

CRISTIANA BENETAZZO

## L'ACQUISIZIONE "SANANTE" TRA PRINCIPIO DI LEGALITÀ E NUOVE FRONTIERE DELLA RESPONSABILITÀ: GLI SPUNTI PROVENIENTI DALL'U.E.

SOMMARIO: 1. Premessa: la distinzione, coniata dalla giurisprudenza, tra occupazione "acquisitiva" ed occupazione "usurpativa" e la necessità di indagare alcuni aspetti irrisolti della nuova disciplina dell'acquisizione "sanante" ex art. 42-*bis* T.U. espropriazioni. – 2. Dall'occupazione acquisitiva all'occupazione "provvedimentale" o acquisizione "sanante": l'introduzione dell'art. 43 T.U. espropriazioni, come conseguenza della giurisprudenza della Corte EDU. – 3. La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43 del d.P.R. n. 327/2001: la pronuncia Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 293 e l'accoglimento soltanto delle censure di ordine formale. – 4. Il nuovo provvedimento di acquisizione previsto dall'art. 42-*bis* T.U. espropriazioni, come introdotto dal d.l. n. 98/2011. Ambito di applicazione della nuova disposizione e differenze rispetto alla disciplina previgente: la previsione di un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale subito dal privato; i maggiori obblighi motivazionali in capo alla p.A.; l'irretroattività del provvedimento di acquisizione. Il rischio di una modesta applicazione spontanea della norma da parte delle Amministrazioni. – 5. I possibili profili di illegittimità costituzionale dell'art. 42-*bis* T.U. e la dubbia compatibilità della stessa disposizione con il sistema sovranazionale: la violazione dei principi di legalità, uguaglianza e solidarietà sociale. – 6. Il rapporto tra la nuova disciplina contenuta nell'art. 42-*bis* e l'istituto dell'usucapione. L'incerta compatibilità tra l'istituto civilistico e le ipotesi di occupazione *sine titulo*: la mancanza dei requisiti essenziali per usucapire la proprietà (il possesso pacifico e pubblico; l'*animus rem sibi habendi*). – 7. I profili di giurisdizione; ambito e limiti della cognizione incidentale del giudice amministrativo sull'eccezione di intervenuta usucapione sollevata dalla p.A. in relazione a beni occupati *sine titulo*. – 8.1. Gli spunti provenienti dagli altri ordinamenti europei: a) la positiva esperienza del Regno Unito, in cui l'immissione in possesso del bene viene subordinata all'esito del giudizio dinanzi ai *Land Tribunals* o alla stipulazione di uno specifico accordo; b) l'attenzione, ancora maggiore, dell'ordinamento tedesco alla predisposizione di strumenti atti a favorire la definizione, in via amichevole, della procedura di esproprio. – 8.2. Le maggiori analogie con l'esperienza italiana delle soluzioni adottate da Francia e Spagna: la questione della regolarizzazione dell'espropriazione di fatto (*voie de fait* o *via de hecho*); il "temperamento" del principio dell'intangibilità dell'opera pubblica, soprattutto attraverso un coinvolgimento dell'autorità giudiziaria già nella fase del procedimento. Prospettive applicative nel nostro sistema delle espropriazioni.

1. *Premessa: la distinzione, coniata dalla giurisprudenza, tra occupazione “acquisitiva” ed occupazione “usurpativa” e la necessità di indagare alcuni aspetti irrisolti della nuova disciplina dell’acquisizione “sanante” ex art. 42-bis T.U. espropriazioni.*

Il presente contributo concerne uno dei profili più problematici ed attuali della responsabilità della p.A., rappresentato dall’occupazione senza titolo di un bene privato.

Come è noto, il procedimento di espropriazione per pubblica utilità, disciplinato dalla legge, non sempre è puntualmente seguito dalle pubbliche Amministrazioni. Invero, sin troppo numerosi sono i casi in cui, prima dell’espropriazione, il bene o l’area privata vengono occupati e trasformati dall’Amministrazione a fini di pubblica utilità senza un titolo legittimo ovvero sulla base di un decreto di occupazione d’urgenza scaduto e non seguito, nei termini, da un provvedimento di espropriazione.

A fronte delle molteplici situazioni di illegittimità, la giurisprudenza, coniando gli istituti dell’accessione invertita e dell’occupazione usurpativa <sup>(1)</sup>, ha cercato, in passato, di trovare delle soluzioni che potessero, da un lato, tutelare il diritto di proprietà del privato almeno in termini di indennizzo patrimoniale e, dall’altro, evitare che, applicandosi il principio – di derivazione privatistica – secondo cui tutto ciò che si consolida sul suolo

---

<sup>(1)</sup> Va, tuttavia, sottolineato che, secondo parte della dottrina, la distinzione tra occupazione “acquisitiva” ed occupazione “usurpativa” risulterebbe priva di fondamento: si veda, al riguardo, F. VOLPE, *Acquisizione amministrativa e acquisizione giudiziaria nel sistema delle espropriazioni per pubblica utilità*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 7/2008, 4-7, secondo cui soltanto finché è pendente il termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità, l’interesse alla realizzazione dell’opera «è, per definizione, prevalente sugli altri interessi, pubblici e privati, che potrebbero opporvisi»; però, una volta scaduto il suddetto termine, il rapporto tra gli interessi implicati si capovolge, divenendo prioritario l’interesse privato alla conservazione del bene, cosicché – secondo l’Autore – ogni ipotesi di occupazione acquisitiva sarebbe destinata a «trasformarsi in un’ipotesi di occupazione usurpativa». Lo stesso Autore richiama, a sostegno delle proprie argomentazioni, la sentenza della Corte EDU, Sez. I, 13 ottobre 2005, *Fiore c/Italia*, in [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu), la quale estende tali considerazioni in ordine alla sostanziale illegalità di entrambi i tipi di occupazione alla disciplina introdotta dall’art. 43 del testo unico sulle espropriazioni (su cui si veda, *infra*, il § 3). Le medesime considerazioni sembrano essere condivise anche da G. LEONARDI, *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 G. Sciullo, Torino, 2004, 150, ove l’Autore fa propria la tesi di G. LANDI, *Espropriazione per pubblica utilità (principi generali)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 816, secondo cui 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». Si vedano, in argomento anche le considerazioni svolte nella nota 6.

inerisce al diritto di proprietà del titolare del sedime, il privato venisse a trovarsi proprietario di scuole, ospedali e altre opere normalmente destinate all'uso pubblico <sup>(2)</sup>.

In estrema sintesi, nei casi in cui, a seguito della valida dichiarazione di pubblica utilità <sup>(3)</sup>, venga realizzata l'opera, ma non sia emanato nei termini di legge il provvedimento di espropriazione, deve ritenersi operante l'istituto dell'accessione invertita, nota anche come occupazione "acquisitiva" o "appropriativa" o "espropriazione indiretta". Si tratta di istituto elaborato dalla giurisprudenza della Cassazione <sup>(4)</sup>, cogliendo le intuizioni provenienti

---

<sup>(2)</sup> Tradizionalmente, il principio dell'accessione secondo cui «*superficies solo cedit*» si fa risalire a Gaio (Gaio. Inst., 2.73) secondo cui: «*Praeterea id, quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit*» (ovvero «*Inoltre tutto ciò che sul nostro suolo è edificato da qualcuno, sebbene sia stato edificato in nome di questo, sarà per diritto naturale nostro, poiché la superficie accede al suolo*»). Più in generale, sull'accessione come modo di acquisto della proprietà nel diritto privato, si vedano, a titolo esemplificativo, E. DELL'AQUILA, *L'acquisto della proprietà per accessione, unione, commistione e specificazione*, Milano, 1979 e M. PARADISO, *L'accessione al suolo*, Catania, 1990.

<sup>(3)</sup> In merito alla funzione della dichiarazione di pubblica utilità nell'ambito del procedimento espropriativo, si veda quanto affermato da Cons. Stato, Ad. Plen., 23 maggio 1984, n. 11, in *Cons. di Stato*, 1984, I, 479 ss., secondo cui: «*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, cfr. G. MORBIDELLI, voce *Dichiarazione di pubblica utilità*, *Dig. disc. pubb.*, V, Torino, 1990, 1962 ss.; F. VOLPE, *Le espropriazioni amministrative senza potere*, Padova, 1996, 152; G. LEONE e A. MAROTTA, *Espropriazione per pubblica utilità*, Padova, 1997, 240. Spunti in tal senso erano rinvenibili già in G. ROHERSSEN, *La dichiarazione di pubblica utilità*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1967, 74-74 e in A. BARONE, *Di alcune questioni in materia di dichiarazione implicita di pubblica utilità*, in *Foro amm.*, 1966, III, 303 ss. Contrari a questa linea interpretativa sono, invece, U. 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 G.B. VERBARI, *La dichiarazione di pubblico interesse*, Milano, 1974, specialmente 71, 72 e 92. Peculiare è la posizione di E. STICCHI DAMIANI, *La dichiarazione di pubblica utilità*, Milano, 1983, 177 ss., il quale ricollega il valore della dichiarazione di pubblica utilità al potere urbanistico di conformazione del territorio.

<sup>(4)</sup> L'istituto dell'occupazione acquisitiva è sorto in via giurisprudenziale per effetto di alcune fondamentali pronunce della Suprema Corte di cassazione, per comporre quel contrasto tra l'interesse pubblico al mantenimento dell'opera e l'interesse privato alla restituzione dell'area. A tale proposito è doveroso richiamare la primigenia sentenza in cui trovarono fondamento le occupazioni c.d. "espropriative". Si tratta della nota decisione Cass. Civ., Sez. Un., 10 febbraio 1983, n. 1464, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 707, in cui si afferma che il fenomeno dell'accessione invertita, diversamente da quello dell'occupazione usurpativa, trova la sua

d'oltralpe <sup>(5)</sup>, che lega l'acquisto della proprietà, da parte della p.A., alla trasformazione irreversibile del fondo, con destinazione ad uso pubblico. Al contrario, nel caso dell'occupazione usurpativa, la dichiarazione di pubblica utilità manca del tutto e il fondo è occupato in carenza di titolo. In questo secondo caso, l'azione dell'Amministrazione, condotta al di fuori di ogni regola procedimentale, si estrinseca in un mero comportamento di fatto, senza alcun titolo giustificativo, al quale si ricollega il diritto al risarcimento del danno pieno e, su richiesta dell'interessato, l'obbligo di restituzione del bene <sup>(6)</sup>.

Va poi sottolineato che il tema dell'occupazione si inserisce perfettamente nelle note problematiche del dualismo delle giurisdizioni, delle azioni esperibili davanti al giudice ordinario o al giudice amministrativo, della carenza o meno del potere, ecc. Temi sui quali non sono mancate, in passato, occasioni di scontro (più che di vero e proprio "dialogo" tra Corti), ritenendo, ad esempio, il Consiglio di Stato che il decreto di espropriazione tardivamente emesso fosse illegittimo e andasse annullato, mentre la Cassazione riteneva illecita *tout court* l'occupazione

caratterizzazione imprescindibile, per un verso, nella dichiarazione di pubblica utilità e, per altro verso, nella realizzazione dell'opera (nel medesimo senso Cass. Civ., Sez. Un., 10 giugno 1988, n. 3940, in *Foro it.*, 1988, I, 2262). Più precisamente, sulla base di un'inversione della regola civilistica di cui agli art. 935 ss., si riconosce al titolare dell'opera pubblica la proprietà del suolo e all'originario proprietario dell'area un indennizzo. Una tale evenienza si verifica nelle ipotesi in cui, a seguito dell'occupazione preventiva d'urgenza e della valida dichiarazione di pubblica utilità, venga realizzata l'opera, ma non sia emanato nei termini di legge il provvedimento di espropriazione.

<sup>(5)</sup> Si tratta, peraltro, come ricordato da F. VOLPE, *Le espropriazioni amministrative senza potere*, cit., 48 ss., di un istituto che trova origine nell'ordinamento francese: «*ouvrage public mal planté ne se détruit pas*», su cui si vedano R. CHAPUS, *Droit administratif général*, II, Paris, 1992, 462 ss. e J.P. MAUBLANC, *La fin d'un mythe «ouvrage public mal planté ne se détruit pas»?*, in *Rev. franc. droit. adm.*, 1992, 65 ss.

<sup>(6)</sup> In questo caso, non vi è un precedente titolo autorizzativo all'occupazione che legittimi il mutamento di destinazione del bene, o, comunque, tale provvedimento è stato annullato o eseguito fuori dai termini prescritti dalla legge (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 marzo 2002, n. 1562, in *Foro amm.* – CDS, 2002, 69; Id., Sez. IV, 28 gennaio 2002, n. 450, in *Riv. giur. edil.*, 2002, I, 728. Cfr. anche Cass. Civ., Sez. I, 18 febbraio 2000, n. 1814, in *Foro it.*, 2000, I, 1857, con nota di S. SALVAGO, *L'occupazione usurpativa non può essere espropriazione*; Cass. Civ., Sez. Un., 19 febbraio 2007, n. 3717 e n. 3723, entrambe consultabili in *Foro amm.* – CDS, 2007, 1374). In particolare, si era distinta l'occupazione usurpativa c.d. pura, in cui, in mancanza di una qualsiasi procedura espropriativa, l'opera veniva realizzata in via di mero fatto, da quella c.d. spuria, in cui la dichiarazione di pubblica utilità era stata annullata. Si vedano, in argomento: Cass. Civ., Sez. I, 11 giugno 2004, n. 11096, con nota di M. TURELLO, *L'occupazione appropriativa nei limiti tracciati dall'evoluzione giurisprudenziale italiana e comunitaria* in *Nuova giur. civ.*, 2005, I, 666; Id., Sez. I, 26 marzo 2004, n. 6081, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 3; Id., Sez. I, 4 luglio 2003, n. 10576, in *Foro amm.* – CDS, 2003, 2163; Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2004, n. 950, *ivi*, 2004, 744.

non seguita nei termini dall'espropriazione e *inutiliter datum* l'eventuale decreto tardivamente emesso. Allo stesso modo, non erano trattate egualmente le occupazioni originariamente illecite per la perdita di efficacia o l'annullamento del titolo originario: differenze che incidono sulle azioni (possessorie, risarcitorie, reintegratorie) esperibili dal privato e sulla tutela offerta dai giudici <sup>(7)</sup>.

Non è possibile, in questa sede, ricostruire per intero il "tormentato" iter normativo e giurisprudenziale dell'istituto dell'occupazione «espropriativa» <sup>(8)</sup>, anche perché una tale ricerca rischierebbe di eccedere, oltre misura, i limiti che non può non avere il presente scritto: ci si limiterà, perciò, a ripercorrerne alcuni fondamentali passaggi <sup>(9)</sup>, soffermandosi, in particolare, sui

---

<sup>(7)</sup> Cfr. V. DOMENICHELLI, *Occupazione espropriativa, comportamenti e giudice amministrativo (una storia italiana)*, relazione al Convegno organizzato a Roma, Palazzo Spada, il 27 maggio 2005, dall'Associazione italiana fra gli studiosi del processo amministrativo e dal Consiglio di Stato sul tema *La giurisdizione sui comportamenti delle amministrazioni e la tutela processuale dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 852, il quale giunge ad affermare che «di fronte alla progressiva distinzione delle fattispecie, era proprio la doppia giurisdizione (di annullamento e di risarcimento) ad apparire inadeguata, esasperante per la sua lentezza e insicura per l'innaturale e spesso cervelotica divisione delle tutele, storiche pene del riparto di giurisdizione».

<sup>(8)</sup> L'espressione, molto efficace, è di V. DOMENICHELLI, op. cit., 849 ss., il quale ne giustifica l'utilizzo – in luogo delle più tradizionali formule: occupazione "acquisitiva", occupazione "appropriativa", ecc. – rilevando che, in tali fattispecie, «l'effetto dell'occupazione è comunque il trasferimento coattivo della proprietà».

