga l'acquisizione ex nunc al proprio patrimonio, riconoscendo al privato il diritto al risarcimento del danno; naturalmente purché ciò avvenga "senza pregiudizio per l'azione eventualmente già proposta" ed a condizione che tale provvedimento - rispetto

alla cui adozione andrà pure indagata l'applicazione dei principi di previa partecipazione procedimentale, viepiù in quanto non postula il previo esperimento del procedimento dichiarativo della pubblica utilità, di cui anzi tiene luogo - sia assoggettato al sindacato di legittimità del giudice amministrativo. Il *punctum dolens* è, invece, l'istituto di cui ai commi 3 e 4 dello stesso art. 43, ove inteso come sostanzialmente diverso, quanto a contenuti e valutazioni da effettuare (nonché a sindacato giurisdizionale cui possa essere assoggettato) rispetto a quello, di cui ai due commi precedenti, testé illustrato. È stato osservato, in proposito, che possono ravvisarsi seri problemi di compatibilità della fattispecie di cui al comma 3, per come usualmente intesa, rispetto al principio di legalità espresso dall'art. 1 del Primo Protocollo della C.E.D.U., perché verrebbe privilegiato un interesse pubblico non espresso in una formale manifestazione di volontà che sia sindacabile, *ex post*, in sede giurisdizionale, a scapito della pretesa restitutoria del privato, quand'anche essa risulti fondata. Già C.d.S., A.P., 29 aprile 2005, n. 29, ha affermato che l'art. 43 (nel suo complesso, dato che ivi non è operata una partita analisi dei suoi diversi commi) abbia attribuito "all'autorità amministrativa [il] potere di acquisire al patrimonio pubblico anche un bene occupato senza titolo, purché ciò avvenga sulla base di un formale atto amministrativo fondato sulla valutazione degli interessi in conflitto e con il riconoscimento al privato del ristoro del danno", "accomunando nel regime ogni forma di occupazione senza titolo", purché tutto questo avvenga "con un formale provvedimento amministrativo, valutati gli interessi in conflitto". Tuttavia, ciò che appare decisivo - ai fini dell'esegesi qui prescelta - è la circostanza che la Corte europea dei diritti dell'Uomo, a partire dalla sentenza (Scordino c./ Italia) del 17 maggio 2005, sembra ritenere incompatibile con la C.E.D.U. la previsione normativa che riconnetta l'acquisto della proprietà ad una situazione iniziale illegittima che, senza essere intermediata da un nuovo e diverso provvedimento amministrativo formale che si connoti in termini di legittimità e che sia pienamente verificabile davanti al giudice, possa evolvere, per mera attività della parte processuale pubblica (che, peraltro, è quella che, per definizione normativa, dovrebbe altrimenti avere torto all'esito del giudizio), in un titolo di acquisto della proprietà e di privazione del possesso in capo al privato. Tale orientamento - che, *apertis verbis*, pone in crisi la legittimità dell'interpretazione "storica" dell'art. 43, commi 3 e 4 - sembra ormai essersi consolidato con le sentenze (Sciarrotta c./ Italia) del 12 gennaio 2006 e (Genovese c./ Italia) del 2 febbraio 2006. . In riscontro a questi ineludibili rilievi, il Collegio ritiene che l'unica interpretazione sistematicamente corretta - in quanto la sola che sia compatibile con la C.E.D.U., parte integrante dei principi del sistema giuridico interno - che possa predicarsi in riferimento ai commi 3 e 4 dell'art. 43 sia quella di seguito tratteggiata. La quale, seppure non sia conforme all'intenzione storica del legislatore, è tuttavia certamente molto più in linea di quella con i principi fondamentali posti a base della C.E.D.U. e ribaditi dalla Corte di Strasburgo; che, mentre dimostra di aver già sostanzialmente bocciato ogni altra possibile esegesi dei citati commi 3 e 4, parrebbe invece potersi trovare in linea con la rilettura di questi ultimi che il Collegio ritiene, in questa sede, di far propria. Cioè con la tesi che, anche in corso di giudizio, l'amministrazione, per poter utilmente richiedere al giudice di essere condannata al risarcimento del danno, ma con esclusione della restituzione del bene in natura, debba versare in atti un formale provvedimento di acquisizione, adottato ai sensi dei commi 1 e 2, così sottoponendolo ad immediato controllo giurisdizionale di legittimità (con facoltà, ovviamente, per la controparte di impugnarlo con motivi aggiunti) e potendo ottenere, in caso di esito positivo della verifica, una condanna a proprio carico

meramente risarcitoria, anziché restitutoria. La soluzione appare in effetti compatibile col testo normativo di riferimento, salvo per ciò che riguarda il profilo della scissione temporale, di cui al comma 4, tra il provvedimento del giudice escludente la restituzione e quello amministrativo di emanazione dell'atto di acquisizione. Tuttavia anche siffatta discrasia sembra colmabile in via esegetica, potendosi ritenere che l'atto da produrre in causa ai sensi del comma 3 dovrà avere i requisiti sostanziali del provvedimento di acquisizione di cui al comma 1, nonché quelli di cui alle lettere a), b) e c) del comma 2. Viceversa, quelli di cui alle lett. d), e), f) e g) dello stesso comma 2 dovranno essere presenti nel successivo atto (meramente formale), di cui al comma 4, che l'amministrazione emanerà solo in caso di accoglimento in sede giurisdizionale della propria richiesta di non restituire l'immobile, in esito al positivo vaglio di legittimità del provvedimento già versato in atti. Circa il momento in cui si verifica l'effetto traslativo, può dirsi che - ai sensi dell'art. 43, comma 2, lett. e), e stante quanto si è appena detto in ordine ai contenuti degli atti di cui ai commi 3 e 4 - è l'atto di acquisizione formale, di cui al comma 4, che "comporta il passaggio del diritto di proprietà"; tuttavia ciò consegue a presupposti già interamente posti dal previo provvedimento di acquisizione, di cui al comma 3. La situazione che si determina nel rapporto tra i due atti (quello sostanziale, di cui al comma 3, e quello formale, di cui al comma 4) è praticamente e descrittivamente analoga alla vicenda che si verifica nell'espropriazione forzata immobiliare: dove l'effetto traslativo della proprietà si ha con il decreto di trasferimento di cui all'art. 586 c.p.c. (il cui ruolo, appunto, è meramente traslativo e formale), ma in base a presupposti sostanziali che si sono già interamente verificati nei precedenti atti dell'"aggiudicazione e del versamento del prezzo» (<*giustizia-amministrativa.it*>).

A questa pronuncia ha dato, immediatamente, replica T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, n. 989 (*ibidem*), in modo non meno brillantemente argomentato: «La norma contiene sostanzialmente due previsioni, come per altro rilevato dai ricorrenti. Una consente che l'amministrazione provveda all'acquisizione con atto formale, in assenza di validi ed efficaci atti ablatori (primo comma); il legislatore si è preoccupato di chiarire, al secondo comma, che ciò può accadere anche dopo l'annullamento in sede giurisdizionale degli atti del procedimento espropriativo (lettera a) del secondo comma), ed altresì di stabilire il contenuto di massima cui deve attenersi l'amministrazione. (ulteriori lettere del secondo comma). Prima di svolgere alcune considerazioni sui rapporti fra l'acquisizione disciplinata dal primo e dal secondo comma dell'art. 43, e quella disciplinata dal comma terzo, è opportuno ricordare che, nella fattispecie, ricorre appunto la condizione di cui alla lettera a) su richiamata, essendo intervenuto l'annullamento in sede giurisdizionale (con la citata sentenza di questa sezione n. 741/2005) degli atti del procedimento espropriativo; va anche sottolineato che l'amministrazione si è avvalsa della possibilità di emanare un atto di acquisizione, e che gli interessati, odierni ricorrenti, hanno chiesto la restituzione dell'immobile, impugnando il decreto di acquisizione, e chiedendo altresì, in via subordinata, il risarcimento del danno. Giova anche precisare che, a questo punto, l'amministrazione ha ritenuto di dover utilizzare anche lo strumento di cui al comma terzo del più volte citato art. 43 del testo unico, e si è difesa chiedendo che fosse esclusa la restituzione dell'area e fosse ritenuta congrua la somma determinata, a titolo risarcitorio, nell'atto di acquisizione impugnato. Secondo un recente orientamento - ispirato ad apprezzabili preoccupazioni di fondo per una ricostruzione sistematica e per la compatibilità costituzionale e comunitaria della disciplina in esame - le diverse ipotesi disciplinate dal più volte citato art. 43 vanno ricondotte ad un istituto sostanzialmente unitario (vedi

l'approfondita analisi di cui alla sentenza del Cga n. 440/2006, cui si farà infra ulteriore riferimento). Va premesso che - stando al tenore letterale dell'art. 43 - sembrerebbe di dover distinguere un'ipotesi di acquisizione di beni utilizzati dall'amministrazione per scopi di pubblico interesse ma in assenza di titolo (o di valido titolo), disciplinata dal comma primo e dal secondo, ed un'ipotesi di acquisizione disciplinata dal comma terzo e dal quarto della stessa norma. La prima ipotesi postulerebbe l'emanazione di un apposito provvedimento con effetto sanante ex post da parte dell'amministrazione, che - dopo aver effettuato la valutazione degli interessi in gioco - acquisisce la proprietà dei beni stessi e risarcisce il danno ai proprietari. La seconda sembrerebbe configurarsi come strumento di «“composizione giudiziale” degli interessi, riferita ai casi in cui sia mancata la rinnovazione della valutazione degli interessi contrapposti da parte dell'amministrazione» (così la su citata sentenza del Cga), e ciò in assenza di alcun provvedimento espresso di acquisizione, sia pure emanato “in sanatoria” delle fasi procedurali pregresse. In proposito, la decisione del giudice d'appello sottolinea - ad avviso del collegio condivisibilmente, anche se con le precisazioni che poco oltre saranno esposte - che, assegnando all'ipotesi disciplinata dal comma terzo e dal quarto dell'art. 43 testo unico espropriazioni una funzione meramente processuale (a volte ricostruita in termini di domanda riconvenzionale dell'amministrazione nei confronti dei privati proprietari che agiscono per la restituzione del bene), si finisce per attribuire in pratica al giudice amministrativo “l'esercizio del potere discrezionale di valutare comparativamente i contrapposti interessi delle parti in causa al giudice amministrativo, che sarebbe chiamato (secondo una tesi) ad esercitare prerogative tipiche della giurisdizione di merito”. Molto interessanti le argomentazioni in base alle quali la sentenza n. 440/2006 più volte citata fornisce una diversa interpretazione dell'art. 43 e delle diverse ipotesi ivi contemplate, e precisamente: - la mancanza di criteri normativamente predeterminati sulla base dei quali il giudice amministrativo possa effettuare la valutazione comparativa di cui trattasi; - il contrasto di una ipotesi di giurisdizione di merito non “coperta” dalla previsione normativa con i principi di separazione dei poteri e di buona amministrazione, oltre che di terzietà necessaria del giudice, quale “soggetto, terzo ed imparziale, chiamato a valutare, ab extra e a posteriori, la legittimità delle attività che, in prima istanza, vengano svolte dagli organi di amministrazione attiva”; - l'inevitabile arbitrarietà e l'altrettanto inevitabile soggettivismo di una valutazione in sede giurisdizionale degli interessi pubblici e privati che sia svincolata dalla predeterminazione di criteri e dall'attribuzione specifica di competenza. Il collegio ritiene, tuttavia, che l'opzione interpretativa con la quale la sentenza più volte richiamata tenta di superare le difficoltà su rappresentate non possa essere sposata nella sua assolutezza. E' da condividere la preoccupazione, espressa dalla ripetuta sentenza n. 440/2006, di tenere conto dei principi posti dalla giurisprudenza comunitaria formatasi sull'art. 43 testo unico espropriazioni, sulla base dei quali si giunge alla conclusione che la norma deve essere letta in modo unitario e coerente... In definitiva, in ossequio ai principi espressi dalla Corte europea, deve ritenersi necessaria, anche in corso di giudizio, l'adozione da parte dell'amministrazione - ove questa voglia richiedere al giudice di essere condannata al risarcimento del danno, ma con esclusione della restituzione del bene in natura - di un formale provvedimento di acquisizione, in nulla diverso da quello che essa avrebbe potuto emanare - al di fuori di un contenzioso - ai sensi del comma 1 e con il contenuto stabilito dal comma 2. Tale formale provvedimento viene così immediatamente sottoposto al controllo giurisdizionale di legittimità (con facoltà, ovviamente, per la controparte privata, di impugnarlo con motivi aggiunti); se tale controllo ha esito

Per brevità, mi riferirò alla prima con il termine di «*acquisizione amministrativa*»; alla seconda, con quello di «*acquisizione giudiziaria*»⁽³⁶⁾.