<sup>(9)</sup> Rinviando, per più ampi approfondimenti in proposito, all'ampia bibliografia in materia, tra cui possono ricordarsi A.M. SANDULLI, *Immobili privati posseduti dall'amministrazione sine titolo e destinati ad opere pubbliche*, in *Riv. giur. edil.*, 1958, II, 55 ss. e, dello stesso Autore, *Ancora sulle conseguenze delle occupazioni sine titolo da parte della p.a.*, *ivi*, 1960, I, 16 ss.; S. CATTANEO, *Osservazioni in tema di occupazione sine titolo di immobili destinati ad opere pubbliche*, *ivi*, 1967, I, 325 ss.; G. LANDI, *Indennità di occupazione e risarcimento del danno*, *Foro amm.*, 1964, II, 15; M. COMPORTI, *L'occupazione illegittima di immobili da parte della pubblica amministrazione fra la disciplina della proprietà e quella dell'illecito*, in *Giur. it.*, 1980, IV, 353; F. VOLPE, *Le espropriazioni amministrative senza potere*, cit., e, dello stesso Autore, *Considerazioni brevi sui limiti della giurisdizione esclusiva in materia di espropriazione*, in *Riv. giur. urb.*, 2003, 285 ss. nonché *Acquisizione amministrativa e acquisizione giudiziaria nel sistema delle espropriazioni per pubblica utilità*, cit.; A. POLICE, G. DI LEO, *L'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1285; M.L. MADDALENA, *Dalla occupazione appropriativa alla acquisizione ad effetti sananti: osservazioni a margine dell'Adunanza Plenaria n. 2 del 2005*, in *Foro amm. – CDS*, 2005, 2109; R. CONTI, *Restituzione del bene trasformato nei casi di occupazione usurpativa – Revirement del Consiglio di Stato*, in *Urb. e app.*, 2005, 809; E. D'ARPE, *Il Consiglio di Stato nega l'ultrattività dell'istituto dell'occupazione appropriativa*, in *Cons. Stato*, 2005, I, 1675; V. DOMENICHELLI, *Occupazione espropriativa, comportamenti e giudice amministrativo (una storia italiana)*, cit., 849 ss.; F.G. SCOCA, *Modalità di espropriazione e "rispetto" dei beni (immobili) privati*, in *Dir. amm.*, 2006, 519 ss.; N. PAOLANTONIO, *Accessione invertita e questioni di giurisdizione*, in *Foro amm. – CDS*, 2006,

nuovi rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e norme nazionali, in materia espropriativa, come delineati dalla giurisprudenza della Corte EDU a partire dal 2000 e sulle conseguenti prese di posizione della nostra giurisprudenza interna, senza trascurare uno sguardo alle soluzioni adottate da altri Stati membri dell'Unione Europea.

Sulla base della disamina dei principali orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in materia, saranno, quindi, affrontati alcuni nodi irrisolti della nuova disciplina dell'acquisizione "sanante" di cui all'art. 42-*bis*, cit. In particolare, l'interrogativo cui si intende dare risposta è se tale disciplina abbia effettivamente comportato un superamento dei profili di illegittimità del previgente art. 43 T.U. espropriazioni o se, invece, il nuovo art. 42-*bis* non celi, in realtà, una occupazione «*espropriativa mascherata*», come pure è stato sostenuto. L'attualità del tema risulta, peraltro, testimoniata da una recente ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (n. 441/2014)<sup>(10)</sup>, che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 42-*bis* del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (T.U. espropriazioni), sulla «*Occupazione senza titolo di beni per scopi di interesse pubblico*».

Un ulteriore aspetto problematico, qui oggetto di specifico approfondimento, attiene ai rapporti tra la nuova disciplina dell'acquisizione "sanante" contenuta nell'art. 42-*bis*, cit. e l'istituto dell'usucapione: significative, in tal senso, appaiono alcune pronunce del giudice amministrativo che hanno prospettato come "rimedio alternativo" all'applicazione del suddetto art. 42-*bis*, il ricorso all'istituto privatistico dell'usucapione, con interessanti – ancorché non sempre condivisibili – spunti ricostruttivi sul riparto di giurisdizione in materia espropriativa<sup>(11)</sup>. Una parte del lavoro è dedicata anche agli aspetti strettamente processuali della tematica; e, *in primis*, all'ambito e ai limiti della cognizione incidentale del giudice amministrativo sull'eccezione di intervenuta usucapione sollevata dalla p.A. in relazione a beni occupati *sine titulo*.

---

417 ss.; F. GARRI, *Recenti affermazioni giurisprudenziali in materia di espropriazioni*, in *Forum amm.* – CDS, 2010, 889 ss.

<sup>(10)</sup> Più precisamente, si tratta della sentenza Cass. Civ., Sez. Un., 13 gennaio 2014, n. 441, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>(11)</sup> Su tale materia, come è noto, «*si sono scaricate al massimo grado le tensioni fra le due giurisdizioni e le incertezze della giurisdizione: di più e più a lungo che sui molti altri temi nei quali si è sperimentato l'affanno della ricerca del giudice «giusto» a conoscere una lesione sicuramente ingiusta*»: in questo senso, espressamente, V. DOMENICHELLI, op. cit., 849.

2. *Dall'occupazione acquisitiva all'occupazione "provvedimentale" o acquisizione "sanante": l'introduzione dell'art. 43 T.U. espropriazioni, come conseguenza della giurisprudenza della Corte EDU.*

Dopo queste premesse, si ritiene, dunque, opportuno prendere le mosse dall'art. 43 del d.P.R. n. 327/2001 («*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità*»), con cui il legislatore, ha introdotto, per la prima volta, una specifica disciplina legislativa per l'ipotesi di utilizzazione, senza titolo, di un bene per scopi di pubblico interesse<sup>(12)</sup>; cogliendo, in tal modo, le «sollecitazioni» pervenute dalla giurisprudenza comunitaria<sup>(13)</sup> secondo cui l'istituto dell'accessione

---

<sup>(12)</sup> Sull'art. 43 del testo unico in materia espropriativa come conseguenza delle pronunce della Corte EDU si veda l'ampio studio di F. VOLPE, *Acquisizione amministrativa e acquisizione giudiziaria nel sistema delle espropriazioni per pubblica utilità*, cit., specialmente 8-11. In generale, sulla nuova disciplina recata dall'art. 43, cit., cfr. S. BENINI, *L'occupazione appropiativa è proprio da epurare?*, in *Foro it.*, 2002, I, 2591 ss.; G. MARI, *Sulla conformità del potere di acquisizione ex art. 43 t.u. Espropriazioni ai principi di legalità e di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, 1303 ss.; P. NASINI, *Le sezioni unite intervengono sull'ambito di applicazione dell'art. 43 d.p.r. 8 giugno 2001 n. 327: problemi di giurisdizione e procedurali*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, 867 ss.; R. RAVASIO, *La acquisizione sanante, ovvero un rimedio emergenziale da utilizzare cum grano salis*, in *Giur. merito*, 2009, 3122 ss.

<sup>(13)</sup> Invero, sin dalle note sentenze del 30 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera S.r.l. c/Italia e Carbonara e Ventura c/Italia* (consultabili in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 1086 ss.), la C.E.D.U. aveva ravvisato la contrarietà dell'istituto dell'occupazione acquisitiva all'art. 1 del Primo Protocollo allegato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (sottoscritta a Parigi il 29 marzo 1952), che disciplina il diritto delle persone al rispetto dei propri beni, precisando le condizioni cui è sottoposto l'esercizio del potere espropriativo. Su tale disposizione si veda, ad es., M. L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, 11 ss., secondo cui l'art. 1, cit., costituisce «un'indubbia novità nel panorama internazionale dell'epoca, poiché diviene espressione del tentativo di rendere universali le regole previste fino a quel momento solo per i beni appartenenti a cittadini di Stati stranieri e istituisce per la prima volta un controllo internazionale istituzionalizzato in un settore che fino ad allora faceva parte della competenza interna degli Stati membri»; nel medesimo senso A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti ed uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *www.federalismi.it*, n. 22/2007. Evidenziano il passaggio da una tutela del diritto di proprietà affidata esclusivamente alle Costituzioni dei singoli Stati membri ad una «leale collaborazione tra corti» F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *I beni privati e il potere pubblico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Napoli, 2007, 1 ss.; P. PERLINGERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee: per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008 e R. CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, in *Corr. giur.*, 2008, 205 ss., il quale, mettendo, altresì, in luce le differenze tra la disciplina del diritto di proprietà posta dall'art. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e quella contenuta nell'art. 42 della nostra Costituzione, parla di «statuto proprietario» costituzionale «meno protettivo» di quello europeo e di «protezione

invertita non era espressione di una normativa sufficientemente chiara, accessibile e prevedibile <sup>(14)</sup>.

Ed infatti, la disposizione stabiliva espressamente che la p.A., in assenza di valido provvedimento espropriativo o dichiarativo di pubblica utilità, potesse disporre che il bene utilizzato per scopi di pubblica utilità venisse acquisito, sempre a titolo originario, al suo patrimonio indisponibile, risarcendo il danno al proprietario, nella misura corrispondente al valore venale del bene al momento dell'occupazione *sine titulo*, oltre agli interessi moratori.

In questo modo, venivano, in definitiva, "regolarizzate" o "sanate" sia procedimenti espropriativi illegittimi sia condotte illecite della p.A. in materia espropriativa, unificando, sul piano sostanziale, i due istituti di origine pretoria dell'occupazione "acquisitiva" e dell'occupazione "usurpativa" <sup>(15)</sup>; con inaccettabili conseguenze sul piano della legalità sostanziale e del principio di uguaglianza <sup>(16)</sup>.

*sovranazionale più intensa riconosciuta al diritto dominicale dalla CEDU*»; significativa, in tale senso, è anche la nota sentenza della Corte costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giur. cost.*, 2007, 3535 (specialmente il punto 6.2 della motivazione), ove si afferma che la Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo «hanno in definitiva ruoli diversi, sia pure tesi al medesimo obiettivo di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo», aggiungendo che «L'interpretazione della Convenzione di Roma e dei Protocolli spetta alla Corte di Strasburgo, ciò che solo garantisce l'applicazione del livello uniforme di tutela all'interno dell'insieme dei Paesi membri».

<sup>(14)</sup> Tali "sollecitazioni" comunitarie sono state raccolte da una certa parte della giurisprudenza amministrativa interna. Cfr., ad es., Cons. Stato, Sez. IV, 16 novembre 2007, n. 5830, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., Sez. IV, 21 maggio 2007, n. 2582, in *Guida al dir.*, 2007, 73; Tar Lombardia-Brescia, Sez. I, 1 giugno 2007, n. 466, in *Foro amm. – TAR*, 2007, 1904; Tar Sicilia-Palermo, Sez. I, 1 febbraio 2011, n. 175, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>(15)</sup> In base all'art. 43, comma 1, del d.P.R. n. 327/2001, il provvedimento di acquisizione aveva carattere discrezionale («l'autorità ... può disporre»), essendo il risultato di una ponderazione («valutati gli interessi in conflitto») fra l'interesse pubblico sotteso all'utilizzazione del bene e quello del proprietario. Di tale ponderazione si doveva dare atto, ex art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nella motivazione, dalla quale dovevano, altresì, risultare le circostanze che avevano condotto all'indebita utilizzazione del suolo e la data dalla quale essa si era verificata: cfr. il comma 2, lett. b) della disposizione citata. Significativa, in tal senso, è la pronuncia del Tar Campania-Napoli, Sez. V, 28 ottobre 2008, n. 730, in *Riv. giur. edil.*, 2008, I, 1284, secondo cui «la motivazione deve porre in luce esattamente i motivi di interesse alla realizzazione dell'opera, indicando anche la non percorribilità di soluzioni alternative, dando 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; va inoltre evidenziata la assoluta necessità, e non mera utilità, che l'immobile sia acquisito nello stato in cui si trova, dal momento che la mancata acquisizione costituirebbe uno spreco di risorse pubbliche».

<sup>(16)</sup> Rispetto alla fattispecie dell'occupazione acquisitiva, l'istituto di cui all'art. 43 T.U. espropriazioni configura l'illecito perpetrato dall'Amministrazione come "permanente", da cui discende che il proprietario dell'immobile rimane tale fino all'intervento dell'atto di ac-



Invero, nonostante la disposizione presentasse numerosi profili di contrasto sia con i principi costituzionali sia con i principi sovranazionali<sup>(17)</sup>, è rimasta in vigore fino al 2010, quando vi è stata una maggiore attenzione, da parte della giurisprudenza costituzionale, ai problemi di conflitto tra disciplina interna e principi della CEDU<sup>(18)</sup>.

---

quisizione. Sul piano processuale, ciò comporta l'abbandono dell'indirizzo giurisprudenziale che individuava nel momento dell'irreversibile trasformazione – ovvero nella scadenza dell'occupazione legittima – il *dies a quo* per la decorrenza del termine prescrizione di cinque anni per la proposizione dell'azione risarcitoria. Diversamente, la formulazione dell'art. 43, cit., implica la coincidenza del predetto *dies a quo* con la notifica del legittimo provvedimento di acquisizione, che segna il momento in cui si produce l'effetto traslativo sull'immobile in favore della p.A.; in difetto della sua adozione, il passaggio di proprietà non si produce e la condotta dell'Amministrazione continua a configurarsi alla stregua di illecito permanente. Questo concetto è chiaramente evidenziato nella pronuncia annotata (in particolare, nel punto 2.2), ove si sottolinea che, essendo il comportamento tenuto dalla Amministrazione (la quale abbia emanato una valida dichiarazione di pubblica utilità ed un legittimo decreto di occupazione d'urgenza senza tuttavia emanare il provvedimento definitivo di esproprio nei termini previsti dalla legge) qualificabile come «*illecito permanente*», «*il soggetto privato del possesso può agire nei confronti dell'ente pubblico senza dover sottostare al termine prescrizione quinquennale decorrente dalla trasformazione irreversibile del bene, con l'unico limite temporale rinvenibile nell'acquisto della proprietà, per usucapione ventennale del bene, eventualmente maturata dall'ente pubblico (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, 1.2.2011, n. 175)*».

<sup>(17)</sup> Tra i molteplici aspetti controversi della disciplina dettata dall'art. 43 del d.P.R. n. 327/2001, vi era quello relativo all'applicazione retroattiva della suddetta disposizione. Da un lato, la Corte di cassazione sosteneva la tesi dell'irretroattività, sulla base della norma di chiusura dettata dall'art. 57 del medesimo testo unico (cfr., ad es., Cass. Civ., Sez. I, 5 ottobre 2009, n. 21203, in *Riv. giur. edil.*, 2010, I, 437). Dall'altro, il Consiglio di Stato affermava la possibilità di emettere il provvedimento di acquisizione anche con riferimento a situazioni pregresse, muovendo dalla considerazione che l'ambito di applicazione definito dall'art. 57 concernesse la procedura espropriativa legittima e non anche la sua patologia (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 21 maggio 2007, n. 2582, in *Guida al dir.*, 2007, fasc. n. 23, 73; Tar Lazio-Roma, Sez. II, 2 ottobre 2009, n. 9557, in *Foro amm. – TAR*, 2009, 2829). Inoltre, non era del tutto chiaro se il provvedimento ex art. 43 potesse essere adottato anche dopo il formarsi del giudicato. Criticamente su questo aspetto, I. SEVERINO, *Acquisizione sanante, giudicato e giudizio d'ottemperanza*, nota a Cons. Stato, Sez. IV, 28 aprile 2008, n. 1902, in *Urb. e app.*, 2008, 984; sul punto, da ultimo, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 22 ottobre 2010, n. 7619, in *Riv. giur. edil.*, 2011, 229. Quanto all'ambito di applicazione, la norma appariva piuttosto chiara, disciplinando le fattispecie in cui un bene immobile fosse stato trasformato e utilizzato per scopi di pubblico interesse in assenza di un decreto di esproprio valido ed efficace oppure in assenza di dichiarazione di pubblica utilità; a queste fattispecie venivano espressamente equiparate le ipotesi in cui fosse stato giudizialmente annullato l'atto impositivo del vincolo preordinato all'espropriazione ovvero l'atto dichiarativo della pubblica utilità ovvero il decreto di espropriazione (art. 43, comma 2, lett. a), d.P.R. n. 327 del 2001).

<sup>(18)</sup> Come è noto, la problematica sul conflitto tra le norme nazionali e disciplina della Convenzione si è fatta più accesa di un tempo, soprattutto a seguito del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, che, superando la precedente «*architettura per pilastri*», disegna l'Unione come un ordinamento unitario, riconoscendo efficacia giuridicamente vincolante alla

3. *La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43 del d.P.R. n. 327/2001: la pronuncia Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 293 e l'accoglimento soltanto delle censure di ordine formale.*

Con sentenza della Corte costituzionale, 8 ottobre 2010, n. 293 <sup>(19)</sup>, è stata, quindi, dichiarata l'illegittimità costituzionale dello stesso art. 43 T.U.

---

CEDU e attribuendole, secondo alcuni (v. *infra*), lo stesso valore giuridico dei Trattati (avendo stabilito, in particolare, all'art. 6, che i diritti riconosciuti dalla Convenzione «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali»). Quanto all'applicabilità dei principi della CEDU nel nostro ordinamento, non è ancora ben chiaro se essi siano direttamente applicabili o se possano essere utilizzati soltanto dalla Corte costituzionale come parametro di legittimità della norma nazionale in contrasto con l'art. 117 Cost. In estrema sintesi, mentre secondo un orientamento, per effetto del citato art. 6 TUE, i principi enunciati dalla Convenzione dovrebbero essere direttamente applicabili nell'ordinamento nazionale (comportando la disapplicazione, *rectius* non applicazione, della norma interna in contrasto con quella sovranazionale: cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220 e Tar Lazio-Roma, Sez. II, 18 maggio 2010, n. 11984, entrambe pubblicate in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 1346, con nota di S. MIRATE, *La CEDU nell'ordinamento nazionale: quale efficacia dopo Lisbona?*); secondo una diversa prospettiva, invece, una sindacabilità diffusa delle norme interne in contrasto con la CEDU sarebbe da escludere, principalmente sulla base dell'art. 218 TFUE, che regola procedura di negoziazione degli accordi tra l'Unione e i Paesi terzi o le organizzazioni internazionali, menzionando anche la «Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali» (cfr. le due note pronunce Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349, entrambe pubblicate in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 1269 ss., con nota di S. BONATTI, *La giusta indennità d'esproprio tra Costituzione e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in cui il giudice delle leggi, pronunciandosi sulla "posizione" della CEDU nel nostro ordinamento, ha riconosciuto alle disposizioni della stessa il valore di «norme interposte» che integrano il parametro costituzionale di cui all'art. 117, co. 1, Cost., nella parte in cui lo stesso impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali»). Secondo l'orientamento appena citato, in caso di contrasto tra una norma interna e una disposizione della CEDU, il giudice comune non può disapplicare la prima (come è previsto nel caso di contrasto con norme comunitarie), ma deve sottoporla a scrutinio di costituzionalità per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. In risposta ai tentativi di "comunitarizzazione" della CEDU, la Corte costituzionale, nelle sentenze più recenti, ha aderito a questo secondo orientamento, ribadendo che, anche dopo il Trattato di Lisbona (e, comunque, fino a quando non vi sia un'adesione formale dell'Unione Europea alla CEDU), quest'ultima svolge un ruolo solo strumentale all'individuazione dei "principi generali" stabiliti dal diritto dell'Unione – nel senso che i principi medesimi vengono ricostruiti attraverso il riferimento ai diritti sanciti nella CEDU, ma non si identificano con essi – e non diviene direttamente operante negli ordinamenti nazionali degli Stati membri: cfr., in tal senso, Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80, in *Riv. dir. internaz.*, 2011, 578; Id., 7 aprile 2011, n. 113, *ivi*, 2011, 960; e, in dottrina, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XV edizione, Milano, 2013, 25-26.

<sup>(19)</sup> Consultabile in *Giust. civ.*, 2010, I, 2392. Tra i tanti commenti alla citata decisione della Corte costituzionale, si segnalano: E. FURNO, *La Corte costituzionale elimina l'acquisizione coattiva sanante nella storia infinita degli espropri extra ordinem*, in *Giur. cost.*, 2010, 3816 ss.; G. MARI, *L'espropriazione indiretta: la sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010 sull'acquisizione sanante e le prospettive future*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 397 ss.; S. MIRATE, *La CEDU nell'ordinamento nazionale: quale efficacia dopo Lisbona?*, in *Riv. it. dir.*

espropriazioni: anche se la motivazione della decisione lascia trasparire un contrasto con i principi della CEDU, tuttavia, la Corte non ha censurato la norma nel merito della sua compatibilità con i principi costituzionali e sopranazionali (nonostante vi fossero numerosi argomenti in tal senso), ma si è limitata a ravvisare un eccesso di delega, rilevando che l'art. 43 cit. aveva introdotto numerosi elementi di novità con riferimento sia alla disciplina contenuta nella legge delega in materia espropriativa <sup>(20)</sup> sia agli istituti, come l'accessione invertita o l'occupazione acquisitiva, di matrice prevalentemente giurisprudenziale. Invero, secondo il giudice delle leggi, da un lato, l'art. 43 del testo unico sulle espropriazioni poneva le due patologie espropriative sullo stesso piano, introducendo la possibilità, per l'Amministrazione che usa illegittimamente il bene, di ottenere la sola condanna al risarcimento del danno in luogo della restituzione e, dall'altro, individuava il prodursi dell'effetto traslativo nell'atto di acquisizione sanante e non nell'irreversibile trasformazione del fondo, come ritenuto, invece, dalla pacifica giurisprudenza in materia <sup>(21)</sup>.

---

*pubbl. comunit.*, 2010, 1354 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Prime impressioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010, in tema di espropriazione indiretta*, in *www.federalismi.it*, n. 19/2010; R. TRUDU, *Requiem per l'acquisizione sanante dopo la pronuncia della Corte Costituzionale*, in *Azienditalia*, 2010, 807; G. VIRGA, *Una possibile "exit strategy" dopo la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43 del T.U. espropriazione per p.u.*, in *www.lexitalia.it*, n. 10/2010; G. D'ELIA, *Note a margine della illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, dell'istituto della «acquisizione sanante»*, in *Foro amm. – CDS*, 2011, 1120 ss.; A. FONTANA, *Note sull'illegittimità dell'art. 43 del d.p.r. n. 327/2001 alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, in *www.giustamm.it*, n. 2/2011; G. IANNI, *L'incostituzionalità dell'art. 43 d.p.r. n. 327 del 2001 e i «rimedi» della giurisprudenza di merito: è possibile il ricorso all'istituto civilistico della specificazione?*, in *Giur. merito*, 2011, 2272 ss.; S. LEONE, *Illegittimità costituzionale dell'articolo 43, d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327: dubbi e soluzioni interpretative*, in *lexitalia.it*, n. 2/2011; G. MIRIAM, *L'incostituzionalità della disciplina dell'acquisizione sanante*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 494 ss.; M. MORELLI, *Il vuoto normativo lasciato dall'abrogazione dell'art. 43 D.p.r. n. 327/01: l'analisi della situazione in atto impone un immediato intervento legislativo*, in *lexitalia.it*, 2/2011; S. SALVAGO, *(Prima) declaratoria di incostituzionalità per la c.d. «acquisizione (coattiva) sanante»*, in *Giust. civ.*, 2011, 305 ss.

<sup>(20)</sup> Si tratta della legge 8 marzo 1999, n. 50 recante «*Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione 1998*» (c.d. Bassanini quater).

<sup>(21)</sup> Proprio in virtù di questi caratteri, che connotavano l'istituto in esame, la Consulta ha affermato che «*la norma in esame non solo è marcatamente innovativa rispetto al contesto normativo positivo di cui era consentito un mero riordino, ma neppure è coerente con quegli orientamenti di giurisprudenza che, in via interpretativa, erano riusciti a porre un certo rimedio ad alcune gravi patologie emerse nel corso dei procedimenti espropriativi*». Dopo aver sottolineato i caratteri che distinguono l'acquisizione sanante dai tradizionali istituti della materia espropriativa e, in particolare, dall'espropriazione indiretta, la Corte sembra riavvicinare le due figure dal punto di vista sostanziale allorché affronta, sia pur incidentalmente, la problematica della dubbia compatibilità della disposizione censurata con la Convenzione eu-

Nondimeno, dalle considerazioni che la Corte ha effettuato incidentalmente, in merito, emerge come la disciplina interna fosse ancora sensibilmente distante dagli orientamenti della giurisprudenza della Corte EDU, che considerava tale istituto contrario al principio di legalità <sup>(22)</sup>.

4. *Il nuovo provvedimento di acquisizione previsto dall'art. 42-bis del testo unico, come introdotto dal d.l. n. 98/2011. Ambito di applicazione della nuova disposizione e differenze rispetto alla disciplina previgente: la previsione di un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale subito dal privato; i maggiori obblighi motivazionali in capo alla p.A.; l'irretroattività del provvedimento di acquisizione. Il rischio di una modesta applicazione spontanea della norma da parte delle Amministrazioni.*

La situazione di estrema incertezza che si era venuta a creare in materia, anche per l'effetto delle diverse e contrastanti pronunce giurisdizionali sul punto, aveva, dunque, reso auspicabile un intervento legislativo che disciplinasse espressamente la fattispecie.

Peraltro, la circostanza che l'art. 43 del testo unico sulle espropriazioni fosse stato dichiarato incostituzionale, per motivazioni di ordine principalmente formale, lasciava aperta la possibilità che i contenuti sostanziali della disposizione venissero in qualche modo ripresi dalla legislazione successiva. Ed infatti, in questa prospettiva, l'art. 34 del d.l. n. 98/2011 («*Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*»), convertito dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, ha introdotto nel d.P.R. n. 327/2011 l'art. 42-bis, rubricato: «*Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*».

Tale disposizione offre la possibilità all'Amministrazione che utilizzi un bene immobile per scopi di pubblico interesse, modificato in assenza di un titolo legittimo, di acquisirlo al proprio patrimonio indisponibile, confer-

---

ropea. Non ritenendo che il fondamento della legittimità della norma fosse ravvisabile nella necessità per lo Stato italiano di adeguarsi al *dictum* della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il giudice delle leggi si limitava a mostrare un «*legittimo dubbio quanto alla idoneità della scelta realizzata con la norma di garantire il rispetto dei principi della CEDU*», poiché la mera trasposizione in legge di un istituto, astrattamente suscettibile di perpetuare le stesse negative conseguenze dell'occupazione "acquisitiva" (su cui si veda, *supra*, il § 2), potrebbe non essere sufficiente a risolvere il grave *vulnus* al principio di legalità. L'innovatività dell'art. 43, cit., era stata, del resto, già rilevata anche dal parere emesso dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, il 29 marzo 2001, cit., in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (specialmente il punto 29.4), secondo cui il provvedimento di acquisizione sanante permetteva di eliminare di netto ogni ipotesi di occupazione usurpativa e di occupazione acquisitiva. In senso analogo, si vedano anche le altre pronunce citate nella nota 13.

<sup>(22)</sup> Si veda, in proposito, quanto osservato nella nota 13.

mando, quindi, anche dopo la pronuncia di incostituzionalità dell'art. 43, la possibilità per l'Amministrazione di disporre, attraverso l'emanazione di un provvedimento, il trasferimento coattivo della proprietà di un bene occupato illegittimamente<sup>(23)</sup>.

L'art. 42-*bis* contiene anche alcuni aspetti innovativi rispetto alla disciplina previgente: innanzitutto esso dispone che l'atto debba essere motivato con riferimento alle "attuali ed eccezionali esigenze di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione", forse proprio al fine di evitare che anche questo potere si trasformi in uno strumento ordinario con cui «*si legalizza l'illegale*»<sup>(24)</sup>. L'obbligo motivazionale diventa, dunque, particolarmente rilevante, non essendo più possibile una generica valutazione di opportunità, dovendo, invece, l'Amministrazione indicare le specifiche circostanze che giustificano tale scelta provvedimentoale, persino evidenziando «*l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione*».

Quanto all'ambito di applicazione, lo strumento previsto dalla norma può essere utilizzato anche nei casi in cui siano stati annullati l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto dichiarativo della pubblica

---

<sup>(23)</sup> Allo stato attuale, quindi, l'Amministrazione che ha illegittimamente occupato un bene privato, trasformandolo attraverso la realizzazione dell'opera pubblica, può legittimamente acquisire il bene facendo uso dei due strumenti tipici previsti dalla legge: con il contratto, acquisendo il consenso del privato, o con il provvedimento, riattivando un nuovo procedimento espropriativo con le sue garanzie. A tali strumenti ora si aggiunge il possibile ricorso all'art. 42-*bis* del testo unico sulle espropriazioni: si veda, su tali possibili scelte dell'Amministrazione, Cons. Stato, Sez. IV, 2 settembre 2011, n. 4970, in *Riv. giur. edil.*, 2011, I, 1748; Tar Campania-Napoli, Sez. V, 8 ottobre 2012, n. 4030, in *Foro amm. – TAR*, 2012, 3247; Tar Toscana-Firenze, Sez. I, 23 ottobre 2012, n. 1707, in *Riv. giur. edil.*, 2012, I, 1238; Tar Sicilia-Palermo, Sez. II, 23 ottobre 2012, n. 2072, in *Foro amm. – TAR*, 2012, 3375; Tar Calabria-Catanzaro, Sez. II, 20 novembre 2012, n. 1125, *ivi*, 2012, 3672; Tar Sicilia-Palermo, Sez. II, 11 gennaio 2013, n. 24, *ivi*, 2013, 303; Tar Campania-Salerno, Sez. II, 17 aprile 2013, n. 897, *ivi*, 2013, 1315; Tar Abruzzo-L'Aquila, Sez. I, 26 aprile 2013, n. 399, *ivi*, 2013, 1255. In particolare, sull'utilizzo dello strumento contrattuale, Tar Sardegna-Cagliari, Sez. II, 4 giugno 2012, n. 557, in *Foro amm. – TAR*, 2012, 2149.

In generale, sul nuovo art. 42-*bis* del testo unico sulle espropriazioni, cfr. C. VARRONE, *L'accessione invertita fa finalmente il suo ingresso nell'ordinamento di settore dalla porta principale*, in [www.gustamm.it](http://www.gustamm.it), n. 9-2011; M. MORELLI, *Il nuovo art. 42-bis del D.P.R. n. 327/01*, in [lexitalia.it](http://lexitalia.it), 7-8/2011; M. NUNZIATA, *Recenti sviluppi in materia di espropriazione per pubblica utilità alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010 e del nuovo art. 42 bis del testo unico sugli espropri*, in *Foro amm. – TAR*, 2011, 3315 ss.; N. D'ALESSANDRO, S. LEONE, *La demanialità del bene quale limite all'applicazione dell'art. 42-bis del T.U. espropriazioni ed alla restituzione del bene nell'ipotesi di occupazione sine titulo*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 7-8/2011.

<sup>(24)</sup> In questi termini si era espresso, con riferimento all'art. 43, il Tar Campania-Napoli, Sez. V, nell'ordinanza n. 730/2008, cit., in *Riv. giur. edil.*, 2008, I, 1284, con cui ha sollevato la questione di legittimità costituzionale del previgente art. 43 T.U.

utilità o il decreto di esproprio <sup>(25)</sup>. Inoltre, la legge prevede espressamente che il provvedimento di acquisizione possa essere adottato anche in pendenza di un giudizio per l'annullamento degli atti del procedimento espropriativo se l'Amministrazione che ha adottato l'atto impugnato lo ritira.

Altra differenza rispetto al regime previgente attiene alla tutela effettivamente spettante ai proprietari illegittimamente espropriati dei rispettivi beni. Mentre l'art. 43, comma 2, lett. c), del testo unico qualificava il ristoro patrimoniale per il privato in termini di risarcimento del danno, l'art. 42-*bis*, comma 1, stabilisce che al proprietario debba essere corrisposto un indennizzo, lasciando così trasparire un superamento dei profili di illegittimità del provvedimento di acquisizione. Inoltre, risolvendo il contrasto giurisprudenziale che si era sviluppato durante la vigenza dell'art. 43 T.U. <sup>(26)</sup>, l'art. 42-*bis* esclude una possibile efficacia retroattiva dell'acquisizione del bene. L'Amministrazione, in altri termini, potrà legittimamente acquisire al proprio patrimonio indisponibile un bene occupato in modo illegittimo ma soltanto con effetti *ex nunc*, ovvero a decorrere dal momento dell'adozione del provvedimento.