positivo, l'amministrazione può ottenere una condanna a proprio carico meramente risarcitoria, anziché restitutoria. Tuttavia, ciò non potrebbe dirsi - ad avviso del collegio - nelle ipotesi (come quella oggetto del presente giudizio) in cui l'amministrazione abbia già provveduto ad emanare un formale atto di acquisizione e questo venga impugnato. Anche in questi casi - si domanda il collegio - l'amministrazione deve, per utilizzare il comma terzo dell'art. 43 testo unico espropriazioni, nuovamente emanare un atto formalmente acquisitivo? Sembra di poter escludere non solo che ciò sia necessario, ma che addirittura questo abbia un senso, in presenza di un atto di acquisizione già emanato ed impugnato, del quale l'atto emanato per poter utilizzare lo strumento di cui al comma terzo dell'art. 43 testo unico espropriazioni costituirebbe un inutile doppione. Nella vicenda in esame, in cui vi è, a monte, l'annullamento in sede giurisdizionale degli atti del procedimento espropriativo, in virtù della sentenza di questo Tar n. 741/05, deve ancora una volta ribadirsi che, ai sensi della disciplina che si è poc'anzi illustrata, l'amministrazione aveva la possibilità di emanare un atto di acquisizione, quale è, appunto, il provvedimento impugnato. Ciò è chiaramente avvenuto al di fuori di un giudizio (il giudizio sugli atti ablatori si era già concluso con sentenza sfavorevole all'amministrazione, ed il presente giudizio è stato proposto, appunto, per contrastare l'emanazione di quell'atto di acquisizione la cui impugnativa ne forma oggetto). Si ricade, pertanto, nell'ambito di applicazione del primo e del secondo comma dell'art. 43 del testo unico espropriazioni. . . Dall'altro lato, occorre chiedersi se il ricorso al terzo comma dell'art. 43 costituisca, nella fattispecie, uno strumento superfluo, essendo già stato emanato l'atto di acquisizione, espressamente adottato ai sensi del comma 2, punti 2 e 5 dell'art. 43, trattandosi di acquisizione disposta prima del presente giudizio, e dopo l'annullamento degli atti ablatori in precedenza adottati. La risposta al quesito è contenuta nello stesso terzo comma dell'art. 43 testo unico espropriazioni, che testualmente contempla l'ipotesi di impugnativa di uno dei provvedimenti indicati nel comma 1 e nel comma 2, tra i quali si annovera, appunto, l'atto di acquisizione sanante, la cui impugnativa non vi è ragione di escludere (la norma non distingue fra tipi di atti) dall'ambito di applicazione del comma terzo. Per altro (lo si precisa al fine di fornire un quadro completo delle possibili ipotesi) nulla impedirebbe all'amministrazione di ritirare il precedente atto di acquisizione (così determinando la sopravvenuta carenza di interesse processuale in capo alla parte privata, e la conseguente improcedibilità del ricorso) e di emanare un atto ai sensi del comma terzo dell'art. 43 più volte citato, nell'interpretazione datane dal Cga sulla base dei principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria».

⁽³⁶⁾ T.A.R. Toscana, 11 giugno 2004, n. 2066 propone, invece, una terminologia diversa: «La norma prevede due diverse forme del medesimo istituto: a) la c.d. "acquisizione provvedimentale" che può essere adottata dall'amministrazione che utilizza il bene, che sia stato già modificato in assenza di titolo, con atto di natura discrezionale, previa valutazione degli interessi in conflitto e con obbligo di motivazione in ordine alle circostanze che abbiano indotto all'indebita utilizzazione dell'area (art. 43, commi 1 e 2); b) l'acquisizione, qualificabile (per differenza) come "vincolata", che l'amministrazione deve adottare, a seguito della sentenza che abbia accolto la domanda al risarcimento del danno, da essa proposta, ove sia stata esercitata un'azione volta alla restituzione del bene utilizzato o sia stato impugnato un provvedimento di esproprio o dichiarativo della

Benché, infatti, l'acquisizione sia in entrambi i casi un atto dall'amministrazione, una tale terminologia consente di mettere in evidenza le diversità procedurali che portano al provvedimento.

7. — Constatata la sussistenza di due forme di acquisizione, il primo problema che emerge è di carattere funzionale.

Ci si chiede, infatti, a quale scopo il legislatore, dopo avere disciplinato l'*acquisizione amministrativa*, abbia sentito la necessità di prevedere anche quella *giudiziaria*. Se — ai sensi del primo e del secondo comma — l'amministrazione è in grado di acquisire in piena autonomia il bene, perché mai, in virtù del terzo comma, essa dovrebbe chiedere al giudice di esserne, per così dire, autorizzata⁽³⁷⁾?

Una soluzione all'interrogativo porta necessariamente a ipotizzare che le due acquisizioni abbiano campi d'applicazione diversa, sì da rivolgersi a fattispecie esse stesse distinte.

Indagare su quali siano i due àmbiti applicativi è il dunque il primo obiettivo da raggiungere.

La distinzione dell'*acquisizione amministrativa* da quella *giudiziaria* non può, tuttavia, essere fondata sulla base delle peculiarità che, *prima facie*, emergono.

Esse attendono, innanzi tutto, al fatto che l'*acquisizione amministrativa* è disposta dall'autorità «*che utilizza il bene*»⁽³⁸⁾, mentre l'*acquisizione*

pubblica utilità (art. 43, commi 3 e 4)» (<*giustizia-amministrativa.it*>).

⁽³⁷⁾ Adottare l'*acquisizione amministrativa*, in pendenza del giudizio, se possibile, renderebbe infatti improcedibile, per sopravvenuta cessazione della materia del contendere, l'azione impugnatoria proposta contro gli atti del procedimento espropriativo, ovvero la generica azione «restitutoria» descritta dal terzo comma, con conseguenze analoghe a quelle che si avrebbero, se fosse il giudice a consentire l'*acquisizione giudiziaria*.

⁽³⁸⁾ Il rilievo è stato utilizzato, da taluno, per sostenere che l'acquisizione possa essere disposta da soggetto diverso da quello che sarebbe stato competente a emanare l'espropriazione; che esso andrebbe, invece, identificato con il beneficiario dell'espropriazione stessa, se emanata. Contraria a questa tesi è, invece, la posizione del T.A.R. Veneto, 27 aprile 2007 n. 1462, in <*giustizia-amministrativa.it*>. Ivi si nega che il concessionario d'opera pubblica, delegato dei soli poteri di espropriazione, possa in virtù di questa sola delega acquisire *ex art. 43*. («La disciplina di cui all'art. 43 del T.U. approvato con D.P.R. 327 del 2001 si configura, infatti, come modalità ablatoria della proprietà privata del tutto speciale rispetto al normale procedimento di espropriazione, e — in quanto tale — non può pertanto reputarsi implicitamente compresa in una delega testualmente

giudiziaria può essere sollecitata anche dall'amministrazione «*che ne ha interesse*»⁽³⁹⁾ ⁽⁴⁰⁾.

Poiché, tuttavia, per esplicita previsione del terzo comma, la stessa *acquisizione giudiziaria* può essere promossa (oltre che dall'amministrazione che ne abbia interesse) anche da quella che utilizza il bene, la particolarità delle due figure non può essere colta avendo a riguardo il soggetto che le suscita.

Da questo punto di vista, possiamo solo rilevare che l'*acquisizione giudiziaria* descrive una fattispecie più ampia, ma comprensiva, di quella

riferita alle sole "attività inerenti gli espropri per la realizzazione delle opere pubbliche secondo la normativa vigente in materia"»). Sul punto, tuttavia, sembrerebbe sussistere giurisprudenza favorevole del Consiglio di Stato (Sez. IV, 27 giugno 2007, n. 3752, in <*giustizia-amministrativa.it*>: «Per l'art. 43 del testo unico sugli espropri, il potere di disporre il decreto di acquisizione del bene spetta alla "autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico", e dunque alla s.p.a. ANAS, che — in ragione dei poteri previsti dall'art. 14 del d.lg. n. 285 del 1992 e dalla normativa riguardante la gestione delle autostrade — è anche titolare di poteri pubblicistici»).

Non meno delicato è l'ulteriore problema, affrontato da quella sentenza del T.A.R. Veneto: vale a dire se all'emanazione dell'atto di acquisizione possa ostare il fatto che l'utilizzatore sia un soggetto privato. Il giudice veneto ha escluso tale eventualità, perché i privati non possono essere titolari di beni pubblici. Tuttavia, il bene acquisito è ricondotto nel patrimonio disponibile, i cui beni possono essere di proprietà anche di privati, salva la loro destinazione. Si tratta, evidentemente, di aspetti secondari della disciplina data dall'art. 43 che illustrano, però, l'asperità della disposizione stessa.

⁽³⁹⁾ Tale criterio di distinzione è avanzato, per la verità in modo non del tutto chiaro, da Cons. di Stato, Sez. V, 23 maggio 2005, n. 2095, in <*giustizia-amministrativa.it*>.

⁽⁴⁰⁾ È collegato al termine «utilizzazione» il problema d'individuare quali autorità possano emanare l'*acquisizione amministrativa*. In merito, MARUOTTI, *Commento all'art. 43*, cit., 593, reputa che detta autorità possa non essere necessariamente quella competente ad emanare l'espropriazione, quanto chi, materialmente, utilizza davvero l'opera. Poiché — come sosterrò oltre — l'acquisizione produce effetti equiparabili, almeno in parte, a quelli dell'espropriazione, vi è dunque un allargamento della titolarità della relativa competenza, privo di sostanziali limiti e legato all'occasionalità dell'utilizzazione stessa. Da qui discendono alcune perplessità, in chi scrive, sulla piena attuazione del principio di legalità ad opera della norma in commento.

Analoga alla posizione di MARUOTTI è quella di DE MARZO, *Commento all'art. 43*, nella medesima collettanea, pag. 687: «La norma in esame presuppone un potere discrezionale del giudice, per nulla vincolato alla richiesta dell'amministrazione che abbia interesse o di chi utilizzi il bene. In assenza di una valutazione comparativa degli interessi da parte della P.A. che ha disposto l'occupazione, può ritenersi che il potere del giudice debba essere esercitato comparando i costi delle soluzioni alternative che gli vengono prospettate e la meritevolezza di tutela dell'interesse alla restituzione del bene e di quello alla conservazione».

presupposta dall'*acquisizione amministrativa*. Proprio il carattere di maggiore ampiezza, però, non esclude che, sotto questo profilo, possa esservi sovrapposizione — e quindi almeno parziale coincidenza — tra le due figure⁽⁴¹⁾.

Né può essere assunto a criterio distintivo il carattere discrezionale⁽⁴²⁾ dell'*acquisizione amministrativa* rispetto a quello, vincolato, dell'*acquisizione giudiziaria*⁽⁴³⁾.

Benché si debba ritenere, in armonia con quanto afferma la giurisprudenza⁽⁴⁴⁾, che l'amministrazione sia titolare di un vero e proprio dovere di acquisire il bene dopo la pronuncia giurisdizionale descritta dal terzo comma, ivi la discrezionalità risiede nell'istanza con cui l'autorità chiede al giudice d'impedire la restituzione.

Poiché, in altre parole, il giudice non può, d'ufficio, promuovere l'*acquisizione*, nella fattispecie descritta dal terzo comma si assiste solo al trasferimento della discrezionalità in una fase diversa da quella in cui essa è esercitata in occasione dell'*acquisizione amministrativa*⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴¹⁾ In ogni caso, anche nel caso in cui l'acquisizione sia disposta ai sensi del terzo comma, essa è atto proprio di chi utilizza il bene, stante il fatto che il quarto comma afferma che è competente «l'autorità che ha disposto l'occupazione dell'area». Il dato dà luogo ad alcuni dubbi, non insensibili a rilievi di legittimità costituzionale (artt. 3, 23, 41 e 97 Cost), in merito all'*acquisizione giudiziaria*. Infatti, ove vi sia discrasia tra l'autorità che «ha interesse» alla conservazione dell'opera e quella che, utilizzando il bene, dovrà poi emanare l'atto di acquisizione, constateremmo che questa seconda potrebbe essere *costretta* a far proprio il bene, quando, eventualmente, potrebbe preferire restituirlo — secondo la regola generale — al proprietario occupato *sine titulo*. Ciò impone, almeno, che, nel processo in cui si discute della possibile *acquisizione giudiziaria* (vale a dire, come cercherò di dimostrare, nel giudizio di ottemperanza) debbano essere intimate, o evocate, entrambe le autorità.

⁽⁴²⁾ La giurisprudenza ha però precisato che l'amministrazione è comunque tenuta a pronunciarsi, a fronte di un'istanza del privato di ottenere l'emanazione dell'atto di *acquisizione amministrativa*. Così, T.A.R. Veneto, 11 luglio 2007, n. 2501, cit.

⁽⁴³⁾ DE MARZO, *op.*, cit., 688.

⁽⁴⁴⁾ V., ad esempio, T.A.R. Toscana, 11 giugno 2004, n. 2066, <*giustizia-amministrativa.it*>.

⁽⁴⁵⁾ T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 17 ottobre 2005, n. 1724, in <*giustizia-amministrativa.it*>: «In quest'ottica, anche la domanda di cui al comma 3 e la decisione di cui al comma 4 dovranno pur sempre essere motivate, in punto di diritto sostanziale, con l'applicazione dei principi derivanti dall'art. 2058 e 2933 c.c. o ad essi riconducibili, a pena di dover considerare - a contrario - il ricorso a tale facoltà come del tutto sprovvisto di motivazione e quindi arbitrario, con conclusioni ben peggiori di quelle che hanno determinato le note pronunce di condanna da parte della Corte Europea».

Questo però non significa che il complessivo *procedimento di acquisizione giudiziaria* sia privo di quei tratti di discrezionalità già propri dell'altra forma di acquisizione.

8. — Un più convincente elemento di distinzione potrebbe essere ravvisato esaminando i peculiari presupposti delle due acquisizioni. Tuttavia, anche seguendo quest'ulteriore linea d'indagine, l'individuazione di detto elemento non è affatto immediata.

Non deve essere troppo valorizzato il fatto che, nel caso di *acquisizione amministrativa*, la norma richiede la «*modificazione*» del bene immobile⁽⁴⁶⁾, mentre nel caso di *acquisizione giudiziaria* è sufficiente la sua «*utilizzazione*»⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁶⁾ Si noterà che, rispetto a quanto asserito dalla giurisprudenza in materia di *espropriazioni di fatto*, la legge richiede un intervento fattuale sul bene di minore gravità, rispetto alla «irreversibile trasformazione». Sul punto v. PERINI, *L'utilizzazione*, cit., 515.

Si consideri, però, l'opinione del T.A.R. Campania (Napoli, Sez. V., 7 giugno 2006, n. 6791, 6 dicembre 2007, n. 70, in <*giustizia-amministrativa.it*>), che avvicina di molto il concetto di utilizzazione a quello di trasformazione irreversibile: «Senza spingersi a dover ritenere necessario il presupposto del definitivo completamento dell'opera e del suo utilizzo in atto per lo scopo di pubblica utilità per il quale essa è stata progettata, non v'è dubbio, ad avviso del Collegio, in ordine alla indefettibilità, ai fini dell'applicabilità dell'articolo 43 in esame, del presupposto di una trasformazione del bene che abbia raggiunto un livello tale da renderlo irrimediabilmente non restituibile e oggettivamente destinato all'utilizzo pubblico (ancorché futuro e non ancora in atto)».

Secondo T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 7 giugno 2005, n. 984, *ibidem*, il grado di trasformazione del bene inciderebbe sulla consistenza della motivazione che l'amministrazione deve portare al fine di giustificare l'acquisizione.

⁽⁴⁷⁾ Sotto un profilo cronologico (la modificazione precederebbe l'utilizzazione) distingue le due fattispecie, ad es., T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 27 aprile 2006, n. 6791 (<*giustizia-amministrativa.it*>).

T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 22 aprile 2005, n. 984, *ibidem*, valorizza l'elemento della modificazione al fine di descrivere gli elementi su cui deve poggiarsi la motivazione che precede l'acquisizione stessa: «Il riferimento all'utilizzazione del bene ed alla sua modifica appare finalizzato, in aderenza alla ratio della norma, a delimitare la portata della previsione, onde restringerne l'applicabilità al caso in cui si tratti di sanare situazioni nelle quali l'amministrazione, in difetto di valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, utilizza un bene per finalità di pubblico interesse e lo abbia modificato in misura tale da far considerare la mancata acquisizione uno spreco di risorse pubbliche. Occorre, quindi, da un lato, che sia in atto un rapporto di carattere materiale tra l'amministrazione ed il bene immobile di cui si tratta e, dall'altro, che l'entità della modifica, che è senz'altro cosa diversa dall'irreversibile trasformazione, sia

Similmente a quanto ho detto circa il soggetto che può promuovere il rimedio, anche sotto questo profilo l'*acquisizione giudiziaria* si dimostra figura più ampia di quella *amministrativa*, perché non può essere contestato che nel concetto di *utilizzazione* ricade anche quello di *modificazione*⁽⁴⁸⁾.

tale da giustificare, in considerazione dell'indicata ratio della norma, l'adozione di un provvedimento autoritativo che implichi l'acquisto del bene, pur in assenza di valido ed efficace provvedimento di espropriazione o dichiarativo di pubblica utilità. A proposito dell'entità della modifica del bene, è da ritenere che, nell'effettuare la valutazione degli interessi in conflitto, l'amministrazione non debba limitarsi a prendere in esame il solo interesse pubblico primario perseguito in contrapposto a quello del privato, ma debba anche prendere in considerazione le risorse pubbliche impiegate ai fini della modificazione del bene».

Secondo T.A.R. Toscana, 11 giugno 2004, n. 2066, <*giustizia-amministrativa.it*>, la distinzione terminologica richiamata in testo, tra utilizzazione e modificazione, sarebbe alla base della distinzione tra le due forme di acquisizione. Utilizzazione e modificazione si contrapporrebbero, così, ad irreversibile trasformazione, che, sembrerebbe, continuerebbe a dar luogo all'occupazione acquisitiva in virtù del semplice fatto del suo venir in essere («... ben si comprende la maggiore ampiezza del requisito della modificazione del bene (comma 1), e a fortiori della mera utilizzazione di esso per scopi di interesse pubblico (comma 3), a fronte della più rigorosa qualificazione dell'«irreversibile trasformazione» richiesta dalla giurisprudenza sorta in tema di c.d. accessione invertita. In tale ipotesi, la proprietà si trasferisce sulla base del mero fatto materiale dell'avvenuta ed irreversibile trasformazione del bene, laddove, nelle due ipotesi contemplate dalla norma in esame, ciò avviene o in virtù di un atto di acquisizione che deve essere adeguatamente motivato e determinare la misura del risarcimento del danno disponendone il pagamento entro un termine breve (cfr. comma 2), ovvero, come si verificherebbe nella fattispecie, attraverso un atto di acquisizione - che in tal caso dovrà dare atto dell'avvenuto risarcimento del danno - che faccia seguito ad una sentenza che abbia disposto la condanna al risarcimento, con esclusione della restituzione del bene (cfr. commi 3 e 4)»).

⁽⁴⁸⁾La nozione di «modificazione», a sua volta, assume un significato più ampio del concetto di «trasformazione irreversibile», fatto proprio dalla giurisprudenza che seguiva la teoria delle «*espropriazioni di fatto*». Sul punto, v. MONTEDORO, *L'occupazione appropriativa dopo il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 327*, Urb. e app. 2001, 1174. A questa interpretazione aderisce anche CONTI, *L'occupazione*, cit., 480, il quale sottolinea che l'ampiezza del concetto di utilizzazione è coerente con la previsione che applica il meccanismo acquisitivo disciplinato dall'art. 43 anche alle ipotesi di acquisto di una semplice servitù, anziché della piena proprietà.

Il medesimo Autore, tuttavia, mette in guardia dalle «conseguenze nefaste» che potrebbe produrre sulla proprietà «un'interpretazione del precetto volta a legittimare l'atto di acquisizione anche in ipotesi di pavimentazione di un'area già allo stato naturale destinata a parcheggio di autoveicoli, di un impiego di un suolo diverso da quello suo proprio, di trasformazione di locali sottotetto in locali abitabili, di mera redistribuzione dei volumi». Casi tutti che integrano una modificazione edilizia. Egli ritiene, pertanto, che si debba seguire un'interpretazione costituzionalmente orientata, alla luce della quale «il concetto di modifica» andrebbe necessariamente «agganciato a quello di opera pubblica».

Non è possibile, quindi, cogliere ivi una significativa differenza tra le due figure, perché, badando al modo con cui il bene viene impiegato, l'*acquisizione giudiziaria* è ammessa ogni volta in cui è esperibile quella *amministrativa*.

Di maggiore interesse, ai fini distintivi assunti, è osservare che, nell'ipotesi di *acquisizione amministrativa*, la modificazione deve essere avvenuta «*in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità*».

Nel caso di *acquisizione giudiziaria*, invece, il presupposto è duplice e cumulativo, consistendo nella proposizione di un'azione giudiziaria; nel fatto, inoltre, che questa iniziativa processuale sia fondata.

Ma, anche a tal proposito, emergono aspetti di parziale coincidenza tra le due figure. Essi risultano dal raffrontare appunto il requisito della fondatezza della domanda (previsto per il caso di *acquisizione giudiziale*) con quello dell'assenza del provvedimento di esproprio o dell'atto dichiarativo della pubblica utilità (nel caso di *acquisizione amministrativa*).

Sul punto, la lettera del primo comma dell'art. 43 non è certo di facile comprensione.

La legge, infatti, non si limita a indicare semplicemente che, ai fini dell'*acquisizione amministrativa*, è presupposta la generica mancanza del titolo espropriativo o della dichiarazione di pubblica utilità. Essa precisa che deve mancare un titolo «*valido ed efficace*». Si tratta, tuttavia, di una precisazione inutile.

Rovesciando il dettato normativo, la disposizione va intesa infatti nel senso che *n o n* può disporsi acquisizione solo quando sia stato emanato un atto espropriativo, o dichiarativo della pubblica utilità, che abbia la caratteristica d'essere *s i a* valido, *s i a* efficace.

Questo significa che può darsi luogo ad *acquisizione amministrativa* in quattro ipotesi, tra loro, *prima facie*, alternative: a) quando non esiste alcun formale provvedimento di espropriazione o dichiarativo della pubblica utilità⁽⁴⁹⁾; b) quando il provvedimento esiste, ma sia invalido e inefficace; c) quando il provvedimento esiste, ma esso, pur essendo valido, sia inefficace; d) quando il provvedimento esiste, ma pur essendo efficace, sia invalido.

⁽⁴⁹⁾ La norma è applicata a tale caso da T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 7 dicembre 2007, n. 3966, in <*giustizia-amministrativa.it*>.

Detta alternatività di presupposti, tuttavia, è solo apparente, perché le varie ipotesi si riducono, in realtà, ad una sola.

In definitiva essa è data, appunto, della mancanza del titolo acquisitivo della proprietà.

Al riguardo, è facile accostare il caso del provvedimento inesistente a quello del provvedimento inefficace (valido o invalido che esso sia), perché, qui, l'occupante non fa, comunque, proprio alcun diritto.

Ma non è difficile accomunare questi due casi anche a quello del provvedimento invalido, ma efficace.

Infatti, il secondo comma dell'art. 43 precisa che l'*acquisizione amministrativa* «può essere emanat[a] anche quando sia stato annullato l'atto da cui è sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di espropriazione».

La portata precettiva del secondo comma potrebbe ritenersi inutile, perché l'annullamento degli atti espropriativi deve ritenersi equivalente alla loro originaria mancanza, dati i fin troppo noti effetti della caducazione⁽⁵⁰⁾.

Tuttavia, l'annullamento presuppone l'invalidità dell'atto. Volendo cercare di attribuire un senso compiuto al secondo comma dell'art. 43, si deve sostenere, perciò, che la disposizione integra la fattispecie prevista dal primo comma con riguardo all'ipotesi di *acquisizione amministrativa* derivante da un provvedimento della fase espropriativa invalido, ma efficace.

Reputo, in altri termini, che, quando l'autorità intendesse procedere all'*acquisizione amministrativa* in caso di provvedimento invalido ma efficace, essa dovrebbe preliminarmente o contestualmente auto-annullare il provvedimento stesso.

Sulla scorta dell'interpretazione combinata del primo e del secondo comma dell'art. 43, va detto, in via generale, che l'*acquisizione amministrativa* non può essere emanata, quando esiste un efficace provvedimento della fase espropriativa.

⁽⁵⁰⁾ Probabilmente, peraltro, era proprio questa l'originaria idea degli estensori della disposizione. Cfr., al riguardo, MARUOTTI, *op.*, cit., 595 s.: «La lettera a) ha una portata sostanzialmente ripetitiva del principio generale espresso nel comma 1, ma è stata redatta per evitare ogni dubbio e per incentivare l'amministrazione a superare la situazione di illegalità con l'emanazione del provvedimento di acquisizione».

9. — Il risultato illustra, come avevo preavvertito, un'ulteriore coincidenza tra l'*acquisizione amministrativa* e quella *giudiziaria*.

Infatti, tutte le ipotesi di *acquisizione amministrativa* sono accomunate dal fatto che l'utilizzazione del bene è avvenuta *sine titulo*.

Altrettanto — a ben vedere — è richiesto anche nel caso di *acquisizione giudiziaria*.

Quest'ultima, infatti, trova applicazione quando siano stati fondatamente impugnati «*i provvedimenti indicati nei commi 1) e 2)*». Quando, cioè, sia stata riconosciuta l'illegittimità del vincolo preordinato all'esproprio, della dichiarazione o quando sia stata riconosciuta l'illegittimità, in via diretta o derivata (come conseguenza dell'illegittimità dei primi), dell'espropriazione eventualmente assunta. Oltre, ovviamente, quando sia stata dichiarata l'illegittimità dello stesso atto di *acquisizione amministrativa*, ipoteticamente emanato⁽⁵¹⁾.

Con la conseguenza che, di tutti questi atti, si deve ipotizzare l'annullamento.

Inoltre, l'*acquisizione giudiziaria* è consentita anche quando sia stata fondatamente chiesta la restituzione del bene, evidentemente trattenuto in assenza della titolarità di alcun diritto — o di alcuna situazione possessoria — sullo stesso.

Appare così che tutti i casi di *acquisizione giudiziaria* richiedono che il bene sia utilizzato in mancanza di un efficace titolo attributivo di diritti, vuoi perché detto titolo è stato annullato, vuoi perché esso è sin dall'inizio inesistente.

⁽⁵¹⁾ Deve respingersi, perché contraria al testo della legge, l'ipotesi, adombrata ad esempio da Cons. di Stato, Sez. VI, 18 gennaio 2007, n. 86, in <*giustizia-amministrativa.it*> («... a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale degli atti del procedimento di espropriazione per pubblica utilità, il giudice amministrativo esclude la restituzione del bene illegittimamente espropriato, e dispone in sua vece il risarcimento integrale del danno, solo dopo che l'amministrazione abbia adottato un provvedimento espresso di acquisizione al suo patrimonio indisponibile, ai sensi dell'art.43 del TU 8 giugno 2001, n.327, (cfr; CGA 26 luglio 2006, n. 440), sul presupposto, dunque, che vi sia un giudizio in cui, ai sensi della prima parte del citato terzo comma "sia impugnato uno dei provvedimenti indicati nei commi 1 e 2", dello stesso art. 43, e, quindi, un atto di acquisizione emanato "in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità"»), secondo la quale l'*acquisizione giudiziaria* sarebbe esperibile solo quando sia impugnata l'*acquisizione amministrativa*.