La scelta di limitare al periodo successivo all'adozione del provvedimento previsto dall'art. 42-*bis* gli effetti dell'acquisizione, in aggiunta alle nuove norme sui criteri di determinazione del ristoro patrimoniale <sup>(27)</sup>, costituisco-

---

<sup>(25)</sup> Secondo la dottrina, l'applicabilità dell'art. 42-*bis* anche a tali fattispecie, risulta possibile in quanto la pronuncia di annullamento di questi atti costituisce un giudicato sul provvedimento impugnato ma non sul rapporto tra privato e Amministrazione: così C. VARRONE, *L'accessione invertita fa finalmente il suo ingresso nell'ordinamento di settore dalla porta principale*, op. cit., in *www.giustamm.it*, n. 9-2011; nello stesso senso M. NUNZIATA, op. cit., specialmente 6. In giurisprudenza, in tal senso, espressamente Tar Sicilia-Catania, Sez. II, 11 giugno 2012, n. 1498, in *Foro amm. – TAR*, 2012, 2138 secondo cui l'art. 42-*bis* del d.P.R. n. 327 del 2001, fa salvo il potere di acquisizione sanante in capo all'Amministrazione, regolando in termini di autonomia i rapporti tra potere amministrativo di acquisizione in sanatoria e processo amministrativo, consentendo l'emanazione del provvedimento 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, ancora, il decreto di esproprio od anche, «*durante la pendenza di un giudizio per l'annullamento degli atti impugnati, se l'Amministrazione li ritira*»; nello stesso senso, Tar Puglia-Lecce, Sez. I, 16 luglio 2012, n. 1283, in *Riv. giur. edil.*, 2012, 966.

<sup>(26)</sup> Si veda la nota 17.

<sup>(27)</sup> Sui criteri di quantificazione del danno subito dal privato in conseguenza dell'illegittima occupazione possono vedersi: Tar Sicilia-Catania, Sez. II, 8 giugno 2012, n. 1462, in *Foro amm. – TAR*, 2012, 2133; Tar Puglia-Bari, Sez. II, 3 agosto 2012, n. 1575, *ivi*, 2012, 2512; Tar Liguria-Genova, Sez. I, 5 novembre 2012, n. 1373, *ivi*, 2012, 3487; Tar Molise-Campobasso, Sez. I, 27 dicembre 2012, n. 785, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2013, 63; Tar Sicilia-Palermo, Sez. III, 28 dicembre 2012, n. 2781, in *Foro amm. – TAR*, 2012, 4039; Tar Campania-Napoli, Sez. V, 16 aprile 2013, n. 1985, *ivi*, 2013, 1293; Tar Puglia-Bari, Sez. I, 3 maggio 2013, n. 684, *ivi*, 2013, 1722; Tar Calabria-Catanzaro, Sez. I, 25 giugno 2013, n. 707, *ivi*, 2013, 2115; Tar Puglia-Bari, Sez. III, 4 luglio 2013, n. 1092, in

no sicuramente delle garanzie ulteriori rispetto a quelle previste dall'art. 43 dichiarato incostituzionale. Si tratta di un aspetto molto rilevante perché, come già ricordato, pur non avendo l'art. 43 superato il vaglio di costituzionalità per ragioni di ordine formale, in quella sede il giudice delle leggi aveva mostrato un «*legittimo dubbio quanto alla idoneità della scelta realizzata con la norma di garantire il rispetto dei principi della CEDU*»<sup>(28)</sup>.

Tuttavia, lo stringente obbligo motivazionale sull'assenza di alternative e, per altro verso, la condizione sospensiva al passaggio della proprietà del bene rappresentato dal pagamento dell'indennizzo entro trenta giorni dall'adozione del provvedimento, costituiscono elementi che rischiano di limitare il ricorso degli enti pubblici a tale strumento. L'applicazione della norma da parte delle Amministrazioni potrebbe essere ulteriormente ridotto per effetto della previsione di cui al comma 7 della stessa disposizione, secondo cui l'autorità che emana il provvedimento di acquisizione deve darne comunicazione, entro trenta giorni, alla Corte dei conti. E infatti, una tale disposizione sembra rievocare profili di responsabilità contabile, che potrebbero intimorire i pubblici funzionari, quanto meno con riferimento alle somme che l'erario dovrà liquidare a titolo risarcitorio per il periodo di occupazione senza titolo<sup>(29)</sup>.

---

*www.giustizia-amministrativa.it*. Peculiare è la sentenza Tar Toscana-Firenze, Sez. I, 7 febbraio 2013, n. 179, in *Foro amm. – TAR*, 2013, 463, ove si afferma: «*In caso di procedura espropriativa con occupazione d'urgenza del fondo, non seguita da decreto di esproprio, il risarcimento per l'illecita occupazione deve essere calcolato, in assenza di ulteriori elementi probatori, con riferimento agli interessi legali sul valore del fondo medesimo per ciascun anno di occupazione considerato. Non è applicabile il criterio di cui all'art. 42 bis, d.P.R. n. 327 del 2001, poichè è dettato in specifico per l'acquisizione senza titolo da parte dell'autorità espropriante, senza possibilità di estensione al di fuori di tale fattispecie*»; spunti interessanti anche in Cons. Stato, Sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3455, in *Foro amm. – CDS*, 2013, 1618, secondo cui, nel caso di acquisizione, da parte dell'Amministrazione, del bene di proprietà del privato ai sensi dell'art. 42-bis del d.P.R. n. 327 del 2001, spetta all'interessato un indennizzo per la perdita della proprietà e la controversia relativa all'*an* e al *quantum* di questa soggiace alla giurisdizione del giudice ordinario; nel medesimo senso, Tar Abruzzo-L'Aquila, Sez. I, 26 aprile 2013, n. 393, in *Foro amm. – TAR*, 2013, 1254. Si veda, inoltre, più recentemente, Cons. Stato, Sez. IV, 30 settembre 2013 n. 4871, in *www.lexitalia.it*, n. 10/2013, con riferimento ai danni conseguenti alla irreversibile trasformazione del fondo agricolo.

<sup>(28)</sup> In particolare, richiamando i principi elaborati dai giudici di Strasburgo, la Corte costituzionale aveva affermato che «*non è affatto sicuro che la mera trasposizione in legge di un istituto, in astratto suscettibile di perpetuare le stesse negative conseguenze dell'espropriazione indiretta, sia sufficiente di per sé a risolvere il grave vulnus al principio di legalità*».

<sup>(29)</sup> Su tali aspetti, M. MORELLI, *Art. 42 bis del D.p.r. n. 327/01: ma perché non un nuovo procedimento di esproprio?*, in *lexitalia.it*, n. 10/2011.

5. *I possibili profili di illegittimità costituzionale dell'art. 42-bis T.U. e la dubbia compatibilità della stessa disposizione con il sistema sovranazionale: la violazione dei principi di legalità, uguaglianza e solidarietà sociale.*

Se, dunque, per certi versi, la nuova acquisizione “sanante” risolve alcuni problemi applicativi che si erano posti dopo la pronuncia di incostituzionalità dell'art. 43, dall'altro, essa ripropone i medesimi dubbi di costituzionalità e di compatibilità con il sistema sovranazionale già avanzati nei confronti dell'art. 43, cit. Per ovvie ragioni di economia del presente scritto, non è possibile esaminare tutti gli aspetti menzionati: ci si limiterà ad alcuni punti che – ad avviso di chi scrive – appaiono maggiormente pertinenti con i temi dell'opera collettanea in cui il presente contributo risulta inserito («Dialogo tra Corti e nuove frontiere della responsabilità»).

In primo luogo, va sottolineato il contrasto della disposizione con i principi di legalità ed uguaglianza nonché la dubbia costituzionalità, anche in relazione all'art. 117 Cost., per violazione della CEDU.

Se si volge uno sguardo al passato, non è difficile scorgere la *ratio* dell'acquisizione sanante, individuabile nella necessità di risolvere quelle situazioni – invero assai problematiche dal punto di vista pratico – in cui l'autorità espropriante abbia posto in essere un procedimento di esproprio illegittimo o, addirittura, nullo. In tali casi, la realizzazione di un'opera ha un costo, a volte anche molto elevato per poter concedere al privato una reintegrazione in forma specifica; si aggiunga, poi, che il costo non si misura soltanto in termini meramente patrimoniali, ma anche in termini di disservizi per la collettività, che deriverebbero dalla rimozione dell'opera già fruita.

All'origine dell'istituto dell'acquisizione “sanante”, non vi sono, però, solo evidenti ragioni di opportunità <sup>(30)</sup>: come già ricordato, l'acquisizione

---

<sup>(30)</sup> Cfr. L. PRESUTTI, *L'espropriazione indiretta tra principio di legalità e abuso del potere legislativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 1294-1295, secondo cui l'acquisizione sanante e l'espropriazione indiretta sarebbero caratterizzate da un'identica *ratio*, in quanto dettate da «evidenti ragioni di opportunità». In particolare, sull'*iter* logico seguito dai giudici della Suprema Corte di Cassazione, che inaugurarono, nell'ormai lontano 1983, l'istituto dell'accessione invertita, cfr. F. VOLPE, *Le espropriazioni amministrative senza potere*, cit., 74 (nota 2), il quale ricorda che l'estensore della famosa sentenza delle Sezioni Unite n. 1464/1983, Bile, qualche tempo dopo, ha rivelato alcuni fattori che hanno influenzato la Corte in tale occasione: «Nel caso deciso dalla Corte si trattava dell'Autostrada del Sole, la quale era tranquillamente aperta, tutti noi ci camminavamo, e il decreto di espropriazione era arrivato dopo dieci anni. È una realtà strana da accettare. E allora nel quadro di quel tentativo di comporre gli interessi a volta a volta contrapposti dei pubblici poteri e del cittadino [...] a cui le Sezioni Unite sono abbastanza attente, ecco in questa prospettiva l'idea base che è dietro la sentenza è questa: non si può ignorare che, anche se attraverso un illecito, sul suolo privato è nata un'opera pubblica, e quindi è impossibile pensare ad una demolizione» (la citazione è



sanante è nata anche sotto le pressioni della Corte di Strasburgo, per cancellare definitivamente un istituto inaccettabile in ragione della violazione del principio di legalità<sup>(31)</sup>.

Resta ora da chiedersi se la mera trasposizione in norma di un istituto sostanzialmente contrario ad ogni principio di legalità sia sufficiente a garantire il principio che si vuole tutelare.

Se si interpretasse il principio di legalità come la mera osservanza di un dettato legislativo ciò comporterebbe la sua totale irrilevanza, sul piano costituzionale poiché, in tal modo, nessuna norma sarebbe mai suscettibile di essere dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale per violazione del principio di legalità.

Affinché l'enunciazione del principio di legalità possa avere una reale portata precettiva, anche in relazione ad una norma costituzionale, non è sufficiente che esso sia inteso come conformità "formale" ad una norma di legge ma occorre accogliere una accezione "sostanziale" dello stesso principio<sup>(32)</sup>, la quale implica la necessità che le leggi mostrino la coerenza tale da non consentire la violazione di altre leggi<sup>(33)</sup>; detto altrimenti, «*La legalità è legalità non soltanto quando la regola è tradotta in legge ma solo quando è voluta ed avvertita dal tessuto sociale come doverosa, in quanto*

tratta da F. BILE, *Intervento alla tavola rotonda su «La responsabilità per lesione di interessi legittimi»*, in *Foro amm.*, 1982, I, 1684). Tale profilo è evidenziato anche da C. FALCONE, *Occupazione Acquisitiva e Principio di Legalità*, Napoli, 2002, 49, la quale in tale contesto afferma che «ovviamente, ciò non vale affatto a negare che il caso sottoposto alle Sezioni Unite nel 1983 fosse profondamente drammatico».

<sup>(31)</sup> Si vedano le pronunce citate nelle note 13 e 14.

<sup>(32)</sup> La nozione, qui prospettata, di legalità "sostanziale" non appare del tutto coincidente con quella accolta dalla prevalente dottrina, secondo cui con detta nozione si intende, invece, fare riferimento alla necessità che l'Amministrazione agisca non solo entro i limiti di legge, ma altresì in conformità della disciplina sostanziale posta dalla legge stessa, la quale incide anche sulle modalità di esercizio dell'azione e, dunque, penetra all'interno dell'esercizio del potere: cfr. E. CASETTA, op. cit., 45-47.

<sup>(33)</sup> Sotto tale profilo, appaiono tutt'oggi convincenti le considerazioni espresse, più di trent'anni fa, da M. BORLANDI, *Magistratura*, in P. FARNETTI (a cura di) *Il mondo contemporaneo – Politica e società*, Firenze, 1979, 527, secondo cui «l'affermazione che un potere può essere legittimo ed esigere l'obbedienza per il solo fatto di essere legale, cioè in virtù della legalità formale delle sue prescrizioni, è in effetti insostenibile ove si ammetta un qualunque concetto razionale della legge per il quale è il contenuto materiale della legge a discriminare ciò che è legge da ciò che non lo è». Nel medesimo senso, cfr. A. LIPPI e M. MORISI, *Scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005, 271-273, secondo i quali «lo stato di diritto affermatosi nella cultura liberale ha smarrito la radice dello Stato kantiano di ragione e ha conservato invece quella dello Stato servus delle sue proprie leggi [...] in cui il diritto ha il solo valore della certezza e della libertà conseguente alle sicure, stabili e prevedibili prescrizioni della norma giuridica positivamente posta o riconosciuta come vigente. Non anche il valore della giustizia. Non è uno stato di legittimità ma soltanto di legalità».

*espressiva del principio di ragionevolezza»* <sup>(34)</sup>. Ne deriva che il principio di legalità è violato non solo quando un atto o un comportamento non sia conforme alla legge, ma soprattutto quando una norma legittima la violazione di altre norme.

Tali profili sono stati chiaramente messi in luce dalla già citata ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 441/2014 <sup>(35)</sup>, che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 42-*bis*. In particolare, l'ordinanza della Cassazione muove da un principio fondamentale: quello secondo cui l'espropriazione può essere disposta solo in presenza di specifiche ragioni di interesse pubblico, come sancito dall'art. 43 Cost.; principio che trova, peraltro, piena corrispondenza nell'art. 1, primo protocollo addizionale della CEDU, e nell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, secondo cui ogni ingerenza nel diritto di proprietà deve trovare giustificazione in una «*causa di pubblica utilità*».

Questo principio non appare rispettato dall'art. 42-*bis*, che prescinde totalmente da una “predeterminazione delle ragioni di pubblico interesse”, che dovrebbero giustificare il sacrificio del diritto di proprietà del privato, consentendo un'espropriazione indiretta sulla base di una situazione di fatto, determinatasi per effetto di un comportamento illegittimo dell'Amministrazione in violazione non solo del principio di legalità ma anche della rigida e complessiva disciplina del testo unico espropriazioni <sup>(36)</sup>.

Ma c'è di più: la disposizione consente l'acquisizione del bene, sia nel caso in cui la procedura espropriativa sia stata violata, sia nel caso in cui essa sia stata del tutto omessa, attribuendo ad un procedimento espropriativo illegittimo o addirittura inesistente il medesimo effetto traslativo di un procedimento perfettamente legittimo; e ciò in violazione del principio di eguaglianza, che vuole che situazioni analoghe siano trattate allo stesso modo e situazioni diverse in maniera diversa <sup>(37)</sup>.

Una norma di questo genere, che legittima la violazione di altre norme, appare contraria non soltanto ai principi di legalità ed uguaglianza ma anche al principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., configurando, secondo taluni <sup>(38)</sup>, addirittura un'ipotesi di abuso del potere legislativo.

<sup>(34)</sup> La citazione è rinvenibile in A. LIPPI e M. MORISI, op. cit., 271-273.

<sup>(35)</sup> Consultabile in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>(36)</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., n. 441/2014, cit., par. 5 dei motivi della decisione.

<sup>(37)</sup> Si veda, ancora, la citata ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 441/2014, par. 5 e ss. della parte motiva.