Ma questo è quanto, appunto, è previsto anche per il caso dell'*acquisizione amministrativa*.

10. — Constatata quest'ulteriore coincidenza tra le fattispecie presupposte dalle due forme di acquisizione, resta un solo elemento, capace di fondare la distinzione tra le due figure.

In via residuale, infatti, quel che caratterizza l'*acquisizione giudiziaria* è il fatto che essa segue la promozione di un'iniziativa giurisdizionale, volta all'annullamento degli atti del procedimento espropriativo, ovvero alla restituzione del bene usurpato.

È pertanto l'esperimento dell'azione in sé, non la sua fondatezza, quel che distingue l'*acquisizione giudiziaria* da quella *amministrativa*.

Se su questo si conviene, è consequenziale ricavare un ulteriore presupposto implicito, e negativo, della stessa *acquisizione amministrativa*.

Onde evitare una possibile sovrapposizione tra le due figure, tale da rendere sostanzialmente inutile l'istituto dell'*acquisizione giudiziaria*, si deve sostenere, infatti, che l'*acquisizione amministrativa* può essere esperita solo se — e fino a che — non sia stata esercitata alcuna azione giurisdizionale che miri, direttamente o indirettamente, alla restituzione del bene.

In altri termini, una volta che siano stati impugnati gli atti del procedimento espropriativo o dopo che sia stata introdotto un giudizio diretto alla restituzione, l'amministrazione può far luogo ad acquisizione solo sulla base del procedimento disciplinato dal terzo comma dell'art. 43.

Mutatis mutandis, sembra che l'*acquisizione amministrativa* incontri gli stessi limiti che la giurisprudenza riferisce al potere di convalida degli atti illegittimi, giacché anche la convalida non può essere assunta pendendo l'impugnazione dell'atto viziato⁽⁵²⁾.

Non a caso l'istituto disciplinato dall'art. 43 è frequentemente indicato con il termine di *acquisizione sanante*⁽⁵³⁾.

⁽⁵²⁾ Di opinione contraria sembra essere la giurisprudenza. Così, almeno implicitamente, Cons. di Stato, Sez. IV, 28 aprile 2006, n. 2402, in <*giustizia-amministrativa.it*>.

⁽⁵³⁾ V. Cons. giust. amm., 29 maggio 2008, Sez. I, n. 490, in <*giustizia-amministrativa.it*>: «L'articolo 43 del dpr n. 327 del 2001 persegue, secondo quanto ormai ritiene la consolidata giurisprudenza, una finalità di sanatoria di situazioni nelle quali l'autorità dello Stato si sia espressa mediante una compressione del fondamentale

Si tratta di una terminologia per la verità impropria, guardando agli effetti dell'atto⁽⁵⁴⁾. Ma su questo mi soffermerò tra breve.

Più urgente, invece, è chiedersi per quale ragione il legislatore abbia implicitamente indicato nel sopravvenuto esperimento del rimedio giurisdizionale un limite all'esperimentabilità dell'*acquisizione amministrativa*.

11. — Non è difficile dare una plausibile risposta all'interrogativo.

Continuando il parallelismo con gli atti di sanatoria, le ragioni che, instaurata l'azione, precludono l'esperimentabilità dell'*acquisizione amministrativa* sembrano doversi imputare alla necessità di far salva la parità delle armi in giudizio⁽⁵⁵⁾.

Una tale parità verrebbe, infatti, compromessa, ove fosse consentito all'amministrazione di sottrarsi da sé alla lite, intervenendo sulla fattispecie sostanziale e ponendo in essere direttamente l'atto d'acquisizione.

diritto di proprietà in assenza delle procedure legittime di esproprio».

Il richiamo alla «sanatoria» è davvero frequente in giurisprudenza. V., ad es., T.R.G.A., 27 marzo 2008, n. 75, in <*giustizia-amministrativa.it*>, anche per gli specifici rilievi operati sul punto («... la norma postula, quindi, accomunando nel regime ogni forma di occupazione senza titolo, la possibilità dell'acquisto della proprietà da parte dell'amministrazione per mezzo di un successivo e formale provvedimento amministrativo. Essa, nell'intento di adeguare l'ordinamento ai parametri imposti dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo (ma anche ai principi enunciati dall'art. 42 della Costituzione) persegue una chiara finalità di sanatoria dei procedimenti ablatori illegittimi e dei conseguenti comportamenti illeciti (occupazioni senza titolo) dell'amministrazione nella materia espropriativa. Tale finalità, pacificamente riconosciuta dagli interpreti, è stata esplicitamente enunciata nel parere 29 marzo 2001, n. 4/2001, reso dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, al cui punto 29.4 si afferma che l'art. 43 «mira ad eliminare» le ipotesi di occupazione appropriativa, nonché usurpativa. Come ogni disposizione di 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 provvedimento di acquisizione ex art. 43 del D.P.R. n. 327 del 2001 non può più rimettere in discussione tale diritto»).

⁽⁵⁴⁾ Infatti, proprio perché è assente il titolo espropriativo, l'acquisizione, come cercherò di dimostrare, produce lei stessa effetti ablativi e non mira a sanare alcun precedente atto amministrativo, che per ipotesi deve darsi come inesistente. Il carattere *sanante* dell'acquisizione è dunque improprio, così come è improprio dire che, nell'edilizia, l'accertamento di conformità equivalga ad una «*sanatoria*» del titolo edilizio non emanato.

⁽⁵⁵⁾ Il principio, notoriamente, è stato costituzionalizzato nella nuova formulazione dell'art. 111 Cost. Sul rilievo di tale riforma, quanto al processo amministrativo, si rinvia a CACCIAVILLANI, C., *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, *passim*.

Se queste sono le ragioni che giustificano il divieto di *acquisizione amministrativa* pendente il giudizio, coerenza vuole che sia precluso di esercitare il medesimo potere anche dopo la definizione del processo in virtù 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.

Per questi motivi, la già ricordata previsione dell'art. 43, comma II — secondo la quale è ammessa l'*acquisizione amministrativa* anche dopo che «sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio [*ovvero*] l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio» — deve ritenersi limitata ai casi di auto-annullamento ad opera della stessa autorità che ha emanato i provvedimenti illegittimi. La disposizione, in altri termini, non si applica al caso del loro annullamento giurisdizionale⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁶⁾ La tesi ora esposta sembra essere stata implicitamente contestata dalla recente pronuncia Cons. giust. amm., 29 maggio 2008, Sez. I, n. 490, cit., secondo la quale: «L'illegittimità del provvedimento si appalesa anche a prescindere dalla questione del rapporto tra l'ordine di restituzione del Giudice civile ed il successivo provvedimento di acquisizione. A fini puramente didascalici si può osservare, tuttavia, che la natura stessa dell'acquisizione ex articolo 43 (come si è detto sanante di una situazione di violazione del dovere di astensione rispetto al diritto assoluto) convince del fatto che l'ordine di restituzione, quand'anche derivante da provvedimento inoppugnabile o da sentenza passata in giudicato, non incide sulla struttura particolare dell'istituto della acquisizione, che anzi presuppone proprio la violazione del diritto di proprietà. Il provvedimento del Giudice civile, infatti, è principalmente dichiarativo, accerta cioè la proprietà del bene e l'avvenuta occupazione di esso, e solo conseguentemente pronuncia l'ordine di ripristinare la situazione giuridica. L'acquisizione ex articolo 43 ha la finalità, appunto, di traslare coattivamente la proprietà che costituisce un presupposto indefettibile della procedura e non è contestata dalla P.A. In altre parole, il provvedimento del Giudice civile, non essendo costitutivo, non muta la situazione giuridica precedente l'occupazione abusiva, ma semplicemente la accerta, e quindi non è idoneo per sé a paralizzare un atto di autorità che, consapevolmente, viola il diritto di proprietà senza contestarlo. Proprio questa caratteristica di rottura del diritto fondamentale della proprietà, tuttavia resa possibile dal comma terzo dell'articolo 42 della Costituzione, induce la necessità della presenza di quei presupposti sopra evidenziati chiaramente e diffusamente espressi nella motivazione, e postula il ristoro integrale del proprietario, come per altro ormai affermato anche in maniera consolidata dalla giurisprudenza della Corte Internazionale dei diritti dell'Uomo di Strasburgo».

In generale, quanto alla estensione dei presupposti indicati dai commi I e II dell'art. 3

12. — Ma anche con queste precisazioni, la soluzione prospettata in merito ai rapporti tra l'*acquisizione amministrativa* e quella *giudiziaria*, se a tanto fosse limitata, non sarebbe ugualmente in grado di garantire una piena tutela del principio di parità delle armi.

Instaurato il giudizio, sarebbe del tutto formalistico, infatti, impedire all'amministrazione di procedere direttamente all'*acquisizione amministrativa*, quando poi l'autorità fosse comunque in grado d'imporre al giudice l'*acquisizione* disciplinata dal terzo comma.

È ben vero, tuttavia, che il principio della parità delle armi sarebbe davvero compromesso solo se si ritenesse che il giudice, investito dall'istanza dell'amministrazione, fosse vincolato a negare la restituzione del bene e a favorire l'*acquisizione giudiziaria*.

Se al giudice, invece, spettasse un sindacato diretto sulle ragioni che ostano alla restituzione del bene, la non equivalenza delle parti verrebbe attenuata, perché mediata dall'intervento di un soggetto terzo. Nel contempo, verrebbe garantita anche l'identità funzionale della stessa *acquisizione giudiziaria*.

Non bisogna nascondere, però, che un tale sindacato ricadrebbe a pieno titolo nel merito amministrativo. Il giudice, infatti, negherebbe la restituzione del bene e *autorizzerebbe* l'amministrazione ad acquisirlo solo se, «valutati gli interessi in conflitto», egli ritenesse prevalente, sulla base di un suo personale convincimento, l'interesse alla conservazione dell'opera *medio tempore* realizzata.

all'*acquisizione giudiziaria*, si veda anche T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 2 febbraio 2006, n. 84: «L'esigenza di privilegiare un'interpretazione aderente al dato costituzionale, e, segnatamente, alla norma di cui all'art. 41 della Carta fondamentale, induce tuttavia ad escludere l'opzione interpretativa che svincola l'applicazione della norma dalla sussistenza dei presupposti delineati nel primo comma e, segnatamente, di quelli consistenti nell'utilizzazione per finalità pubblica di un bene immobile modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità. Una diversa opinione riguardo all'ambito applicativo della norma, che consenta il ricorso allo strumento anche al di fuori dei casi delineati e, in particolare, nel caso in cui non sia ravvisabile una modificazione del bene utilizzato dall'amministrazione, apparirebbe inconciliabile con la garanzia costituzionale della proprietà privata, in quanto condurrebbe la norma al di fuori dell'ottica di regolarizzazione di situazioni pregresse e, sotto certi aspetti, consolidate, che deve considerarsi alla base delle previsioni di cui all'art. 43 in discorso». Entrambe le decisioni in <*giustizia-amministrativa.it*>.

Né si potrebbe circoscrivere detto sindacato ad un intervento meramente esterno sulla discrezionalità amministrativa, condotto secondo i tradizionali canoni del vizio sintomatico.

Un tale sindacato, infatti, già spetta al giudice quanto alla stessa *acquisizione amministrativa*, equiparabile, sotto il profilo dell'art. 113 Cost., alla generalità degli atti amministrativi.

Se a tanto fosse limitata la verifica del giudice circa la richiesta di negare la restituzione del bene, verrebbero nuovamente a svuotarsi la funzione e l'autonomia concettuale dell'*autorizzazione giudiziaria* rispetto a quella *amministrativa*⁽⁵⁷⁾. Infatti, l'autorità potrebbe ricorrere alla prima sulla

⁽⁵⁷⁾ A riguardo della quale, la giurisprudenza invoca un esame particolarmente approfondito della motivazione e dei vizi sintomatici. In questo senso, Cons. di Stato, Ad. Pl., 29 aprile 2005, n. 2, in <*giustizia-amministrativa.it*>: «... gli stessi requisiti per l'ammissibilità del provvedimento di acquisizione dovranno essere valutati rigorosamente, dovendosi escludere, per esempio, come rilevato anche in 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». Conforme, anche Cons. di Stato, Sez. V, 24 gennaio 2007, n. 250, *ibidem*, secondo la quale la norma dell'art. 43 «— di carattere eccezionale — di cui si discute [non può] legittimare l'acquisizione di beni entrati nella disponibilità della P.A. e da essa utilizzati tutte le volte in cui non sia possibile riconoscere la presenza del requisito dell'irreversibilità dell'acquisizione e non sia stato dimostrato che gli interessi pubblicistici fatti valere non potevano, anche dopo l'acquisizione del bene sulla base di provvedimenti rimossi dal giudice amministrativo, essere altrimenti perseguiti; donde l'illegittima applicazione della norma laddove emergano come, nella specie, sono emersi il difetto del requisito della irreversibilità delle opere ed un oggettivo difetto dell'azione amministrativa volta alla completa soddisfazione, anche per altra via, degli interessi stessi ed alla obiettiva impossibilità di perseguimento di detta finalità percorrendo tali altre ordinarie vie procedurali» e, più di recente, Cons. giust. amm., 29 maggio 2008, n. 490, cit: «Non rileva la causa della illegittimità del comportamento, se cioè eseguito in assenza di una dichiarazione di pubblica utilità o a seguito dell'annullamento di essa o per altre cause; ciò che è sostanziale è che l'interesse pubblico non può essere soddisfatto altro che con il mantenimento della situazione ablativa. La rottura dell'equilibrio autorità libertà recata da detta norma è sottoposta, per volontà dello stesso legislatore, a limiti formali, ma soprattutto sostanziali, che, secondo l'insegnamento della Adunanza Plenaria n. 2 del 29 aprile 2005 si possono così riassumere. In primo luogo occorre un'approfondita e meditata motivazione sull'esercizio di un tale potere extra ordinem e particolarmente incisivo. Il Legislatore si esprime con la frase "Valutati gli interessi in conflitto" dal tenore della quale si possono trarre alcune considerazioni. In primo luogo la necessità di una valutazione comparativa tra l'interesse pubblico e quello privato. Orbene, sul punto, occorrerà chiarire che l'interesse privato non è esattamente quello alla utilizzazione del bene per scopi personali, ma esclusivamente quello alla difesa dell'irrinunciabile diritto di proprietà. In altri termini la valutazione non può essere compiuta tra l'utilità effettiva

base degli stessi limiti e soggiacendo al medesimo sostanziale controllo previsto per la seconda. Le due figure resterebbero distinte solo quanto all'*iter* che le produce.