<sup>(38)</sup> Tale principio – è stato sottolineato – «dovrebbe impedire al legislatore di produrre atti normativi che legalizzano la violazione di altre norme per avvantaggiare un soggetto che infrange le regole a discapito di quello che le rispetta [...] Se la legge rappresenta la garanzia per il privato che il potere autoritativo venga esercitato nei suoi confronti entro limiti prede-

Né si dica che la portata precettiva dell'art. 42-*bis* è in qualche modo assimilabile a quella dell'art. 21-*octies*, co. 2, l. n. 241/1990, che legittima i vizi di forma e di procedura, qualora siano inidonei ad incidere sul contenuto del provvedimento (<sup>39</sup>). Un tale effetto "sanante" (in questo caso, ricollegabile alla motivazione "postuma" del provvedimento di acquisizione) appare del tutto inammissibile in relazione ad ipotesi di occupazione "usurpativa", che corrispondono, nella sostanza, a procedimenti nulli (e/o inesistenti) e, dunque, per definizione, non convalidabili; ma nemmeno possono essere emendati i vizi di tipo sostanziale (errori o travisamenti, difetto d'istruttoria, ecc.) (<sup>40</sup>) che spesso ricorrono nelle ipotesi di occupazione "acquisitiva", giacché, anche in tal caso, le violazioni legittimate dall'art. 42-*bis* non sono soltanto violazioni formali ma sono violazioni che fanno la differenza sul risultato dell'azione amministrativa.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, pare di poter concludere che la disciplina dell'acquisizione sanante di cui all'art. 42-*bis*, in realtà, non si scrolla di dosso una certa somiglianza con il vecchio istituto dell'«accessione invertita» perché maschera con una parvenza di legalità un'illegalità sostanziale, consentendo, altresì, all'Amministrazione di trarre vantaggio da un proprio comportamento contra *ius*. E poiché – come ripetutamente affermato dalla Corte di Strasburgo – una «legalizzazione

---

terminati da una norma, non può essere la legge stessa a legittimare la violazione di quei limiti; così come se è la legge che garantisce il buon andamento dell'azione amministrativa non può essere la legge stessa a legittimare il cattivo esercizio del potere»: così L. PRESUTTI, op. cit., 1294-1295.

(<sup>39</sup>) Sulla disciplina dell'art. 21-*octies* cfr., *ex multis*, M. BREGANZE, *Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo nelle nuove «norme generali sull'azione amministrativa»*, in *La legge di modifica del procedimento amministrativo e le norme generali sull'azione amministrativa*, Venezia-Mestre, 2006, 94; F.G. SCOCA, *Considerazioni introduttive sulla legge di modifica del procedimento*, *ivi*, 26; D. CORLETTI, *Vizi «formali» e poteri del giudice amministrativo*, 2006, 68; D.U. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-*octies* della l. n. 241/90*, in *www.giustamm.it*, n. 9/2006 e, della stessa Autrice, *Violazione delle norme sul procedimento e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, 214; A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della l. n. 241/1990*, in *www.giustamm.it*, n. 2/2005; M. D'ORSOGNA, in N. PAOLANTONIO, POLICE, ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla l. n. 241/1990 riformata dalla leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 605; G. BERGONZINI, *Art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, 231-264.

(<sup>40</sup>) Sulla convalida, in diritto amministrativo, cfr. i fondamentali contributi di P. RAVÀ, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova, 1937; G. SANTANIELLO, *Convalida (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 503 ss.; L. MAZZAROLLI, *Convalida dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 1; M. GHETTI, *Conferma, convalida e sanatoria degli atti amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 347; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, 2001, 1596-1599; E. CASSETTA, op. cit., 637-638.

dell'illeale» non è consentita né ad una norma di legge <sup>(41)</sup>; né tantomeno ad un provvedimento attuativo di una disposizione di legge, si ritiene auspicabile un'abrogazione o, comunque, una radicale modifica dell'art. 42-bis.

6. *Il rapporto tra la nuova disciplina contenuta nell'art. 42-bis e l'istituto dell'usucapione. L'incerta compatibilità tra l'istituto civilistico e le ipotesi di occupazione sine titulo: la mancanza dei requisiti essenziali per usucapire la proprietà (il possesso pacifico e pubblico; l'animus rem sibi habendi).*

Posta la natura permanente dell'illecito <sup>(42)</sup> e la conseguente possibilità, per il privato, di richiedere la restituzione del bene, anche a distanza di anni,

---

<sup>(41)</sup> Cfr., in tal senso, Corte EDU, 17 gennaio 2005, n. 43662/98/2005, *Scordino c. Italia* n. 3; Id., 13 ottobre 2005, n. 67198/01/2005, *Serrao c. Italia*; Id., 15 novembre 2005, n. 64111/00/2005, *Dominici c. Italia*; Id., 15 novembre 2005, n. 58386/00/2005, *La Rosa e Alba c. Italia* n. 3; Id., 12 gennaio 2006, n. 14793/02/2006, *Sciarrotta e altri c. Italia*; Id., 23 febbraio 2006, n. 35638/03/2006, *Immobiliare Cerro S.a.s. c. Italia*; Id., 30 marzo 2006, n. 35941/03/2006, *Gianni e altri c. Italia*; Id., 20 aprile 2006, n. 176/04/2006, *De Sciscio/Italia*; Id., 22 giugno 2006, n. 213/04/2006, *Ucci c. Italia*; Id., 13 luglio 2006, n. 12894/04/2006, *Zaffuto e altri c. Italia* (tutte consultabili in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it)). Alle sentenze citate si aggiungono quelle che, pur non riguardando la questione specifica della accessione invertita, hanno condannato l'Italia per violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU: tra le più recenti, cfr. Corte EDU, 20 gennaio 2009, n. 75909/01/2009, *Sud fondi S.r.l. e altri c. Italia*, in *Giur. it.*, 2009, 2398 ss., con nota di M. ROBLES, *La "nuova" proprietà: ovvero il "governo dei diritti" nel "dialogo" tra Corti*. Si vedano, inoltre, in argomento, G. TUCCI (a cura di), *Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo, dall'accessione invertita alla «confisca urbanistica»*, Bari, 2009 e R. PETRUSO, *L'Affaire Punta Perotti davanti la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 243 ss. nonché, per ulteriori spunti, G. RAMACCIONI, *Ecomostro e diritti umani*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 501 ss.

<sup>(42)</sup> Secondo Cons. Stato, Sez. V, 2 novembre 2011, n. 5844, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 42-bis del testo unico sulle espropriazioni, «la distinzione tra occupazione appropriativa ed usurpativa (quella realizzata in assenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità), invocata dagli appellanti per ottenere una diversa misura del risarcimento del danno, ha perso di significato sia con riferimento alla giurisprudenza (nel senso che residuano al giudice ordinario le sole ipotesi in cui al origine manchi del tutto una dichiarazione di pubblica utilità dell'opera) che alla decorrenza del termine di prescrizione trattandosi nei due casi di un illecito permanente come affermato dalla più recente giurisprudenza amministrativa (aderendo alle argomentazioni svolte in più occasioni dalla Corte europea dei diritti umani e, di recente, Cons. St., sez. IV, 27 giugno 2007 n. 3752, 16 novembre 2007, n. 5830 e 30 novembre 2007, n. 6124). L'unico elemento di differenziazione ancora esistente riguarda invero l'individuazione del dies a quo di commissione dell'illecito posto che, in caso di occupazione usurpativa, esso va fatto decorrere dal momento dell'immissione in possesso da parte dell'amministrazione mentre, in caso di occupazione appropriativa, dalla scadenza del termine di occupazione legittima del terreno (ciò rileva al

addirittura decenni, appare, a questo punto, naturale interrogarsi sul rapporto tra la disciplina di cui all'art. 42-*bis* e l'istituto dell'usucapione, quale mezzo in virtù del quale, per effetto del possesso protratto per un ventennio in maniera ininterrotta, non violenta e non clandestina, si produce l'acquisto della proprietà e dei diritti reali di godimento a titolo originario e gratuito in capo alla p.A.

Come si è detto, il legislatore nazionale è intervenuto, con l'art. 42-*bis* del testo unico sulle espropriazioni, a dettare una soluzione possibile al problema delle espropriazioni "illegittime", prevedendo che la p.A. possa acquistare la proprietà di un immobile occupato (e modificato) illegittimamente, attraverso un provvedimento di carattere non retroattivo, «*assimilabile ad un decreto di esproprio, di fatto, tardivo, capace di superare i "limiti" del passato*»<sup>(43)</sup>.

Va, poi, aggiunto, solo incidentalmente, che lo stesso art. 42-*bis* dispone, al comma 4, che le p.A. possono fare applicazione di tale norma in quanto il provvedimento acquisitivo sia fondato sull'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione. Ebbene, alla luce di tali disposizioni, ci si domanda se l'usucapione possa rappresentare una ragionevole alternativa all'art. 42-*bis* (44), anche in considerazione delle difficoltà che obiettivamente gli enti pubblici – oggi alle prese più che mai con casse vuote – potrebbero incontrare, in sede di applicazione della nuova disciplina, laddove si trovassero nella situazione di dover giustificare, dal punto di vista erariale, una spesa per espropri non eseguiti: come giustificare l'adozione di un atto acquisitivo oneroso per la p.A., potendo fare ricorso ad un modo di acquisto a titolo originario e gratuito? Si darebbe luogo, con molta probabilità, ad un operato facilmente censurabile sotto il profilo erariale (45).

Questo problema, che, peraltro, potrebbe concretamente porsi, a seguito di una eventuale pronuncia di incostituzionalità dell'art. 42-*bis*, cit., è stato specificatamente affrontato da un certo orientamento della giurisprudenza

---

*fine di individuare il momento in cui misurare il valore venale ai fini della quantificazione del risarcimento del danno*)».

(43) Si veda, in proposito, M. MORELLI, *Usucapione della P.A.? Un passaggio obbligato se ne ricorrono i presupposti*, (commento a Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia, Sez. Giurisdizionale, 14 gennaio 2013, n. 9), in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 1/2013, § 2.

(44) Si tratta, peraltro, di un tema spesso trascurato dalla dottrina. Tra i pochi scritti in argomento, possono ricordarsi F. VOLPE *Considerazioni brevi sui limiti della giurisdizione esclusiva in materia di espropriazione*, cit., 285 ss.; A. SANAPO, *Brevi note sui rapporti fra usucapione e occupazione usurpativa*, in *Foro amm. – TAR*, 2004, 2344 ss.; M. MORELLI, *Usucapione sì o usucapione no? Nota di commento della sentenza n. 1402 del 5 luglio 2012 del TAR Palermo*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 7-8/2012 e, dello stesso Autore, *Usucapione dalla P.A.? Un passaggio obbligato se ne ricorrono i presupposti*, cit.

(45) Alle medesime conclusioni giunge M. MORELLI, *Usucapione della P.A.? Un passaggio obbligato se ne ricorrono i presupposti*, cit., § 2.

amministrativa, già richiamato in precedenza, che, in più occasioni, ha affermato a chiare lettere, che «*deve ritenersi possibile [...] l'usucapione da parte della Pubblica Amministrazione in presenza dei presupposti di cui all'art. 1158 c.c. (possesso ininterrotto, non violento, non clandestino, da oltre un ventennio) ed alle condizioni di cui al D.Lgs. n. 28/2010, con possibilità di un risparmio di spesa dovendosi corrispondere solo danno non patrimoniale e da mancato utilizzo*»<sup>(46)</sup>. Secondo questo orientamento, laddove ne ricorrano i presupposti, non vi sarebbe dubbio che le p.A., a seguito di una procedura espropriativa, seppur illegittima, possa acquisire la proprietà di un bene privato, applicando l'istituto civilistico dell'usucapione<sup>(47)</sup>.

A parere di chi scrive, tale orientamento giurisprudenziale, che configura l'usucapione come modo di acquisto della proprietà di immobili modificati

---

<sup>(46)</sup> Cfr. Tar Campania-Napoli, Sez. V, 24 luglio 2013, n. 3879, in *www.giustizia-amministrativa.it*, specialmente il punto 5 della parte motiva. In questo senso, si vedano, ad es., Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia, Sez. Giurisdizionale, 14 gennaio 2013, n. 9, in *Foro amm.* – CDS, 2013, 277; Tar Sicilia-Palermo, Sez. III, 21 gennaio 2011, n. 115, in *Foro amm.* – TAR, 2011, 285; Id., Sez. II, 1 febbraio 2011, n. 175, *ivi*, 2011, 645; Id., Sez. III, 6 dicembre 2011, n. 2278, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., Sez. III, 5 luglio 2012, n. 1402, in *Foro amm.* – TAR, 2012, 2578; Tar Puglia-Lecce, Sez. III, 19 giugno 2013, n. 1422, *ivi*, 2013, 2105; Id., Sez. I, 16 luglio 2012, n. 1283, in *Riv. giur. edil.*, 2012, 966; *contra*, ad es., Tar Lazio-Roma, Sez. II-bis, 2 ottobre 2009, n. 9557, in *Guida al dir.*, 2009, fasc. n. 44, 72; Tar Puglia-Lecce, Sez. III, 27 agosto 2013, n. 1802, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Precedenti in tal senso si rinvencono anche nella giurisprudenza ordinaria: cfr. Cass. Civ., Sez. II, 28 giugno 2000, n. 8792, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1425; Id., sez. III, 8 settembre 2006, n. 19294, *ivi*, 2006, 9; Id., Sez. III, 26 giugno 2008, n. 17570, *ivi*, 2008, 1035; Id., Sez. II, 24 febbraio 2009, n. 4434, in *Guida al dir.*, 2009, fasc. n. 15, 65; Id., Sez. I, 4 luglio 2012, n. 11147, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 878.

<sup>(47)</sup> In particolare, secondo questo orientamento, l'usucapione – quale modo di acquisto a titolo originario e gratuito della proprietà di immobili – sarebbe pienamente applicabile dalla p.A. per i propri interventi di pubblica utilità in tre ordini di ipotesi, a ciascuna delle quali corrisponde un diverso “*dies a quo*”, a partire dal quale inizia a decorrere il termine ventennale necessario per il maturare dell'usucapione. Una prima ipotesi è quella delle vecchie occupazioni usurpative pure, ossia di casi in cui, in via di mero fatto, la p.A. inizia ad occupare un bene altrui. Una seconda ipotesi è quella della mancata adozione di un provvedimento di esproprio nei termini previsti dalla dichiarazione di pubblica utilità, ossia i vecchi casi che davano vita alle c.d. occupazioni acquisitive; in tali circostanze, l'iniziale detenzione del fondo, non utile ai fini dell'acquisto della proprietà per usucapione, rende necessario un atto di c.d. interversione del possesso, ossia di cambiamento dell'iniziale detenzione in possesso. La interversione, secondo la giurisprudenza in esame, si realizzerebbe dinanzi alla protrazione dei lavori sul fondo per la realizzazione dell'opera pubblica o all'utilizzazione dell'opera *ivi* realizzata; verificandosi il mutamento della detenzione in possesso, *ex art.1141, comma 2, c.c.*, inizierà a decorrere il termine utile per realizzare l'acquisto a titolo originario ai sensi dell'articolo 1158 c.c. La terza ipotesi è quella della immissione in possesso in esecuzione di un decreto di esproprio annullato, in un secondo momento, dal giudice amministrativo; si tratta dei vecchi casi di c.d. occupazione usurpativa spuria, per i quali il giudice amministrativo ritiene che il possesso dell'immobile da parte della p.A., utile (anzi necessario) per l'usucapione, inizi a decorrere dall'entrata nella disponibilità delle aree.

senza titolo dalla p.A., presenta aspetti di criticità, sui quali vale la pena qui soffermarsi, sia pure brevemente.

Innanzitutto, sembra mancare il primo requisito fondamentale necessario per usucapire la proprietà, ovvero il possesso pacifico e pubblico <sup>(48)</sup>; come può una occupazione originariamente illegittima (perché disposta in assenza di previa dichiarazione di pubblica utilità o in presenza di altre violazioni procedurali) o divenuta tale successivamente (perché protrattasi oltre i termini di legge) considerarsi pacifica?

In tali ipotesi, non è facile sottrarsi al convincimento – autorevolmente condiviso – che *«di un'aggressione si tratta, comunque si guardi al fenomeno dell'occupazione, a prescindere dalla «dose» di illegalità, più o meno massiccia, che caratterizza l'operato dell'amministrazione»* <sup>(49)</sup>.

Ma, anche ammettendo che l'usucapione sia configurabile quale titolo di acquisto di un bene occupato illegittimamente, sarebbe quantomeno opportuno circoscriverne la portata applicativa alle ipotesi di occupazione "usurpativa": ipotesi che risultano maggiormente compatibili con la configurazione civilistica dell'istituto (stante l'assenza di un provvedimento amministrativo che legittima l'esercizio del potere ablativo da parte dell'ente occupante) <sup>(50)</sup>.

---

<sup>(48)</sup> Tale opinione sembra trovare conferma nel consolidato orientamento della giurisprudenza civile, secondo cui ai fini dell'usucapione ordinaria di beni immobili è richiesto un possesso continuo, pacifico, pubblico, non interrotto, non equivoco, accompagnato dall'animo di tenere la cosa come propria, che si protragga per oltre venti anni, cui corrisponda per la stessa durata la completa inerzia del proprietario, il quale si astenga dall'esercitare le sue potestà e non reagisca al potere di fatto esercitato dal possessore: cfr., ad es., Cass. Civ., Sez. II, 21 maggio 2001, n. 6910, in *Foro it.*, 2001, I, 3161; Id., Sez. II, 30 settembre 2005, n. 19186, in *www.iusexplorer.it*; Tribunale di Salerno, Sez. II, 14 giugno 2010, n. 1380, *ivi*; Tribunale di Novara, 23 marzo 2011, n. 243, *ivi*. Particolarmente significativa, con riguardo ai rapporti tra usucapione ed espropriazione, è la pronuncia Tar Liguria-Genova, Sez. I, 5 marzo 2009, n. 278, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 1632, ove si afferma che il c.d. «*possesso pacifico ed incontrastato*», necessario ai fini dell'acquisto della proprietà per usucapione, non sussiste allorquando l'impresa delegata per le attività di occupazione d'urgenza abbia considerato costantemente la controparte come legittima proprietaria, tanto da invitarla a presenziare al sopralluogo prodromico all'immissione in possesso. In tale caso, secondo il Tar Liguria, l'eventuale possesso, anche se protratto per oltre vent'anni, non ha le caratteristiche richieste dalla legge per determinare l'acquisto della proprietà *ad usucapionem*.

<sup>(49)</sup> Si aderisce, qui, all'opinione di V. DOMENICHELLI, op. cit., 850.

<sup>(50)</sup> Cfr., ad es., Cass. Civ., Sez. I, 4 luglio 2012, n. 11147, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 878, secondo cui «*L'occupazione usurpativa di un fondo da parte della P.A., infatti, è compatibile con l'usucapione del fondo medesimo da parte dell'ente occupante, in quanto la totale assenza dei presupposti di esercizio del potere ablativo, che connota detta occupazione, lascia intatta la facoltà del proprietario di rivendicare il bene, col limite di diritto comune dell'intervenuta usucapione*»; nello stesso senso, Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia, 14 gennaio 2013, n. 9, in *Foro amm.* – CDS, 2013, 277. Nello stesso senso, M. MORELLI, *Usucapione della P.A.? Un passaggio obbligato se ne ricorrono i presupposti*, cit., § 1, il quale, tutta-

Invero, nell'ipotesi di occupazione acquisitiva sorretta da valida dichiarazione di pubblica utilità, difetterebbe anche il c.d. elemento psicologico che qualifica il possesso “*ad usucapionem*” (ovvero l'*animus rem sibi habendi*), giacché, in tale ipotesi, l'Amministrazione non detiene con l'animo di tenere la cosa come propria, bensì detiene il bene in vista del perfezionamento della procedura di espropriazione: ma non è affatto detto che tale detenzione sia inevitabilmente destinata a mutarsi in possesso (c.d. interversione) come sembra adombrare l'orientamento in esame<sup>(51)</sup>. Basti pensare al caso in cui gli atti del procedimento espropriativo siano impugnati dal privato, nell'ambito di un contenzioso con l'Amministrazione e gli stessi siano stati sospesi dal giudice amministrativo in sede cautelare. In tale ipotesi, occorrerebbe attendere la decisione di merito per conoscere la “*sorte*” del bene espropriato. Nel frattempo, l'Amministrazione perderebbe non solo il possesso, ma anche la detenzione del bene, cosicché ne verrebbe impedito l'acquisto per usucapione.

Non è, tuttavia, questa l'unica ipotesi in cui appare lecito dubitare della bontà delle conclusioni della giurisprudenza amministrativa qui esaminata; perché residuano, comunque, soluzioni transattive con le quali la p.A., anziché “passare” per un giudizio tendente all'accertamento del maturarsi dei presupposti per l'usucapione, potrebbe ottenere il consenso alla cessione gratuita dai privati certo col limite, in quest'ultimo caso, dell'acquisto a titolo derivativo piuttosto che originario quale, appunto, l'usucapione<sup>(52)</sup>.

Quanto appena sostenuto trova, del resto, conferma nel tradizionale – e più condivisibile – orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui i provvedimenti di occupazione di urgenza comportano la mera detenzione della cosa altrui, vuoi perché sono per legge finalizzati ad una apprensione del bene soltanto temporanea, in vista della futura emanazione del de-

---

via, si pone, in termini dubitativi, sulla questione, domandosi cosa debba intendersi per possesso non violento della p.A. e se sia rispettato il requisito dell'art. 1158 c.c. (possesso pacifico e pubblico) da una condotta acquisitiva di fatto della p.A.

<sup>(51)</sup> Si veda, in particolare, Tar Campania-Napoli, Sez. V, n. 3879/2013, cit., in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), specialmente il punto 5 della parte motiva.

<sup>(52)</sup> Cfr., in tal senso, M. MORELLI, *Usucapione della P.A.? Un passaggio obbligato se ne ricorrono i presupposti*, cit., § 3, il quale, evidenziando i limiti dell'art. 42-bis del d.P.R. n. 327/2001, aggiunge: «sarebbe stato preferibile che il legislatore avesse scritto la norma facendo “salvi gli effetti dell'usucapione». Ed è proprio l'assenza di una previsione legislativa che contempra l'usucapione quale rimedio “alternativo” alla disciplina di cui all'art. 42-bis, a creare i maggiori problemi interpretativi per chi è chiamato alla scelta tra acquisizione “sanante” ed acquisto *ad usucapionem*; ed il dubbio diventa tanto maggiore ove ci si raffronti con alcuni precedenti giurisprudenziali: tra gli altri, si segnalano le pronunce Tar Lazio-Roma, Sez. II, 14 gennaio 2009, n. 162, cit., in *Foro amm.* – TAR, 2009, 135 e Tar Lazio-Roma, Sez. II-bis, 2 ottobre 2009, n. 9557, cit., in *Guida al dir.*, 2009, fasc. n. 44, 72, che hanno escluso l'applicazione dell'usucapione, in via generalizzata.



creto di esproprio, vuoi – soprattutto – perché implicano il riconoscimento della proprietà altrui (*contemplatio domini*), prevedendo la corresponsione di una apposita indennità di occupazione ai proprietari iscritti negli atti catastali, notificatari – proprio in quanto tali – del decreto, cosicché in tal caso l'Amministrazione occupante non ha l'*animus possidendi* che vale ai fini dell'usucapione <sup>(53)</sup>.

*7. I profili di giurisdizione; ambito e limiti della cognizione incidentale del giudice amministrativo sull'eccezione di intervenuta usucapione sollevata dalla p.A. in relazione a beni occupati sine titulo.*

Una riflessione ulteriore può essere fatta con riguardo all'individuazione del giudice munito di giurisdizione in ordine alla eccezione di intervenuta usucapione, avanzata dalla p.A. in relazione ad un ricorso con il quale i proprietari di un fondo, a seguito dello spirare del periodo di occupazione legittima avvenuta nell'ambito di un procedimento espropriativo, abbiano chiesto la restituzione del fondo stesso.

Anche sotto tale profilo, un orientamento – piuttosto recente – della giurisprudenza amministrativa afferma che il Tribunale amministrativo è competente a decidere circa l'eccezione di intervenuta usucapione sia, in via principale – essendo tale questione riconducibile alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *ex art. 133, comma 1, lett. g), c.p.a.* – sia, in via incidentale, stante il disposto di cui all'art. 8, comma 1, c.p.a. A tale proposito, l'orientamento citato rileva che, anche nel caso in cui si ritenga che la pronuncia sull'usucapione non rientri nell'ambito rimesso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. g), c.p.a., non essendo la specifica questione riconducibile, anche mediatamente, all'esercizio del pubblico potere (perché, ad es., si verte, in un caso di occupazione "usurpativa"), cionondimeno deve ritenersi che «*se il giudice amministrativo può conoscere in via incidentale di tutte le questioni pregiudiziali relative a diritti ai sensi dell'art. 8 c.p.a. nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva, a maggior ragione ne può conoscere alla stessa stregua nelle materie in cui ha giurisdizione esclusiva*» <sup>(54)</sup>.

---

<sup>(53)</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 29 luglio 2010, n. 3596, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Liguria, Sez. I, 20 aprile 2010, n. 1833, *ivi*; Tar Sicilia-Palermo, Sez. III, 5 luglio 2012, n. 1402, cit., in *Foro amm. – TAR*, 2012, 2578.

<sup>(54)</sup> Cfr. Cfr. Tar Campania-Napoli, Sez. V, 24 luglio 2013, n. 3879, cit., specialmente il punto 5 della parte motiva.

Tali affermazioni, anche se in linea con un orientamento non isolato del giudice amministrativo (sviluppatosi soprattutto in ambito siciliano) <sup>(55)</sup> sembrano destare più di una perplessità nell'interprete, in specie quando attribuiscono – sempre e comunque – la cognizione, in via incidentale, sull'eccezione di intervenuta usucapione al giudice amministrativo.

Come sottolineato anche da altri, l'art. 8, comma 1, disciplina soltanto il potere del giudice amministrativo sulle questioni concernenti diritti soggettivi che si atteggiavano come pregiudiziali alla decisione di controversie relative a interessi legittimi, e non si occupa, invece, del suo potere su questioni, del pari concernenti diritti soggettivi, che siano pregiudiziali alla decisione di questioni relative a diritti soggettivi devoluti alla sua giurisdizione esclusiva <sup>(56)</sup>.

Non si può, peraltro, escludere che, qualora la questione principale concerna un diritto soggettivo, sia, comunque, configurabile, rispetto ad essa, una questione pregiudiziale <sup>(57)</sup> relativa ad un diritto soggettivo <sup>(58)</sup>.

---

<sup>(55)</sup> Cfr., ad esempio, Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia, Sez. Giurisdizionale, 14 gennaio 2013, n. 9, cit., in *Foro amm. – CDS*, 2013, 277; Id., 8 maggio 2013, n. 449, *ivi*, 2013, 1445; Tar Puglia-Lecce, Sez. III, 19 giugno 2013, n. 1422, in *Foro amm. – TAR*, 2013, 2105; Id., Sez. I, 16 luglio 2012, n. 1283, in *Riv. giur. edil.*, 2012, 966; Id., Sez. I, 21 febbraio 2013, n. 384, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Tar Sicilia-Palermo, Sez. III, 5 luglio 2012, n. 1402, in *Foro amm. – TAR*, 2012, 2578 e le altre pronunce citate nella nota 46.

<sup>(56)</sup> Cfr., in tal senso, C. CACCIAVILLANI, *Cognizione incidentale e questioni pregiudiziali*, in B. SASSANI e R. VILLATA (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, 2012, 996.

<sup>(57)</sup> Nella disciplina processuale assume rilievo la distinzione tra “questione pregiudiziale” e “causa pregiudiziale”; mentre la prima, cui si ha riguardo nella presente sede, attiene a un punto controverso che può essere deciso dal giudice (della questione principale) in via incidentale, e con efficacia limitata al giudizio in corso; la causa pregiudiziale, concerne anch'essa un profilo pregiudiziale contestato, che deve, però, essere deciso in via principale in un autonomo giudizio, di cui ne costituisce l'oggetto esclusivo: si veda, su tale distinzione, D. D'ORSOGNA, *Lo svolgimento del processo di primo grado*, Sezione quarta: *La fase decisoria*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2013, 407. In generale, su cognizione incidentale e questioni pregiudiziali, si vedano le fondamentali opere di: G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, 359 ss. e, dello stesso Autore, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 1156; A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, specialmente 197 ss.; S. SATTA, voce *Accertamento incidentale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 244; V. DENTI, voce *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 676; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 812; A. ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, specialmente 195 ss. e, dello stesso Autore, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 496 ss.; e, più recentemente, S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 82 ss.; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino, 2005, 98 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2010, 236 ss.; C. CACCIAVILLANI, *op. cit.*, 995 ss.

Dunque, nel caso di specie, non si può, cioè, escludere che il giudice amministrativo, nell'ambito di un contenzioso proposto avverso atti relativi ad un procedimento espropriativo (e, dunque, in sede di giurisdizione esclusiva), sia investito dalla p.A. resistente della eccezione di intervenuta usucapione del fondo occupato.

Anzi, come emerge dall'ampia casistica giurisprudenziale, sempre più frequentemente, le Amministrazioni tendono a fare ricorso a questo "espediente", allo scopo di sanare situazioni di occupazione illegittima.

Giova, tuttavia, sottolineare, che non sempre il giudice amministrativo può conoscere, in via incidentale, di questioni relative a diritti.

In base alle costanti acquisizioni dottrinali e giurisprudenziali – dalle quali non vi è ragione di discostarsi – il giudice amministrativo, nella cognizione incidentale dei diritti civili può svolgere indagini sulla titolarità e sul contenuto di essi, senza, tuttavia, sconfinare nella tutela dei diritti riservata all'autorità giurisdizionale ordinaria<sup>(58)</sup>.

In particolare, per quanto riguarda la proprietà immobiliare e i diritti reali immobiliari, il giudice amministrativo può solo valutare gli atti in cui è documentato il diritto (quali: contratti scritti, libri e registri immobiliari, ecc.),

---

<sup>(58)</sup> Cfr. C. CACCIAVILLANI, op. cit., 996-997, secondo cui «*Nel silenzio della legge processuale amministrativa, onde individuare in che modo e con quali limiti le questioni pregiudiziali (beninteso diverse da quelle indicate nell'art. 8, comma 2, c. proc. amm.) relative a diritti costituiscano oggetto di cognizione da parte del giudice amministrativo che sia chiamato a dirimere una controversia su diritti soggettivi, è necessario guardare alle disposizioni dettate dal codice di rito civile per la decisione delle questioni pregiudiziali nei processi concernenti diritti soggettivi, ossia alle disposizioni contenute nell'art. 34 c.p.c.*». L'Autrice prosegue, sottolineando che «*sussistono infatti le condizioni ora fissate dall'art. 39 c. proc. amm. per l'operatività del c.d. rinvio esterno alle disposizioni del codice di procedura civile rappresentate dall'assenza di una disciplina specifica nella legge processuale amministrativa e dall'essere, la disciplina recata dall'art. 34 c.p.c., espressione di principi generali (per le ragioni che saranno esaminate infra, sub § 2)*».