13. — Per la verità, la tesi secondo cui, trovando applicazione l'art. 43, comma III, il giudice sarebbe rivestito di un sindacato sul merito am-

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. Sotto questo profilo, quindi, la motivazione deve porre in luce esattamente i motivi di interesse alla realizzazione dell'opera, indicando anche la non percorribilità di soluzioni alternative; deve dare preciso conto della urgenza che ha imposto di obliterare le procedure corrette, ovvero delle contingenze che hanno interrotto, sospeso, annullato o comunque non hanno condotto a buon fine il giusto procedimento espropriativo; della assoluta necessità, e non mera utilità, che l'immobile sia acquisito nello stato in cui si trova; infine della natura della trasformazione subita e dunque del fatto che la mancata acquisizione costituirebbe uno spreco di risorse pubbliche. Questo ultimo criterio motivazionale permette di affrontare anche un ulteriore problema, ovvero la non necessità, affermata dall'appellante, che ai fini della applicazione dell'articolo 43 si sia verificata un'irreversibile trasformazione del suolo. In altri termini opina l'appellante che l'articolo 43 può essere applicato anche ove vi sia solo un collegamento funzionale con l'interesse pubblico. Orbene, ritiene questo Giudice che la questione non sia particolarmente rilevante. Anche l'irreversibile trasformazione del suolo non determina impedimento alla restituzione del fondo, vale a dire non costituisce da sola elemento determinante e legittimante per l'acquisizione, così come per altro ritenuto da autorevole precedente (Adunanza Plenaria n. 2 del 29 aprile 2005). In effetti, la trasformazione del suolo non è mai irreversibile in *rerum natura*. La *restitutio in pristinum* è sempre possibile, si tratta di valutare i costi della operazione. A fortiori, quindi, una trasformazione irrisoria o un'irreversibile trasformazione non incidono, per queste sole caratteristiche, sulla struttura del diritto di proprietà e del dovere assoluto di rispetto di essa anche da parte del potere pubblico. Si tratta, come si esprime l'Adunanza Plenaria citata, di mere situazioni di fatto che non hanno alcuna rilevanza sul diritto assoluto del proprietario alla restituzione del bene e non possono impedire il naturale effetto ripristinatorio della posizione giuridica lesa, tale da consentire l'adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto. Esse, se del caso, incidono sulla valutazione degli opposti interessi, e dunque rientrano in pieno nell'obbligo motivazionale e nella decisione finale. Ciò vuol dire che, nella comparazione, potranno trovare ingresso considerazioni sugli effetti concreti della irreversibile trasformazione, sui costi da affrontare, sul vantaggio pubblico e sul concreto risarcimento da riconoscere al privato, valutando i quali il Giudice potrà dedurre l'esistenza di una motivazione convincente per l'acquisizione. In conclusione, lo stato della opera pubblica, e quindi il grado di trasformazione che il fondo abbia subito, sono questioni di fatto che rilevano solo sul grado e la profondità della motivazione. Nella specie, il provvedimento ex articolo 43 è carente di una motivazione adeguata ai parametri che si sono appena accennati, e dunque è affetto da violazione dell'articolo 3 della legge n. 241 del 1990 e da eccesso di potere».

ministrativo è già stata affacciata da altri⁽⁵⁸⁾. Essa, inoltre, trova conferma nella stessa lettera della legge che, al quarto comma, sottolinea l'ipotesicità dell'accoglimento della domanda di acquisizione, presentata dall'amministrazione⁽⁵⁹⁾.

Ritengo anch'io necessario aderire a questa soluzione, perché, giusta

⁽⁵⁸⁾ In questo senso sta almeno una certa parte della giurisprudenza. V., dunque, Cons. di Stato, Sez. V, 23 maggio 2005, n. 2095, in <*giustizia-amministrativa.it*>: «Si prevede dunque che, in caso di istanza ai sensi del comma 3 dell'art. 43, la statuizione del giudice amministrativo possa derogare al principio che gli imporrebbe di accogliere, in quanto fondata, la domanda di restituzione dell'area illegittimamente occupata ed utilizzata, e concedere invece una riparazione per equivalente, sulla base di una autonoma valutazione circa l'opportunità di privilegiare l'uno o l'altro dei contrapposti interessi. In tale ipotesi, quindi, il giudice viene a collocarsi ed operare 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. Sembra dunque corretto ritenere che la norma di cui al III comma, dell'art. 43 abbia istituito un nuovo caso di giurisdizione di merito, che, peraltro, deve necessariamente conformarsi al quadro sistematico offerto dal diritto amministrativo processuale e sostanziale. Il termine di riferimento è offerto immancabilmente dall'art. 27 del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054 che, nella elencazione, peraltro non esaustiva, dei casi tipici della giurisdizione di merito, indica costantemente ipotesi nelle quali il giudice amministrativo è chiamato ad intervenire contro un provvedimento dell'amministrazione o contro una manifestazione silenziosa delle volontà di non osservare l'obbligo ex iudicato di provvedere. In ogni caso, il potere di pronuncia nel merito è conferito al giudice allo scopo di riparare all'invalidità o all'inadeguatezza della azione amministrativa. Va ricordato che l'art. 26 della legge n. 1034 del 1971 stabilisce che il giudice amministrativo, quando è investito della giurisdizione di merito, può anche riformare l'atto o sostituirlo, oltre che, ovviamente, annullarlo, traendosene la prova che, secondo i lineamenti fondamentali dell'ordinamento, il giudice amministrativo è chiamato all'azione amministrativa solo nel caso in cui l'amministrazione si rifiuti di provvedere o abbia provveduto in modo erroneo». Contrario a questa tesi è VACIRCA, *La giurisdizione di merito: cenni storici e profili problematici*, *ibidem*, 2008, perché «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, ma in via di eccezione dalla stessa amministrazione che richieda la conferma della legittimità di una propria valutazione». Ipotizza invece che la giurisdizione sia estesa al merito MARUOTTI, *op. cit.*, 601: «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 aspetti e gli interessi coinvolti nella vicenda e dare la soluzione del caso concreto, anche sulla base dell'istruttoria che ritenga più opportuna».

⁽⁵⁹⁾ Pare a me è assai significativo, infatti, l'uso del termine: «Qualora».

quanto osservato, sulla stessa poggia, in definitiva, la ragione di distinguere l'*acquisizione amministrativa* da quella *giudiziaria*.

Sulla base di tale risultato, deve dirsi, dunque, che, fino all'introduzione del giudizio, l'autorità è in grado di assumere direttamente il provvedimento di *acquisizione amministrativa*, il quale sarà soggetto al tradizionale, e ristretto, sindacato di legittimità.

Una volta esperita l'azione, invece, all'autorità resta precluso il potere di procedere da sé all'acquisizione. Essa potrà pervenirvi solo con il consenso dato dal giudice. Questi, a sua volta, darà il proprio «*benestare*» in virtù di un riscontro diretto sulla concreta utilità di conservare l'opera.

Il descritto sistema, pur razionale, apre tuttavia problemi applicativi di non secondario rilievo.

Nelle non molte sentenze fino ad ora pronunciate in materia, infatti, la giurisprudenza ha applicato l'art. 43 soprattutto nell'ambito del consueto giudizio d'impugnazione e di cognizione, disciplinato dall'art. 26 del Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato.

Non può sfuggire, però, che la sentenza, quale il giudice amministrativo verrebbe in tal caso a pronunciare, paleserebbe non poche peculiarità, tali da renderla difficilmente riconducibile a categorie note.

Indipendentemente dall'estensione del sindacato giurisdizionale al merito amministrativo, un carattere di singolarità va innanzi tutto colto nel fatto che, nelle controversie in cui trova applicazione l'art. 43, III comma, il ricorrente potrebbe chiedere al giudice amministrativo la condanna alla restituzione del bene.

Salva l'eventualità di ricondurre il fenomeno nel problematico quadro dei poteri di condanna al risarcimento in forma specifica, è questa una domanda che, dopo la parziale dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 53 del Testo Unico, appare di meno frequente, se non rara, applicazione.

L'esperibilità, davanti al giudice amministrativo, di un'azione di condanna alla restituzione del bene illustrerebbe, quindi, uno dei casi in cui l'art. 43 risentirebbe degli effetti di quella pronuncia d'incostituzionalità (relativa all'art. 53), la quale avrebbe ridotto l'ambito di applicazione della norma in esame.

In secondo luogo, il giudice amministrativo è chiamato ad operare *ex art. 43*, «nel caso di fondatezza del ricorso o della domanda» presentati dal privato.

Questo comporta, secondo me, che nella pronuncia dovrebbe essere ravvisato un capo di sentenza preliminarmente diretto ad accertare l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, i quali verrebbero così ad essere annullati; ovvero un capo di sentenza preliminarmente diretto ad accertare l'esistenza del diritto alla restituzione del bene.

Le conseguenze dell'annullamento e dell'accertamento del diritto, tuttavia, verrebbero paralizzate per il fatto che, con successivo capo, il giudice dovrebbe escludere la «la restituzione del bene senza limiti di tempo» e condannare l'amministrazione al risarcimento⁽⁶⁰⁾.

Se tale fosse il contenuto complessivo della sentenza, non sarebbe agevole inquadrare la natura della pronuncia con cui il giudice nega la restituzione.

Infatti, una tale pronuncia, di sostanziale rigetto delle complessive pretese avanzate in giudizio, non potrebbe ascriversi nel novero delle sentenze sul merito della controversia, perché ciò configgerebbe con il rilievo che il giudice ha preliminarmente accordato alla fondatezza della domanda.

Per gli stessi motivi, però, la sentenza sarebbe difficilmente inquadrabile anche tra quelle dettate da ragioni di rito, giacché la fase del sindacato sui presupposti di trattabilità della causa è stata ormai positivamente superata dal giudice che ha riconosciuto la «fondatezza del ricorso o della domanda».

Infine — è questo il problema più grave — se fosse consentito di sindacare il merito dell'amministrazione, dovremmo riconoscere che l'art. 43 avrebbe introdotto un'eccezione al principio secondo cui quello amministrativo è giudice della sola legittimità.

Si tratterebbe, peraltro, di un'eccezione implicita. In quanto tale, essa sarebbe difficilmente armonizzabile con l'elencazione tassativa — e quindi compiuta — dell'art. 27 del Testo Unico del 1924.

Lo stesso art. 53 del Testo Unico sugli espropri, d'altra parte, riconduce le controversie in materia di espropriazione alla giurisdizione esclusiva, ma

⁽⁶⁰⁾ In questi termini, CACCIAVILLANI, C., *Le espropriazioni*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2008, 740, alla nota 84. L'Autore riconduce la *ratio* della disposizione al principio di economia processuale.

non fa cenno alcuno alla giurisdizione di merito.

14. — Questi rilievi potrebbero essere tali da pregiudicare la bontà della tesi, qui sostenuta, secondo la quale — nella fattispecie dell'art. 43, comma III — spetta al giudice un sindacato sul merito dell'amministrazione.

Si vorrà riconoscere tuttavia che, quand'anche si rinunciasse a questa tesi (e, insieme, alla possibilità di distinguere funzionalmente l'*acquisizione amministrativa* da quella *giudiziaria*), non verrebbero ugualmente meno le altre difficoltà, generali, d'inquadramento sistematico della sentenza.

Ciò non vuol dire, però, che non vi sia modo di uscire dall'*impasse*.

La soluzione che suggerisco ha il difetto di ricondurre la sentenza resa sulla base dell'art. 43 ad uno schema diverso da quello proprio del giudizio d'impugnazione; schema che pure è stato implicitamente suggerito dagli stessi estensori del Testo Unico del 2001⁽⁶¹⁾.

Il fatto, però, non deve preoccupare troppo l'interprete, perché si dice che le leggi sono come i figli che abbandonano la casa paterna.

Forte di ciò, intendo sostenere che la pronuncia, con la quale si nega senza limiti di tempo la restituzione del bene e si condanna l'amministrazione al risarcimento, debba trovare la sua più confacente sede solo nel giudizio di ottemperanza⁽⁶²⁾.

Questa soluzione permette di armonizzare, secondo le consuete categorie del processo amministrativo, l'attività che il giudice è chiamato a svolgere.

⁽⁶¹⁾ MARUOTTI, *op.*, cit., 598 s.