<sup>(59)</sup> Non sembra inutile ricordare che, in passato, tale potere del giudice amministrativo era visto con sfavore perché si riteneva che, con esso, il giudice amministrativo si intromettesse nella giurisdizione del giudice ordinario. La questione è stata, tuttavia, ben presto superata grazie ad autorevoli opinioni dottrinali, che hanno ritenuto necessario attribuire al giudice amministrativo poteri cognitori su questioni attinenti a diritti ed espressamente incidentali, al fine di garantire il lineare svolgimento del processo: cfr., in argomento, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 359 ss. e, dello stesso Autore, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 1156. Successivamente, come è noto, la suddetta disposizione è stata formalmente introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 7 del R.D. 30 dicembre 1923, n. 2840, istitutiva della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ed è stata successivamente trasfusa nell'art. 28 del testo unico del Consiglio di Stato e ribadita nell'art. 8 della legge Tar (prima di essere inserita nell'art. 8 c.p.a., cit.); si veda, su tale ricostruzione storica, V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 684; F. CARINGELLA, *Codice amministrativo*, Roma, 2009, 1835 e G.F. NICODEMO, *Commento all'art. 8*, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, Terni, 2010, 169 ss.

mentre non può valutare atti o fatti modificativi delle situazioni giuridiche, come usucapioni, prescrizioni, devoluzioni o manifestazioni atipiche di volontà contrattuale. L'attività sottesa a questo tipo di accertamento – secondo il consolidato orientamento del Consiglio di Stato – esula da una cognizione di tipo incidentale, consentita al giudice amministrativo, oggi, *ex art. 8 c.p.a.* <sup>(60)</sup>.

Certo, seguendo il ragionamento sviluppato da alcune più recenti pronunce, ci si potrebbe “aggrappare” al dato testuale dell'art. 8, comma 1, c.p.a. per affermare che, se il giudice, nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva, può conoscere di questioni pregiudiziali relative a diritti soggettivi, a maggior ragione può farlo qualora ne sia investito in sede di giurisdizione esclusiva <sup>(61)</sup>.

Ma, a parere di chi scrive, è questa una evidente forzatura del disposto dell'art. 8, cit., che appare in contrasto con il tradizionale – e più prudente – orientamento della giurisprudenza amministrativa, sopra citato <sup>(62)</sup>, che individua proprio nell'usucapione uno dei limiti invalicabili della *cognitio* incidentale esperibile dal giudice amministrativo in materie altrimenti devolute al giudice ordinario <sup>(63)</sup>. Pertanto, è ipotizzabile, nel caso in cui una delle parti chieda che il sindacato si estenda a tale questione, che il giudice amministrativo debba disporre la sospensione del processo ai sensi degli artt. 295 c.p.c. e 79 c.p.a., declinando, su tale questione, la propria giurisdizione in favore del giudice ordinario (dovendo in tal caso l'accertamento spingersi sino

---

<sup>(60)</sup> Cfr., in tal senso, ad es., Cons. Stato, Sez. V, 4 maggio 1995, n. 700, in *Cons. Stato*, 1995, I, 706; Id., Sez. IV, 11 febbraio 2003, n. 736, in *Giur. it.*, 2003, 1021; Id., Sez. IV, 22 settembre 2003, n. 5398, in *Foro amm. – CDS*, 2003, 2549; Id., Sez. VI, 27 febbraio 2008, n. 713, *ivi*, 2008, I, 564; Id., Sez. IV, 24 marzo 2009, n. 1769, *ivi*, 2009, 700; Tar Lombardia-Brescia, 7 settembre 1999, n. 769; Tar Calabria-Catanzaro, 15 gennaio 2002, n. 17, entrambe reperibili in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Lombardia-Milano, Sez. II, 26 aprile 2006, n. 1050, in *Foro amm. – TAR*, 2006, 1207; Tar Abruzzo-Pescara, Sez. I, 5 novembre 2009, n. 663, *ivi*, 2009, 3210; Tar Catania-Sicilia, Sez. IV, 23 novembre 2009, n. 1905, *ivi*, 2009, p. 3288; Tar Puglia-Bari, Sez. I, 3 maggio 2013, n. 684, *ivi*, 2013, 1722.

<sup>(61)</sup> Cfr. Tar Campania-Napoli, Sez. V, 24 luglio 2013, n. 3879, cit., specialmente il punto 5 della parte motiva.

<sup>(62)</sup> Particolarmente significativa in tal senso è la già citata sentenza del Cons. Stato, Sez. V, 4 maggio 1995, n. 700, in *Cons. Stato*, 1995, I, 706, alla quale si rifà il conforme orientamento giurisprudenziale successivo, pure citato nella nota 60.

<sup>(63)</sup> Perplexità in ordine alla cognizione, da parte del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, di questioni relative al diritto di proprietà (come, ad es., l'accertamento dell'intervenuta usucapione) sono state espresse anche da F. VOLPE, *Considerazioni brevi sui limiti della giurisdizione esclusiva in materia di espropriazione*, cit., 296 ss., il quale – aderendo ad una nozione di giurisdizione esclusiva «limitata al rigido criterio della materia» - ritiene che il giudice amministrativo, in tale sede, possa conoscere «di quei soli diritti soggettivi che trovano fonte necessaria in un atto inerente al procedimento di espropriazione e che, viceversa, non trovino fonte in circostanze o titoli la cui cognizione generale spetti all'A.G.O.».

a comprendere l'esistenza ovvero l'inesistenza del diritto di proprietà; il che è precluso al giudice amministrativo) <sup>(64)</sup>. Qualora, invece, la questione sia proposta in via principale davanti al giudice amministrativo, questo non potrà che declinare la propria giurisdizione con riguardo all'intera controversia, adottando i provvedimenti di cui all'art. 11 c.p.a.

Peraltro, una più approfondita riflessione sull'argomento, da parte del legislatore, sembra ancor oggi necessaria, anche sulla scorta della ricostruzione operata dall'orientamento che afferma la cognizione in via incidentale da parte del giudice amministrativo sull'eccezione di intervenuta usucapione sollevata dal soggetto espropriante, nell'ambito di un giudizio amministrativo vertente sugli atti della procedura espropriativa. Questo orientamento sembra, infatti, tradire un'incertezza di fondo (o, forse, più semplicemente, la consapevolezza della "forzata" lettura dell'art. 8 c.p.a. introdotta per suo tramite), laddove, in alcune sentenze, si afferma che «*al giudice ordinario, per contro, sono devolute tutte le controversie relative all'accertamento del possesso ventennale ininterrotto necessario per l'usucapione in quanto, ove l'interesse di parte ricorrente fosse da correlarsi unicamente al dedotto diritto di proprietà derivante dall'acquisto a titolo originario per intervenuta usucapione, sulla controversia deve pronunciarsi il giudice ordinario*» <sup>(65)</sup>.

8.1. *Gli spunti provenienti dagli altri ordinamenti europei: a) la positiva esperienza del Regno Unito, in cui l'immissione in possesso del bene viene subordinata all'esito del giudizio dinanzi ai Land Tribunals o alla stipulazione di uno specifico accordo; b) l'attenzione, ancora maggiore, dell'ordinamento tedesco alla predisposizione di strumenti atti a favorire la definizione, in via amichevole, della procedura di esproprio.*

Posto che neppure l'usucapione sembra rappresenta una valida alternativa alla disciplina di cui all'art. 42-bis, sembra utile volgere lo sguardo alle legislazioni di altri Stati membri dell'Unione europea, al fine di ricavarne alcuni possibili spunti applicativi anche nel nostro sistema. A tale scopo, l'indagine sarà circoscritta a Francia, Germania, Regno Unito e Spagna, che presentano delle soluzioni particolarmente interessanti sotto tale profilo.

---

<sup>(64)</sup> La medesima soluzione appare praticabile tanto nel caso in cui sia l'Amministrazione ad eccepire la sopravvenuta usucapione, quanto nell'ipotesi in cui spetti al privato sollevare la questione, avendo egli mantenuto il possesso dell'immobile: si veda, su tale profilo, F. VOLPE, *Considerazioni brevi sui limiti della giurisdizione esclusiva in materia di espropriazione*, cit., 293 ss.

<sup>(65)</sup> Così, ancora, Tar Campania-Napoli, Sez. V, 24 luglio 2013, n. 3879, cit., punto 5 della parte motiva.

Tra le procedure espropriative che più si differenziano dalla nostra, appaiono meritevoli di particolare attenzione quella prevista dal Regno Unito, in cui l'immissione in possesso viene subordinata alla definizione della procedura in via amichevole o alla risoluzione definitiva della controversia giudiziale.

Nel Regno Unito, in particolare, l'espropriazione per pubblica utilità in Gran Bretagna è stata disciplinata in modo generale dal *Acquisition of Land Act* del 1981. Va subito sottolineato che la procedura è sempre sottoposta ad un controllo accentrato a livello governativo, in quanto ogni procedimento deve essere autorizzato da un Ministro competente. In taluni casi particolari, è necessaria addirittura l'autorizzazione del Parlamento: ad es., nei casi in cui l'area da espropriare appartenga ad un ente locale o faccia parte del patrimonio indisponibile (*National trust*); ovvero nell'ipotesi in cui si tratti di un luogo aperto e di uso comune, a meno che non venga assicurata la sostituzione con un altro spazio; infine se si tratti di siti di antichi monumenti o archeologici. Più in dettaglio, la procedura si articola in due fasi: quella di autorizzazione dell'esproprio e quello di determinazione della "compensation", ovvero dell'indennizzo, con contestuale trasferimento del diritto di proprietà. Il primo passo della fase autorizzatoria è – come si diceva – un "order" da parte della amministrazione precedente, il quale non ha effetti nei confronti del proprietario espropriato, e serve solo a dare avvio alla procedura. Esso deve contenere l'esatta indicazione del terreno da espropriare e va pubblicato sui giornali locali e notificato a ciascuno dei proprietari. Vanno quindi lasciati almeno 21 giorni per la formulazione di eventuali obiezioni. Se nessuno dei proprietari formula obiezioni, l'ordine viene confermato dal Ministro competente; se anche uno solo dei proprietari obietta, va fissata un'audizione (*hearing*) con l'autorità espropriante e i proprietari, oppure viene convocata una "public inquiry" alla quale tutte le persone interessate possono partecipare. La *public inquiry* si svolge dinanzi ad un ispettore nominato dal ministro <sup>(66)</sup>, secondo norme approvate nel 2007: the *Compulsory Purchase (Inquiries Procedure) Rules*.

Il Ministro, quindi, deve decidere se confermare l'ordine, tenendo conto delle obiezioni mosse e dei risultati dell'udienza o nell'incontro pubblico e del *report* dell'ispettore, dal quale può in teoria anche discostarsi. La conferma ministeriale (*compulsory purchase order*), che deve essere notificata agli interessati e motivata, segna la fine della fase di autorizzazione. Essa è sottoposta a *judicial review* secondo un regime speciale e più restrittivo rispetto a tutte le altre ipotesi di *judicial review*: può, infatti, essere impugnata entro 6 settimane (anziché negli ordinari 3

---

<sup>(66)</sup> Si tratta di un tecnico, un ingegnere o architetto, che può anche effettuare sopralluoghi sull'area da espropriare e dinanzi al quale le parti possono presentare le proprie osservazioni.

mesi) dalla pubblicazione dell'atto di conferma dinanzi alla Sezione specializzata della *High Court* che si occupa solo di *judicial review* (*Administrative court*) e può essere contestata solo se esorbita dai poteri attribuiti dalla legge sull'acquisizione dei suoli ("*is not within the powers of this Act*") oppure per violazione di prescrizioni contenute nella stessa legge ("*any requirement of this act has not been complied with*")<sup>(67)</sup>. La sospensione cautelare è concessa molto raramente. Cionondimeno le Amministrazioni, di norma, non procedono nelle operazioni di esproprio temendo che l'atto possa essere annullato e che siano proposte eventuali azioni di danno<sup>(68)</sup>.

Dopo la fase di autorizzazione, per giungere al trasferimento del bene, l'autorità procedente può seguire due procedure: quella del *Notice to treat* o quella del *General vesting order*. E' tuttavia possibile anche iniziare con la procedura del *Notice to treat* e poi spostarsi su quella del *General vesting order*<sup>(69)</sup>.

Secondo la prima procedura, va effettuata, da parte dell'Amministrazione espropriante, una diffida a trattare per la determinazione dell'indennizzo e per il trasferimento del bene ("*notice to treat*"). In questa fase, l'autorità espropriante può anche decidere di tirarsi indietro, entro 6 settimane, se ritiene che il valore del terreno sia troppo elevato. A seguito dell'avvio di queste trattative si può addivenire, con l'accordo del proprietario, ad un vero e proprio contratto di vendita. Il proprietario deve però dimostrare il proprio titolo e trasferire la proprietà del bene. Se non si addivene ad alcun accordo, la procedura continua per la determinazione della "*compensation*" d'anzi al giudice e le relative controversie sono di competenza dei *Land Tribunals* (un po' come avviene da noi, con il giudizio di opposizione alla stima, dinanzi alla Corte d'Appello). L'espropriante può pagare la somma determinata anche direttamente dinanzi al giudice, se il proprietario rifiuta di accettarla, ottenendo un documento unilaterale di compravendita con il quale la

---

<sup>(67)</sup> Si discute, in dottrina, per stabilire quali siano in concreto queste violazioni di legge che possono esser fatte valere: si tratta in primo luogo del classico atto "*ultra vires*", in secondo luogo, di minori irregolarità procedurali. In pratica, il giudice valuterà: 1) se l'atto è *ultra vires*, ovvero esorbita i limiti del potere attribuito dalla legge; 2) se sono state commesse violazioni procedurali; 3) se l'ispettore o il Ministro non hanno assunto una corretta decisione, in quanto non ci sono prove a supporto della decisione intrapresa o sono state prese in considerazione ragioni irrilevanti e trascurati profili di rilievo. Naturalmente anche l'autorità espropriante potrà impugnare, per gli stessi motivi, un eventuale atto di rifiuto di conferma. Si veda, su tali profili, M.L. MADDALENA, *L'espropriazione per pubblica utilità in Europa, alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: esperienze nazionali a confronto*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 6/2014, 9.

<sup>(68)</sup> Secondo Sir W. WADE, *Administrative law*, Oxford, 1994, 756, si tratta, in sostanza, di una "sospensione virtuale".

<sup>(69)</sup> Per maggiori approfondimenti al riguardo si veda Sir W. WADE, *op. cit.*, 756.

proprietà viene definitivamente acquisita dall'espropriante. Dopo il *notice to treat*, l'autorità espropriante può comunicare un "*notice to entry*", nel quale rende nota la data in cui prenderà possesso del fondo (entro tre giorni dalla notifica). In ogni caso, l'acquisto del titolo di proprietà avverrà solo all'esito del giudizio dinanzi ai *Land Tribunals* o mediante accordo.

La procedura alternativa è quella della "*General Vesting order*" o "*declaration*", che è una procedura autoritativa che consente non solo l'immissione in possesso del bene da parte dell'autorità espropriante ma anche il trasferimento coattivo della proprietà prima ancora che la *compensation* venga pagata, acquisto che si verifica non prima del ventottesimo giorno dalla comunicazione dell'atto. Si tratta, in questo caso, di un procedimento di urgenza, analogo a quello disciplinato dall'art. 22-*bis* del nostro T.U. espropriazioni. La differenza – notevole – rispetto alla nostra occupazione d'urgenza attiene al fatto che, nel Regno Unito, essa è comunque soggetta alla conferma del *compulsory purchase order* e, dunque, alla definizione – in via bonaria o giudiziale – del contenzioso eventualmente pendente (in modo da evitare l'insorgenza di fenomeni di occupazione *sine titulo*).

Sempre guardando agli altri sistemi, suggerimenti e idee vengono dall'ordinamento tedesco, che si caratterizza per un'attenzione ancora maggiore alla predisposizione di strumenti per favorire la definizione, in via amichevole, della procedura di esproprio.

In tale ambito assume un rilievo fondamentale la c.d. clausola di sussidiarietà, che impone all'Amministrazione di tentare di ottenere l'acquisto della proprietà in altri modi prima di ricorrere all'espropriazione (mediante un accordo o anche una riallocazione del terreno). In sostanza, l'Amministrazione deve provare di non essere riuscita ad ottenere il terreno in altro modo. L'Amministrazione deve inoltre dimostrare di non poter perseguire la finalità pubblica con misure meno invasive della proprietà, ad esempio espropriando solo una parte del terreno o mediante l'imposizione di servitù. Pertanto, in primo luogo l'autorità espropriante deve presentare una "ragionevole offerta" al proprietario. Si tratta di un passaggio di enorme importanza: infatti se questa offerta è effettivamente ragionevole, e tuttavia non viene accettata, essa costituirà un limite per la quantificazione dell'indennizzo ed eventuali incrementi di valore del bene intervenuti successivamente saranno irrilevanti. In questo modo vengono scoraggiate tattiche dilatorie. Se, invece, il tribunale riconoscerà che l'offerta non era



ragionevole, la procedura espropriativa non potrà proseguire se non a seguito della presentazione di una nuova "ragionevole offerta" <sup>(70)</sup>.