⁽⁶²⁾ La tesi qui prospettata, inerente la possibilità di esperire l'*acquisizione giudiziaria* solo in occasione del giudizio di ottemperanza, non sembra essere stata finora prospettata da altri. Tuttavia, solo sulla sua base potrebbero sostenersi le affermazioni contenute nella pronuncia Cons. di Stato, Sez. IV, 22 giugno 2006, n. 3878 (in *<giustizia-amministrativa.it>*), secondo le quali l'acquisizione assunta, ai sensi del terzo comma, non sarebbe suscettibile di autonoma caducazione, ma verrebbe autonomamente caducata nel caso di riforma in appello della sentenza che l'abbia disposta. Una tale prospettiva, infatti, sembra potersi giustificare solo affermando che l'acquisizione è, in questo caso, una sorta di *prosecuzione* dell'attività del giudice, non dissimilmente per quanto avviene con riferimento agli atti del commissario *ad actum*.

In primo luogo, infatti, verrebbero superate le difficoltà, a cui ho appena accennato, di ricondurre a sistema una sentenza che, pur accertando la fondatezza del ricorso introduttivo, neghi la restituzione del bene. Al giudice della legittimità, quand'egli fosse investito dell'impugnazione di un atto del procedimento espropriativo, altro non resterebbe se non annullare, com'è consueto, il provvedimento illegittimo. Sarebbe nella successiva fase dell'*esecuzione* che opererebbe, invece, il limite alla restituzione⁽⁶³⁾.

In secondo luogo, un tale giudizio è naturalmente esteso al merito amministrativo. Sostenere che la sentenza pronunciata in virtù dell'art. 43 spetti solo⁽⁶⁴⁾ al giudice dell'ottemperanza⁽⁶⁵⁾ consentirebbe, perciò, di superare quei difficili problemi di coordinamento con l'elencazione tassativa resa dall'art. 27 cit., perché la fattispecie ricadrebbe in una delle ipotesi di giurisdizione di merito già contemplate e vigenti⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶³⁾ Si concorda pertanto con quanto osservato nella pronuncia T.R.G.A., 27 marzo 2008, n. 75, in <*giustizia-amministrativa.it*>, che riferendosi all'acquisizione afferma: «Come ogni disposizione di 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 provvedimento di acquisizione ex art. 43 del D.P.R. n. 327 del 2001 non può più rimettere in discussione tale diritto».

⁽⁶⁴⁾ Lo stesso giudice amministrativo, infatti, non nega che i poteri del terzo comma possano esercitarsi anche in sede di ottemperanza. In questo senso, almeno implicitamente, Cons. di Stato, Sez. IV, 28 aprile 2006, n. 2402; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 14 giugno 2007, in <*giustizia-amministrativa.it*>.

⁽⁶⁵⁾ La conclusione qui ipotizzata non è in conflitto con quanto da me affermato in un precedente studio (VOLPE, F., *Processo di ottemperanza al giudicato amministrativo e occupazioni senza titolo*, Dir. proc. amm., 1997, 572 s.), ove pure avevo sostenuto che al giudice dell'ottemperanza non è consentito di impedire la restituzione del bene occupato senza titolo.

Tale conclusione, infatti, andrebbe ancor oggi confermata, se non sussistesse la disciplina speciale introdotta dall'art. 43 in esame. Quanto al fatto che la tutela restitutoria possa essere sostituita dalla tutela risarcitoria, esso non sembra contrastare con la Costituzione, atteso che anche la tutela di annullamento del provvedimento può trovare analoga tutela sostitutiva (sul punto, sia consentito rinviare a VOLPE, F., *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in corso di pubblicazione su Dir. proc. amm.

⁽⁶⁶⁾ Il limite alla restituzione del bene, agendo in via di *esecuzione*, consente altresì di non riportare la fattispecie al problematico inquadramento del risarcimento in forma specifica e, per tal via, ai conseguenti limiti indicati dall'art. 2058 c.c. («il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore»).

La disposizione, invero, sarebbe di discutibile applicazione, non fosse altro perché il

In terzo luogo, il rito dell'ottemperanza mira, in via istituzionale, a garantire che l'amministrazione si conformi al giudicato amministrativo.

Il giudice dell'ottemperanza, dunque, ben potrebbe essere investito di una domanda diretta alla restituzione del bene occupato *sine titulo*, dopo che, nel precedente giudizio di legittimità, siano stati annullati gli atti del procedimento espropriativo⁽⁶⁷⁾.

Ma, a ben vedere, al giudice dell'ottemperanza è possibile rivolgersi anche dopo una pronuncia del giudice ordinario. Anzi, era questa la sua originaria funzione.

Conseguenza di tutto ciò è ritenere che — nonostante l'intervento operato dalla Corte costituzionale sull'art. 53 — sarebbe ancor oggi possibile rimediare all'occupazione c.d. *usurpativa* ricorrendo all'acquisizione, quando almeno il privato cercasse di dare esecuzione alla sentenza dell'A.G.O. che accerti il diritto alla restituzione del bene, avvalendosi dell'istituto disciplinato dall'art. 27, n. 4.

La sentenza della Corte costituzionale n. 191/2006, escludendo dalla giurisdizione amministrativa i comportamenti occupativi non riconducibili all'esercizio di un potere pubblico, ha creato, se mai, il problema dell'alternatività del rito dell'ottemperanza con quello dell'esecuzione civile, pur esperibile dopo una sentenza di condanna del giudice ordinario.

Nell'intervallo di tempo corrente tra l'entrata in vigore del Testo Unico e la citata dichiarazione d'incostituzionalità, tale alternatività non si poneva, perché tutte le controversie in materia di espropriazione andavano

rilievo dell'art. 2058 cod. civ. è stato per lo più escluso, quanto alle azioni di carattere reale e restitutorio (FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, 269). Invece, la ricostruzione porta ad avvicinare il limite alla restituzione, per certi versi, a quanto previsto dall'art. 2933 cod. civ., secondo comma («non può essere ordinata la distruzione della cosa e l'avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale»), stante la similitudine tra gli interessi tutelati e quelli conservativi, cui si riferisce il provvedimento di acquisizione. Ma, anche in questo caso, una piena equiparazione con l'ipotesi ricostruttiva proposta non sarebbe possibile, proprio perché l'art. 2933 trova applicazione nel processo di cognizione e non in quello, successivo, di esecuzione. Sul problema di riferire dette disposizioni civilistiche all'art. 43, si veda, inoltre, T.A.R. Basilicata, 14 febbraio 2006, n. 92, in <giustizia-amministrativa.it>.

⁽⁶⁷⁾ La giurisprudenza, sul punto, è negli ultimi anni del tutto concorde, dopo che la stessa pronuncia dell'Adunanza Plenaria, n. 2 del 2005, si è in tal senso orientata. V., perciò, tra le varie, Cons. di Stato, Sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 290; Cons. di Stato, Sez. IV, 28 aprile 2006, n. 2402, tutte in <giustizia-amministrativa.it>.

devolute al giudice amministrativo e perché è almeno discutibile che le c.d. sentenze di condanna del giudice amministrativo diano luogo ad un vero e proprio titolo esecutivo, qual è richiesto dall'art. 474 cod. proc. civ.⁽⁶⁸⁾.

Questo, tuttavia, non significa che la dichiarazione d'incostituzionalità dell'art. 53 abbia alterato la fattispecie disciplinata dal terzo comma dell'art. 43. Ciò comporta, invece, che, nei casi di c.d. *occupazione usurpativa* e in cui il giudizio di cognizione si svolge davanti al giudice ordinario, il privato potrà sottrarsi arbitrariamente all'*acquisizione giudiziaria*, semplicemente aggredendo l'amministrazione in sede di esecuzione civile e trascurando di esperire il rito dell'ottemperanza⁽⁶⁹⁾.

Di fronte a questa arbitrarietà della decisione del privato (che si rifletterebbe sulla possibilità sostanziale di conservare l'opera), si potrà forse opinare l'illegittimità costituzionale, a fronte degli art. 3 e 97, degli artt. 615 e 618 del codice di rito, nella parte in cui essi non estendono al giudice dell'opposizione i poteri riconosciuti a quello amministrativo dall'art. 43 del Testo Unico. Ma questa è un'ipotesi che non intendo, per il momento, approfondire, perché essa allontanerebbe troppo dall'oggetto dell'intervento.

15. — L'inquadramento dell'art. 43, III comma, nella generale figura del giudizio di ottemperanza permette, infine, di ricondurre a tipicità anche la sentenza che lo precede.

Con dette sentenze, infatti, il giudice amministrativo — chiamato a sindacare la legittimità dei provvedimenti espropriativi — o il giudice ordinario — chiamato ad accertare la proprietà o il possesso del privato — si limiteranno, nel caso di fondatezza della domanda, ad accoglierla, senza ulteriori peculiarità.

⁽⁶⁸⁾ Sembra tuttavia che tale sia l'opinione di parte della dottrina. V., al riguardo, TAVORMINA, *Titolo esecutivo giudiziale e stragiudiziale. L'efficacia del titolo esecutivo e l'ammissibilità della sua sospensione*, in <*judicium.it*>, che richiama sul punto anche qualche riferimento giurisprudenziale. Analogamente, Cass., Ss. UU., 31 marzo 2006, n. 7578, per esteso in <*altalex.it*>.

⁽⁶⁹⁾ Né l'amministrazione potrebbe, a quel punto, ricorrere all'*acquisizione amministrativa*, atteso che, introdotto il giudizio civile di cognizione per la restituzione del bene, un tale intervento dovrebbe risultare precluso, visto quanto precedentemente considerato a proposito dei presupposti negativi impliciti di detta forma di acquisizione.

L'impedimento alla restituzione del bene troverà sede, infatti, nella successiva fase dell'«*esecuzione*».

Resta da chiarire qual sia il valore della pronuncia resa, sulla base della disposizione in esame, dal giudice dell'ottemperanza e quale sia l'effetto dell'accoglimento dell'istanza che mira ad evitare la restituzione dell'immobile.

Mi sembra che il problema possa trovare una soluzione piana, in virtù di quanto fin qui sostenuto.

Pare a me, infatti, che l'accoglimento dell'istanza presentata dall'amministrazione non privi, di per sé, il cittadino dei diritti che hanno costituito oggetto di accertamento nel precedente giudizio ordinario di cognizione o che sono stati ricostituiti in conseguenza dell'annullamento giurisdizionale degli atti del procedimento espropriativo. Se così fosse, si consentirebbe al giudice dell'ottemperanza di sovvertire gli effetti del giudizio che lo ha preceduto; effetti che potrebbero, persino, essere tutelati dal giudicato sostanziale. Inoltre, tali diritti sono destinati a venire meno solo in forza del successivo atto di acquisizione.

Ritengo, invece, che ad essere sacrificata sia la conseguente *pretesa* all'esecuzione di quelle sentenze o, per meglio dire, il potere d'azione in concreto, relativo alla fase esecutiva del processo amministrativo.

Esecuzione da intendersi, a sua volta, nel senso in cui se ne parla, a proposito del rito di ottemperanza.

E potere d'azione che, in forza dei poteri di cognizione riconosciuti a quel giudice, sembra dimostrare autonomia rispetto ai diritti su cui si è concentrato il precedente giudizio ordinario o di legittimità e che, pertanto, possono avere già costituito oggetto di giudicato⁽⁷⁰⁾.

Conseguenza di tutto ciò è ritenere che il giudice dell'ottemperanza respinge il ricorso perché improponibile in rito. In séguito alla proposizione della domanda presentata dall'amministrazione e valutato positivamente

⁽⁷⁰⁾ Ne consegue che la pronuncia del giudice dell'ottemperanza, con cui viene negato ingresso alla *pretesa* restitutoria, è una pronuncia rito, per oggettiva improponibilità della domanda. In virtù del divieto stabilito dall'art. 43, infatti, la pronuncia restitutoria di cui è investito il giudice diviene giuridicamente impossibile, per inidoneità del suo oggetto. Sul tema dell'improponibilità oggettiva, specialmente in quanto applicata al giudizio amministrativo (ancorché impugnatorio), si rinvia ancora a VOLPE, F., *La non annullabilità*, cit.

l'interesse alla conservazione dell'opera, infatti, il giudice dell'ottemperanza negherà che spetti al privato il potere di esigere la pretesa restitutoria fatta valere.

La sentenza d'ottemperanza con cui si nega la restituzione, in questo modo, pone il privato in una posizione non dissimile da quella in cui egli si sarebbe trovato quando venivano applicati i ricordati limiti desunti dall'art. 4 della legge abolitiva. Egli rimane formalmente proprietario dell'immobile, ma non ha diritto di agire *in executivis*⁽⁷¹⁾.

Rispetto a quel previgente sistema, però, l'art. 43 aggiunge un significativo elemento. Il Testo Unico, infatti, non permette che l'amministrazione insista in un illecito permanente. Esso impone all'autorità di procedere all'*acquisizione* che sopra ho denominato «*giudiziaria*», onde ricondurre ad un unico soggetto sia la titolarità del diritto, sia il materiale godimento del bene, altrimenti trattenuto illecitamente⁽⁷²⁾.

Trova conseguentemente spiegazione la natura del trattamento risarcitorio, collegato alla pronuncia che nega la restituzione. Poiché, infatti, fino all'*acquisizione giudiziaria* (che è successiva alla pronuncia del giudice), il privato rimane titolare del diritto dominicale⁽⁷³⁾, tale provvidenza deve

⁽⁷¹⁾ Il punto è stato rilevato anche da PERINI, *Utilizzazione*, cit., 520: «La situazione che si crea a seguito della pronuncia del giudice amministrativo sulle questioni relative all'utilizzazione senza titolo è molto simile a quella precedente alla pronuncia delle Sezioni Unite del 1983, quando si riconosceva che il bene irreversibilmente trasformato per scopi di interesse pubblico non potesse essere restituito e il proprietario avesse diritto unicamente al risarcimento, e che il trasferimento del diritto di proprietà all'amministrazione avvenisse solo a seguito dell'emanazione del decreto di esproprio».

⁽⁷²⁾ Dati gli effetti espropriativi che, subito, riconoscerò all'atto di acquisizione, è evidente che questi ultimi potranno porsi in contrasto con l'accertamento operato nella sentenza di cognizione che precede la stessa *acquisizione giudiziaria*. Se non con riguardo alla sentenza data dal giudice amministrativo, di annullamento dell'espropriazione (perché è assai dubbio che, in tal caso, il giudicato investa le conseguenze della pronuncia costitutiva), almeno con riferimento ad una eventuale — e preliminare — sentenza del giudice ordinario che, in causa petitoria, abbia riconosciuto in capo al privato occupato la titolarità del diritto dominicale fatto valere.

Ciò, però, non implica alcuna violazione del giudicato, perché l'*acquisizione giudiziaria*, intervenendo successivamente alla sentenza, costituisce fatto nuovo, come tale idoneo a modificare il regime stabilito con il *dictum* giudiziale.

⁽⁷³⁾ La giurisprudenza, convincentemente, è conforme nell'affermare l'efficacia irretroattiva dell'*acquisizione ex art. 43 cit.* Precedenti, in merito, possono essere colti nelle pronunce: Cons. di Stato, Sez., V, 25 gennaio 2007, n. 250; Cons. di Stato, Sez. IV, 28 aprile 2006, n. 2402; Cons. di Stato, Sez. V, 11 maggio 2007, n. 2336, oltre alla già richiamata

intendersi come risarcimento in senso proprio di un diritto che è violato da un altrui comportamento illecito e che ancora spetta al privato.

A differenza di quanto io stesso ho sostenuto a suo tempo, con riguardo alla fattispecie disciplinata dall'art. 3 della legge 27 ottobre 1988, n. 458⁽⁷⁴⁾, il ristoro patrimoniale previsto per le ipotesi di *acquisizione giudiziaria* non è dunque un'indennità quantificata secondo i criteri del risarcimento⁽⁷⁵⁾. Esso, invece, è una vera e propria *restitutio in integrum*, disposta a sanzione di un illecito⁽⁷⁶⁾.

16. — La strada sin qui percorsa permette di affrontare agevolmente gli ultimi punti di cui necessita trattare, in merito alla disciplina dell'art. 43.

È comune sia all'*acquisizione amministrativa* sia a quella *giudiziaria* il problema di stabilire gli effetti che esse producono.

Al riguardo, gli estensori del Testo Unico sembrano avere voluto escludere che l'acquisizione abbia natura di provvedimento di espropriazione⁽⁷⁷⁾;

decisione della Plenaria del 2005, in specifica materia. Tutte le pronunce, ovviamente, sono reperibili in *<giustizia-amministrativa.it>*.

⁽⁷⁴⁾ VOLPE, F., *Le espropriazioni*, cit., 278 s.

⁽⁷⁵⁾ *Contra* questa tesi, tuttavia, è l'opinione di SCOCA, F.G., *Modalità*, cit., 539: «... se la perdita della proprietà è l'effetto di un provvedimento amministrativo (che in tesi non può che essere ipotizzato come legittimo), sembra difficile continuare a costruire il diritto al controvalore economico come avente natura risarcitoria anziché indennitaria; con le ovvie conseguenze anche in ordine alla durata del periodo di prescrizione».

⁽⁷⁶⁾ Ciò non toglie che, in questo risarcimento, possano rientrare anche componenti indennitarie.

Infatti, il danno da risarcirsi è limitato al periodo intercorrente tra l'occupazione *sine titulo* e l'assunzione dell'acquisizione che, come si è detto, opera con efficacia *ex nunc*. Il risarcimento stesso, peraltro, è commisurato anche alla definitiva perdita del diritto di proprietà, attuata in virtù dell'acquisizione medesima. Sotto questo profilo, rileva, appunto, la componente indennitaria, sì che le preoccupazioni, che hanno toccato gli estensori della norma, di non definire l'acquisizione come un atto di espropriazione, vengono per ciò stesso meno. Dirò, tra breve, che l'acquisizione è anche un'espropriazione, e non basta definire il provvedimento in modo diverso, per sottrarlo alla disciplina dell'art. 42 Cost.

⁽⁷⁷⁾ MARUOTTI, *op.*, cit., 595: «Quanto al potere di acquisizione del bene al "*patrimonio indisponibile*", va rimarcato che con questa espressione si è voluto radicalmente evitare l'assimilazione tra il decreto di esproprio (divenuto inoppugnabile ovvero emesso in seguito a un procedimento legittimo) e il provvedimento di acquisizione in esame. Infatti, qualora si fosse qualificato tale atto come vero e proprio decreto di esproprio in

non è dunque casuale il fatto che, nel denominarla, l'art. 43 abbia evitato ogni riferimento al principale atto ablativo.

Dopo quanto ho sostenuto, in merito ai presupposti della misura, è però difficile non ravvisare nell'*acquisizione amministrativa* sostanziali effetti espropriativi.

Di tanto dà conferma, almeno per quanto attiene all'*acquisizione amministrativa*, il secondo comma, lett. e), dell'art. 43, ove si indica che il provvedimento comporta il passaggio del diritto di proprietà. Ma lo stesso risultato è coerente con l'ipotesi, da me avanzata, secondo la quale tanto l'*acquisizione amministrativa* quanto quella *giudiziaria* presuppongono l'assenza di un titolo ablativo, alla quale detti atti intendono rimediare.

Il paragone, tuttavia, si arresta ove si constati che, pur essendo analogo l'effetto ablativo dei due tipi di provvedimenti, per effetto dell'acquisizione il bene viene acquisito al patrimonio indisponibile, mentre non è detto che ciò necessariamente avvenga con l'espropriazione.

In tale previsione, che probabilmente è stata introdotta per assonanza con quanto è previsto per il caso degli edifici realizzati senza il prescritto titolo edilizio, ritengo tuttavia che si debba scorgere, più che una conseguenza, un limite all'esperibilità della stessa acquisizione⁽⁷⁸⁾.

Non pochi, invero, sono i problemi che solleva la riconduzione del bene acquisito al patrimonio indisponibile.

L'art. 826 del codice civile, infatti, stabilisce la tassatività delle categorie di beni che ne fanno parte.

Se, pertanto, ogni immobile oggetto di acquisizione divenisse, per ciò stesso, indisponibile, dovremmo riconoscere che l'art. 43 avrebbe innovato quanto al regime generale di detti beni pubblici, portando deroga allo stesso principio del *numerus clausus*. Non tutte le opere per le quali si promuove un'espropriazione (e che, in caso di occupazione *sine titulo*, potrebbero dar

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».

⁽⁷⁸⁾ Spunti, al riguardo, si colgono anche nello studio di SCOCA, F.G., *Modalità*, cit., 539.

luogo ad acquisizione) rientrano necessariamente nella categoria dei beni patrimoniali indisponibili.

Ciò vale non solo per quelle opere che, seguendo l'ordinario regime dell'espropriazione, sarebbero destinate a far parte del patrimonio disponibile, ma anche per quelle che, per loro natura, dovrebbero essere acquisite al demanio⁽⁷⁹⁾. Di talché, se fosse vero che, in conseguenza dell'acquisizione, i beni ablati, quale che ne fosse la loro natura, diverrebbero tutti indisponibili, in detto *genus* potremmo trovare collocati tanto beni che, ordinariamente, dovremmo considerare oggetto di proprietà privata, tanto beni che, normalmente, dovrebbero rientrare nell'appartenenza demaniale.

Ma se è singolare che possa, ad esempio, considerarsi patrimoniale indisponibile un chiosco o un alloggio realizzati *sine titulo*, ancor di più singolare è considerare tale una strada, una ferrovia o un acquedotto.

Poiché, tuttavia, pare del tutto illogico che, accanto alle strade demaniali possano in futuro aversi anche strade patrimoniali indisponibili, non è inappropriato proporre un'interpretazione correttiva dell'art. 43, sì da leggere genericamente «bene pubblico», ove esso parla di bene del patrimonio indisponibile. L'opera acquisita rientrerà, perciò, nel demanio o nel patrimonio indisponibile propriamente detto, a seconda della sua specifica natura.

In conseguenza, ancora, del principio del *numerus clausus* sia dei beni demaniali sia dei beni indisponibili, si dovrà concludere, inoltre, che è possibile procedere ad *acquisizione sanante* solo nel caso in cui l'utilizzazione del bene preluda alla realizzazione di un'opera ricadente nell'una o nell'altra delle categorie di beni pubblici. A mio parere, invece, deve escludersi il ricorso all'acquisizione nel caso in cui l'opera non possa ascrivere ad alcuna categoria di beni demaniali o indisponibili.

17. — Rispetto al provvedimento di espropriazione, inoltre, l'acquisizione si caratterizza per il fatto di poter avere un ulteriore, ed eventuale, contenuto.

Questo, per la verità, è l'aspetto più delicato della disposizione introdotta dall'art. 43; con riguardo al quale — fatti salvi i rilievi formali, con-

⁽⁷⁹⁾ SCOCA, F.G., *Modalità*, cit., *ibidem*.

cernenti la conformità della disposizione alla legge di delega⁽⁸⁰⁾ — i dubbi su un'eventuale illegittimità costituzionale della norma sono maggiormente consistenti.

Come ho ricordato, infatti, l'assenza del provvedimento di espropriazione può essere imputata a cause autonome, riguardanti l'obiettivo mancata assunzione di questo specifico atto o la sua diretta illegittimità. Tale assenza, però, può essere conseguenza anche della mancanza (o dell'illegittima emanazione⁽⁸¹⁾) della dichiarazione di pubblica utilità e, persino (stando alla lettera *a*) del secondo comma), del vincolo preordinato all'esproprio di cui tratta l'art. 8 del Testo Unico⁽⁸²⁾.

Coerenza impone di sostenere, dunque, che, mancando tali atti, l'acquisizione debba essere in grado di sostituirne gli effetti, sì da fungere essa stessa anche da dichiarazione di pubblica utilità e, eventualmente, da vincolo preordinato all'esproprio⁽⁸³⁾.

La contestualità dei tre atti equivale a sopprimere le distinte fasi del procedimento che li prevede; significa altresì riunire in un'unica autorità le relative competenze.

Detta contestualità, dunque, diminuisce il rilievo tanto del vincolo quanto della dichiarazione, suscitando il timore che il valore di questi atti, nell'acquisizione «*sanante*», possa ridursi quasi ad una mera «*formalità*».

⁽⁸⁰⁾La corrispondenza dell'art. 43, rispetto all'art. 7, comma II, della legge delega 8 marzo 1999, n. 50, è posta in dubbio, ad esempio, da CONTI, *L'occupazione*, cit., 588 s.

⁽⁸¹⁾ Illegittimità che comporta, nel caso di specie, l'annullamento degli atti medesimi. Implicitamente, dunque, l'art. 43 risolve un ulteriore, classico, dubbio della teoria delle espropriazioni. Esso è quello che riguarda la sorte dell'espropriazione, assunta senza la previa dichiarazione di pubblica utilità. Non sarà qui necessario ricordare come la giurisprudenza ordinaria e quella amministrativa abbiano alternato le proprie opinioni al riguardo, indicando ora che l'espropriazione debba ritenersi nulla, ora che l'espropriazione debba ritenersi semplicemente invalida. La stessa tesi sulla carenza di potere muove da questa peculiare ipotesi di connessione tra atti amministrativi. Il primo comma dell'art. 43, tuttavia, sembra suggerire che il provvedimento di espropriazione sia illegittimo, ove assunto in mancanza della dichiarazione. Infatti, se diversamente fosse, non avrebbe senso tenere distinta l'ipotesi dell'assenza del decreto di esproprio da quella dell'assenza dell'atto dichiarativo.

⁽⁸²⁾ Va tuttavia segnalata l'opinione di DE MARZO, *op.*, cit., 683 s., il quale nega che l'acquisizione possa avere effetti sostitutivi del vincolo.

⁽⁸³⁾ Il rilievo sembrerebbe trovare conferma anche in un inciso della citata pronuncia dell'Ad. Pl., 11 maggio 2005, n. 2, là dove si dice che l'acquisizione «assorbe dichiarazione di pubblica utilità e decreto di esproprio».

Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, debbono perciò condividersi gli assunti, avanzati dalla giurisprudenza, secondo i quali la valutazione discrezionale che precede l'acquisizione deve essere particolarmente puntuale, sì che l'eventuale prevalenza dell'interesse conservativo deve essere giustificata, nella motivazione, con ricchezza di argomentazioni e non richiamandosi al semplice fatto che l'opera è stata ormai realizzata e che «*cosa fatta, capo ha*»⁽⁸⁴⁾.

Ma questo non basta a fugare ogni dubbio sulla costituzionalità della norma.

Se produrre, con un unico atto, tanto gli effetti espropriativi quanto gli effetti dichiarativi della pubblica utilità significa sopprimere, in linea di fatto, il provvedimento che dovrebbe disporre questi stessi secondi effetti, emerge, a questo punto, un vecchio problema della materia espropriativa. Vale a dire quello che riguarda la costituzionale necessità, a fronte dell'art. 42, comma terzo, della dichiarazione di pubblica utilità stessa.

Quanto alla dichiarazione di pubblica utilità, si potrebbe, in altri termini, opinare che la produzione dei suoi effetti, contestualmente all'atto che dispone l'ablazione, porti a modificarne la natura e a vanificarne lo scopo.

Ne muterebbe la natura, perché la dichiarazione attiene ad opere future.

Ne comprometterebbe lo scopo, perché è lecito chiedersi cosa mai il valutare la pubblica utilità di un'opera già realizzata possa aggiungere

⁽⁸⁴⁾ Oltre ai già compiuti richiami alla sentenza del 2005 dell'Adunanza Plenaria, si consideri anche la citata decisione T.R.G.A., 27 marzo 2008, n. 75: «Quanto ai presupposti del particolare potere ablatorio di cui all'art. 43 la valutazione degli interessi in conflitto è peraltro da condurre con particolare rigore. Ciò è sottolineato dall'Adunanza plenaria, che ha, infatti, chiarito che il provvedimento di acquisizione, che assorbe dichiarazione di pubblica utilità e decreto di esproprio, deve non solo valutare la pubblica utilità dell'opera, ma deve altresì tener conto che il potere acquisitivo in parola - con valenza "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 perciò trovare la sua giustificazione nell'eccezionale rilevanza dell'interesse pubblico rispetto a quello del privato. La motivazione dell'acquisizione sanante dev'essere, quindi, particolarmente esauriente e la valutazione degli interessi in conflitto e gli stessi requisiti per l'ammissibilità del provvedimento di acquisizione devono formare oggetto di approfondita considerazione con riguardo all'interesse pubblico specifico e concreto, dovendosi escludere, invece, che sia sufficiente il semplice motivo dell'avvenuta realizzazione e dell'utilizzabilità in atto dell'opera, già realizzata per il soddisfacimento di un interesse generale».

al contenuto delle contestuali valutazioni discrezionali che precedono gli effetti ablativi che costituiscono il contenuto essenziale dell'acquisizione.

In altri termini, affermare — come mi pare inevitabile — che l'acquisizione sia in grado di produrre, insieme agli effetti ablativi, anche quelli dichiarativi porta a concludere che la stessa acquisizione è, in realtà, un'espropriazione *p r i v a* di dichiarazione⁽⁸⁵⁾.

Sul punto, va ricordato che l'art. 42 Cost. si limita a stabilire che l'espropriazione deve essere dettata da motivi di pubblico interesse, senza precisare, tuttavia, in quali atti i medesimi motivi debbono essere esplicitati. Perciò è stato sostenuto che la medesima norma non avrebbe costituzionalizzato quanto previsto, invece, dall'art. 834 del codice civile⁽⁸⁶⁾.

È probabilmente questa la tesi prevalente e più persuasiva, ancorché incrinata da alcune risalenti pronunce della Corte costituzionale⁽⁸⁷⁾.

Ma se, quanto al suo contenuto di apprezzamento dell'opera, una preliminare dichiarazione di pubblica utilità potrebbe anche mancare senza che venga recata offesa alla Costituzione, men certo è che possano mancare alcuni degli effetti che ne discendono in modo collaterale.

Ancora una volta, essi sono quelli che si riferiscono ai termini finali per il compimento delle espropriazioni. Riunire nell'atto di acquisizione sia gli effetti espropriativi sia la valutazione del pubblico interesse soddisfatto dall'opera equivale a dire, infatti, che il bene del privato, occupato *sine titulo*, è sottoposto in perpetuo al pericolo dell'espropriazione⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁵⁾ PERINI, *Utilizzazione*, cit., 517: «... al centro del sistema acquisitivo *sine titulo* non vi è più la dichiarazione di pubblica utilità, ma la pubblica utilità, nel senso che solo in assenza di una *oggettiva* pubblica utilità (e non in mancanza di dichiarazione) sarà impossibile per l'amministrazione pubblica acquisire la proprietà di beni privati. L'attenzione viene spostata sul profilo funzionale della fattispecie: ciò che importa non è tutelare fisicamente l'opera pubblica, bensì rendere possibile una composizione autoritativa dell'interesse pubblico che incida sul diritto di proprietà».

⁽⁸⁶⁾ Questa tesi è stata sostenuta, relativamente di recente, da MORBIDELLI, voce *Dichiarazione di pubblica utilità*, cit., 66. In precedenza, erano favorevoli alla costituzionalizzazione di una separata fase dichiarativa LANDI, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 198., 35; ROSSANO, *Il procedimento di espropriazione*, in *Atti del congresso celebrativo*, cit., 66; SORACE, *Espropriazione*, Dig. disc. pubb., Torino, 1991, 191 s.

⁽⁸⁷⁾ Corte cost., 6 luglio 1966, n. 90, *Giur. cost.*, 1966, I, 1136 s.

⁽⁸⁸⁾ Il ragionamento — è ovvio — può essere esteso anche al vincolo preordinato all'esproprio, che è atto ugualmente soggetto a termini finali, la cui funzione viene contraddetta nel caso in cui l'*acquisizione* miri a sostituire anche i relativi effetti.

Sul punto merita di osservare che, anche negli altri casi in cui la dichiarazione di pubblica utilità si dimostra specialmente evanescente (ad esempio perché essa è contenuta nella legge), è stata riconosciuta la legittimità costituzionale di quelle specifiche fattispecie, solo a patto che se ne possano trarre, in via esplicita o implicita (attraverso il riferimento a successivi atti del procedimento), i termini finali per il compimento degli espropri⁽⁸⁹⁾.

La giurisprudenza, tanto costituzionale quanto amministrativa, che, dal 1966 in poi, ha sostenuto l'illegittimità di vincoli espropriativi o preespropriativi indeterminati nel tempo è invero troppo nota per dover essere richiamata.

Né la già avvenuta *utilizzazione* del bene è in grado di giustificare, in sé, tale assoggettamento *sine die*. Una detta obiezione, invero, riporterebbe indirettamente alla teorica e alle ragioni che hanno fondato le *espropriazioni di fatto* e che, come ho detto, non possono essere condivise.

Nell'ormai accettata prospettiva della tutela reipersecutoria, la materiale trasformazione dell'immobile è, di per sé, un elemento del tutto irrilevante. Ciò significa che neppure in virtù dell'irreversibile trasformazione⁽⁹⁰⁾ può essere giustificata un'indefinita sottoposizione del bene al procedimento espropriativo⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁹⁾ Sulla questione, e sul rilievo costituzionale dei termini contenuti nella dichiarazione di pubblica utilità, v. LEONARDI, *Dichiarazione*, cit., 152. L'Autore aderisce, peraltro, alla tesi, secondo la quale la sostituzione degli originari quattro termini, previsti dalla legge generale del 1865, con l'unico attuale termine, per la conclusione del procedimento espropriativo, non deve ritenersi contraria all'art. 42 Cost., perché, al fine di soddisfare alle esigenze implicite nel testo costituzionale «veramente essenziale appare la fissazione di termini finali, entro i quali la vicenda espropriativa aperta dalla dichiarazione di pubblica utilità debba concludersi, mentre non altrettanto indispensabile sembra la previsione di termini iniziali, che svolge una funzione essenzialmente sollecitatoria» (*op.*, cit., 156 s.).

⁽⁹⁰⁾ Non si trascuri, d'altronde, che la trasformazione è, pur sempre, riconducibile, direttamente o indirettamente, ad un comportamento illecito, ovvero ad un comportamento che, se pur lecitamente nato (ad esempio nel caso di occupazioni preliminari d'urgenza), diventa successivamente *contra ius* (quando al decreto di occupazione non segua il provvedimento definitivo di espropriazione).

⁽⁹¹⁾ Tanto più, ritengo, ciò deve valere proprio nel caso — preso ora in considerazione — in cui la dichiarazione di pubblica utilità manchi e in cui essa venga sostituita dall'atto di acquisizione. Infatti, è proprio questa l'ipotesi in cui, secondo la giurisprudenza antecedente alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, si versava in ipotesi di *occupazione usurpativa* e in cui, pertanto, già da prima si ammetteva la tutela reale.

18. — Ma i profili d'illegittimità costituzionale dell'art. 43, forse, non si limitano a tanto.

Per quanto ho cercato di dimostrare, infatti, l'atto di acquisizione è in grado di sostituire, oltre al provvedimento di espropriazione e alla dichiarazione, anche il vincolo previsto dall'art. 8 del Testo Unico.

Come è noto, detto vincolo è, normalmente, contenuto nello strumento urbanistico generale. Solo eccezionalmente esso è dato da «un atto di natura ed efficacia equivalente». Per tale ipotesi, tuttavia, l'art. 10 prevede che sia istruita una conferenza di servizi o un accordo di programma, che comportino «la variante urbanistica»⁽⁹²⁾.

Il vincolo preordinato all'esproprio, pertanto, è strettamente legato al procedimento di pianificazione, in cui esso trova la propria giustificazione funzionale, che poi è quella di non collocare, sul territorio comunale, opere di pubblico interesse senza che ciò trovi una razionale previsione nella programmazione urbanistica. Ciò comporta, altresì, che il vincolo deve essere, in via istituzionale (e salve le previste eccezioni) imputabile alle autorità che sono in grado di intervenire sui piani regolatori. Comporta, almeno, che queste autorità debbano partecipare al procedimento che lo appone.

In difetto, verrebbero pregiudicati non solo i principi di buona amministrazione, ma anche quelli di tutela delle autonomie territoriali, costituzionalmente garantite.

Tuttavia, chi utilizza il bene occupato *sine titulo* e, pertanto, è in grado di far fronte all'atto di acquisizione, non è necessariamente un Comune o, più in generale, un ente territoriale. Ugualmente, però, costui, «valutati gli

⁽⁹²⁾ Il rapporto tra il vincolo preordinato all'esproprio e la variante è stato approfonditamente indagato da SALA, *Il procedimento espropriativo e il vincolo preordinato all'esproprio*, in *Il Testo Unico*, cit., 49 s.

L'Autore (pag. 66 s.) mette in evidenza, peraltro, come rispetto alla previgente disciplina dell'art. 1, legge 3 gennaio 1978, n. 1, l'approvazione di progetti di opere pubbliche, da parte del Consiglio comunale, non comportasse necessariamente variante.

Altrettanto, oggi, non può dirsi in ragione degli artt. 8 e seguenti del Testo Unico. Il Testo Unico, infatti, pur «non prevedendo formalmente la necessità di un procedimento di variante, richiede, comunque, sempre il consenso, pure nel caso anche tacito, dell'ente competente all'approvazione dello strumento urbanistico cui la deliberazione del consiglio comunale che preveda — e in motivazione ne giustifichi l'esigenza — la realizzazione di un'opera pubblica, o di pubblica utilità, diversa da quella originariamente nel piano originario prevista, deve essere trasmessa».

interessi in conflitto», può acquisire il bene, con la contestuale assunzione del vincolo, ove esso fosse assente⁽⁹³⁾. Il tutto senza che l'art. 43 nemmeno preveda una fase di partecipazione degli enti a cui sono affidate le funzioni di pianificazione.

Anche sotto questo aspetto, pertanto, la conformità dell'art. 43 alla Costituzione lascia più di qualche dubbio.

19. — Conclusivamente, l'*acquisizione sanante*, nelle sue due forme dell'*acquisizione amministrativa* e dell'*acquisizione giudiziaria*, è istituito che, senza ombra di dubbio, ha comportato un notevole progresso, rispetto alla precedente prassi giurisprudenziale, che faceva riferimento al discutibile istituto delle *espropriazioni di fatto*⁽⁹⁴⁾.

Suo tramite, infatti, le occupazioni *sine titulo* possono oggi portare all'acquisto del bene alla mano pubblica, senza tuttavia recare *vulnus* al principio di legalità. Infatti, è innegabile che anche l'atto di acquisizione è soggetto al tradizionale sindacato giurisdizionale, particolarmente esteso, peraltro, nelle ipotesi di *acquisizione giudiziaria*.

Non di meno, questa nuova figura, se raffrontata con il tradizionale procedimento di espropriazione (a cui è pur sempre possibile ricorrere anche al fine di «*sanare*» l'irregolare realizzazione delle opere pubbliche⁽⁹⁵⁾),

⁽⁹³⁾ MARUOTTI, *op.*, cit., 593, ipotizza che l'acquisizione (*amministrativa*) possa essere assunta da un'Università degli Studi. Proprio l'indicazione esemplificativa rende assai discutibile la legittimità costituzionale di una norma. Non tanto perché un'Università è, normalmente, priva di poteri espropriativi, quanto perché essa è soprattutto priva di poteri di pianificazione del territorio e perché la legge non potrebbe alla stessa riconoscerli, tanto meno, in via implicita, a mezzo dell'attribuzione del potere acquisitivo. E, tuttavia, proprio tramite l'acquisizione l'Università indubbiamente inciderebbe sulla conformazione urbanistica, determinando in concreto ove l'opera pubblica debba essere stabilita.

⁽⁹⁴⁾ Ancorché, secondo taluni, non pienamente soddisfacente rispetto ai parametri imposti dalla Corte di Strasburgo e dagli obblighi internazionali. V., infatti, SCOCA, F.G., *Modalità*, cit., 540, che si richiama alla decisione della C.E.D.U., Sez. I. 20 aprile 2006, *de Sciscio c/ Italia*.

⁽⁹⁵⁾ L'alternatività sembra potersi sostenere anche sulla base della pronuncia T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 23 febbraio 2007, n. 243 (<*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».

solleva non poche perplessità di legittimità costituzionale che ne rendono incerta la sua futura permanenza nell'ordinamento, nel modo con cui oggi essa è disciplinata.