Spesso, sulla base dell'urgenza, il richiedente può essere immesso nel possesso dell'area prima della conclusione della procedura; tuttavia, in questo caso, a differenza che da noi, egli deve previamente versare la somma offerta come "offerta ragionevole" nella mani dell'autorità procedente. La quantificazione dell'indennizzo, secondo le linee guida entrate in vigore nel 2008, deve contemperare il privato e pubblico interesse, ma deve comunque fondarsi sul principio di equivalenza, per cui l'espropriato deve essere messo in grado di acquistare un terreno della stessa qualità e caratteristiche. La determinazione del valore del bene secondo i prezzi di mercato viene affidato a un comitato di esperti, riconosciuto in modo ufficiale, e la valutazione è fatta secondo criteri *standard*. La data per la determinazione del valore è quella dell'atto di trasferimento della proprietà o – se vi è stata immissione anticipata nel possesso – quella dello spossessamento. Vanno, inoltre, computati eventuali ulteriori danni: per esempio, dovuti al frazionamento del terreno, perdita di profitti e costi per il dislocamento dell'attività in altro sito, perdita della clientela ecc. <sup>(71)</sup>

---

<sup>(70)</sup> Cfr., in argomento, W. VOSS, *Compulsory Purchase in Poland, Norway and Germany – Part Germany, TS 3F – Compulsory Purchase and Compensation I*, consultabile in [www.fig.net](http://www.fig.net).

<sup>(71)</sup> Un caso particolarmente interessante, in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo si è occupata del diritto tedesco in materia di esproprio è quello concernente l'esproprio senza indennizzo dei c.d. "nuovi contadini" della ex Germania dell'est, i quali erano stati assegnatari di terre a seguito della riforma agraria durante il regime comunista. Una legge tedesca, adottata dopo la riunificazione (1992) aveva statuito che i *Land* potessero espropriare senza indennizzo queste terre a meno che gli attuali proprietari, eredi dei "nuovi contadini", non svolgessero più attività agricola. La Corte, ribaltando il giudizio della Camera del 22 febbraio 2004, nella sentenza della Grande Camera del 30 giugno 2005 (*Jahn ed altri c. Germania* [GC], nn. 46720/99, 72203/01 e 72552/01, § 94, Corte EDU 2005-VI, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)), ha ritenuto che ricorressero nel caso di specie quelle eccezionali circostanze che giustificano l'esproprio senza indennizzo, trattandosi di regolamentare il passaggio dall'economia socialista al regime di libero mercato. A questo scopo la Corte ha richiamato la propria giurisprudenza che riconosce un amplissimo margine di apprezzamento discrezionale allo Stato nazionale in caso di adozione di particolari misure di pubblico interesse, giustificando un indennizzo non uguale al valore integrale del bene, soprattutto se la privazione del dominio sia connessa a progetti di nazionalizzazione e non a singoli provvedimenti di esproprio (caso *Lithgow e altri c. Regno Unito*, 8 luglio 1986, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), concernente la nazionalizzazione delle industrie navali, in rapporto al quale la Corte aveva ritenuto non illegittima la previsione di un indennizzo inferiore al valore di mercato). Più di recente, cfr. Corte EDU, 16 novembre 2004, *Bruncrona c. Finlandia*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), § 68: «In this connection, the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value will normally constitute a disproportionate interference that cannot be justified under Article 1 of Protocol No. 1. This provision does not, however, guarantee a right to full compensation in all circumstances, since legitimate objectives of "public interest" may call for less than reimbursement of the full mar-

8.2. *Le maggiori analogie con l'esperienza italiana delle soluzioni adottate da Francia e Spagna: la questione della regolarizzazione dell'espropriazione di fatto (voie de fait o via de hecho); il "temperamento" del principio dell'intangibilità dell'opera pubblica, soprattutto attraverso un coinvolgimento dell'autorità giudiziaria già nella fase del procedimento. Prospettive applicative nel nostro sistema delle espropriazioni.*

Maggiori analogie con l'esperienza italiana presentano, invece, le soluzioni adottate da Francia e Spagna, le quali, senza teorizzare esplicitamente l'espropriazione indiretta, anzi formalmente ripudiandola, giungono poi in sostanza agli stessi risultati.

In questa prospettiva, anche in Francia – analogamente a quanto avviene nel Regno Unito – il primo atto della procedura è costituito dalla dichiarazione di pubblica utilità, che deve essere adottata all'esito di una *enquête public* <sup>(72)</sup>, vale a dire di una inchiesta pubblica <sup>(73)</sup>, effettuata da un

---

ket value». Cfr. U. DEUTSCH, *Expropriation without Compensation – the European Court of Human Rights sanctions German Legislation expropriating the Heirs of "New Farmers"*, in *German Law Journal* Vol. 06 No. 10, in [www.germanlawjournal.com](http://www.germanlawjournal.com). Si veda, inoltre, sul punto M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, 220 e 228, ove si dà atto che nel diritto internazionale proprio le nazionalizzazioni hanno progressivamente ridotto il principio del pagamento integrale dell'esproprio.

<sup>(72)</sup> Per la disciplina dell'*enquête publique*, contenuta nel *Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique* (modificato, da ultimo, il 27 marzo 2014), si veda soprattutto *Chapitre I, Titre I, Articles* da L.11-1 a L. 11-1-2.

<sup>(73)</sup> L'istituto dell'inchiesta è disciplinato, oltre che nel *Code de l'expropriation*, anche nel *Code de l'urbanisme* (Articles L. 121-1 ss.) e nel *Code de l'environnement* (Articles da L. 123-1 a L. 123-19). Sulla disciplina dell'*enquête publique* nel *Code de l'urbanisme*, cfr. il recente lavoro di A. SIMONATI, *La partecipazione dei privati al governo del territorio nella giurisprudenza amministrativa francese: enquête publique e Z.A.C.*, in *Riv. giur. urb.*, 2014, 84 ss. In generale, sull'argomento, cfr., in dottrina, A. DE LAUBADÈRE, *Réforme de l'enquête publique*, in *Actualité Juridique – Droit Administratif*, 1976, 363 ss.; R. HOSTIOU, *Enquêtes publiques, Loi n. 83-630 du 12 juillet 1983: Démocratisation des enquêtes publiques et protection de l'environnement*, in *Actualité Juridique – Droit Administratif*, 1983, 606 ss.; J. CAILLOSSE, *Enquête publique et protection de l'environnement*, in *Revue Juridique de l'Environnement*, 1986, 151 ss.; A. GIVAUDAN, *Prolifération des enquêtes publiques et régression de l'état de droit*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 1986, 247 ss.; J.P. COLSON, *La réforme des enquêtes publiques en France*, *ivi*, 1993, 223 ss.; *Id.*, *La démocratisation des enquêtes et ses limites structurelles*, in *Géomètre*, 1998, août/septembre, 30 ss.; J.-C. HÉLIN, *La loi "paysages" et le droit des enquêtes publiques*, in *Actualité Juridique – Droit Administratif*, 1993, 776 ss.; R. HOSTIOU, J.C. HÉLIN, *Droit des enquêtes publiques*, Paris, Le Moniteur, 1993; P. ZAVOLI, *La démocratie administrative existe-t-elle? Plaidoyer pour une refonte de l'enquête publique et du referendum local*, in *Revue de Droit Public*, 2000, 1495 ss.; J.M. PONTIER, *La démocratie de proximité: les citoyens, les élus locaux et les décisions locales*, in *Revue Administrative*, 2002, 160 ss.; B. JADOT (sous la direction de), *La participa-*

commissario o da una commissione di inchiesta, nella quale si perviene, nel contraddittorio con i proprietari, a determinare le particelle da espropriare (vi sono, tuttavia, regole speciali per l'inchiesta pubblica in caso di opere di impatto ambientale). Il provvedimento è adottato, di norma, dal Prefetto o dal Ministro mentre le modalità di svolgimento dell'inchiesta pubblica sono disciplinate con decreto del *Conseil d'Etat* <sup>(74)</sup>. La dichiarazione di pubblica utilità, adottata all'esito dell'inchiesta pubblica, deve contenere una precisa illustrazione del carattere di pubblica utilità dell'opera <sup>(75)</sup>.

In estrema sintesi, il secondo passaggio della procedura espropriativa francese concerne il trasferimento di proprietà, che può avvenire o su accordo delle parti o in via autoritativa, mediante un'ordinanza pronunciata non dall'Amministrazione (come avviene nel nostro Paese) ma dal giudice dell'espropriazione, designato nell'ambito dei magistrati appartenenti al *Tribunal de grande instance*, che appartiene all'ordine giudiziario ordinario <sup>(76)</sup>. L'ordinanza di trasferimento della proprietà, essendo un provvedimento di natura giurisdizionale, può essere impugnata solo mediante ricorso per Cassazione per i vizi di incompetenza, eccesso di potere e vizio di forma. In assenza di accordo tra le parti, il giudice dell'espropriazione determina anche l'indennizzo dovuto <sup>(77)</sup> con un provvedimento che può essere impugnato dinanzi alla Corte d'appello, la cui decisione è suscettibile ancora di ricorso

---

*tion du public au processus de decision en matière d'environnement et d'urbanisme, Actes du colloque organize le 27 mai 2004 par le Centre d'étude du droit de l'environnement (CEDRE) des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, Bruylant, 2005. Per un'analisi dell'enquête nell'ambito degli istituti partecipativi "tradizionali" del diritto amministrativo francese cfr., ad es., nella dottrina recente, J. MORAND-DEVILLER, Vers une démocratie administrative délibérative. Consultation, concertation, participation, in Foro amm. – TAR, 2011, 4179 ss.*

<sup>(74)</sup> Sempre con decreto del *Conseil d'Etat* sono individuate le categorie di lavori e di opere che devono essere dichiarate di interesse pubblico (si tratta di autostrade, aeroporti, canali di navigazione, creazione o prolungamento di linee ferroviarie nazionali di lunghezza superiore a 20 km, centrali elettriche, ecc. ovvero di tutte le opere di maggiore rilevanza): *Code de l'expropriation, Article L.11-2.*

<sup>(75)</sup> *Code de l'expropriation, Articles L. 11-4, L. 11-5.*

<sup>(76)</sup> *Code de l'expropriation, Articles da L. 12-1 a L. 12-5.*

<sup>(77)</sup> L'indennizzo deve coprire interamente il pregiudizio diretto, materiale e certo causato dall'espropriazione. Vanno, inoltre, risarcite le spese accessorie (spese per l'acquisto di un bene analogo, spese per lo spostamento dell'impresa in un altro sito, ecc.). Il pregiudizio morale, invece, non è indennizzabile: cfr., in tal senso, *Conseil constitutionnel*, 21 gennaio 2011, n. 2010-87 QPC, in [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr), e, in dottrina, S. FIAT, *La douleur morale de l'exproprié ne s'indemnise pas*, in *Gazette du palais*, 2011, n. 54-55, 9-11; H. HOEFFNER, *L'absence de réparation du préjudice moral ne viole pas la Constitution*, in *Droit administratif*, 2011, n. 3, 44-48; S. MARCILLOUX-GIUMMARRA, *Le Conseil constitutionnel et l'indemnisation du préjudice résultant de l'expropriation: acte I ?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2011, n. 87, 601-608.

per Cassazione <sup>(78)</sup>. Anche qui, nei casi di urgenza, il giudice può fissare l'indennizzo o un ammontare provvisorio e disporre immediatamente l'immissione in possesso.

I tratti salienti della procedura di espropriazione in Francia sono, dunque, rappresentati, in primo luogo, dal coinvolgimento dell'autorità giudiziaria (il giudice dell'espropriazione) tanto nella fase di determinazione dell'indennizzo quanto in quella di trasferimento del bene, nonché di immissione in possesso.

Altro aspetto di enorme interesse è il ruolo centrale svolto dal *Conseil d'Etat* nella fase di adozione della dichiarazione di pubblica utilità per le opere di maggiore impatto e, comunque, il forte sindacato da parte del giudice amministrativo su tale atto <sup>(79)</sup>, anche quando esso viene adottato dal Ministro o dal Prefetto. La problematica che da noi ha dato vita all'istituto della acquisizione "sanante" viene semplicemente risolta dai giudici francesi - come anche da quelli spagnoli (su cui *infra*) - nell'ambito di definizione delle modalità di esecuzione della sentenza.

Dunque, pur avendo inizialmente seguito un percorso non tanto dissimile da quello della nostra Corte costituzionale e dei giudici italiani, la giurisprudenza francese ha subito abbandonato - forse, in maniera più pragmatica - la costruzione teorica della espropriazione indiretta (*expropriation indirecte*) e ha rimesso direttamente all'autorità giudiziaria,

---

<sup>(78)</sup> Inoltre, se entro 5 anni gli immobili espropriati non sono stati adibiti allo scopo previsto o hanno cessato di essere usati per questi fini, i precedenti proprietari possono chiedere la retrocessione, nel termine di 30 anni.

<sup>(79)</sup> Il giudice amministrativo francese esercita un controllo approfondito sulla legittimità della dichiarazione di pubblica utilità, in quanto deve verificare: 1) che l'operazione risponda ad una finalità di interesse generale; 2) che l'espropriazione costituisca l'unico modo per realizzare l'operazione, non essendoci altre possibilità alternative (clausola di sussidiarietà); 3) che gli inconvenienti di ordine sociale, i costi economici e le lesioni della proprietà privata non siano eccessivi rispetto all'interesse generale che l'operazione soddisfa. In particolare, quest'ultimo profilo è espressione della c.d. teoria del bilanciamento degli interessi elaborata dal Conseil d'Etat nel 1971 (con la decisione del 28 maggio 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé "Ville nouvelle Est"*, in *Rec. Lebon*, 1971, p. 409) e ribadita, più di recente (19 ottobre 2012, *arrêt Commune de Lavallois - Perret*, in [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)). Si tratta, in sostanza, di un controllo sulla discrezionalità amministrativa avente un'incidenza massima, consentendo al giudice di sostituire il suo apprezzamento a quello dell'amministrazione. Nella pratica, tuttavia, quasi mai il giudice ritiene che gli inconvenienti per la proprietà privata siano eccessivi rispetto ai vantaggi pubblici, a parte i casi di sproporzione manifesta. Al contrario, si rinvencono casi in cui è stata ritenuta affetta da *detournement de pouvoir* una dichiarazione di pubblica utilità il cui oggetto principale sia stato unicamente di favorire l'interesse privato (ad es. facilitare l'accesso ad una proprietà privata, la creazione di un centro ippico privato, ecc.). Cfr., sul punto, M.L. MADDALENA, *L'espropriazione per pubblica utilità in Europa, alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: esperienze nazionali a confronto*, cit., 3.

anziché alla stessa Amministrazione mediante un procedimento successivo di "acquisizione sanante", la decisione circa la possibilità o meno di disporre la restituzione del bene illegittimamente trasformato dall'Amministrazione con la realizzazione dell'opera pubblica<sup>(80)</sup>. È, pertanto, rimesso allo stesso

---

<sup>(80)</sup> Non sembra inutile ricordare che, dopo aver in un primo tempo elaborato anche in Francia la figura della espropriazione indiretta (inaugurata, in specie, dal *Conseil d'Etat*, nel caso *Robin de Grimaudière*, 7 giugno 1853, in *Recueil de jurisprudence de Sirey*, 1854, 2, 113, su cui cfr. L. DI QUAL, *La règle "ouvrage public mal planté ne se détruit pas"*, in *Jurisclasser périodique*, 1964, I, 1852), la giurisprudenza francese è però poi giunta al superamento di tale teoria, ma con opportuni temperamenti, in modo da tutelare, comunque, l'interesse pubblico (cfr., tra le prime pronunce in tale senso, *Cour de cassation*, 6 gennaio 1994, *arrêt Cts Baudon de Mony c/EDF*, in [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr) e *Cour de Cassation*, 4 aprile 2002, *arrêt Bergerioux*, *ivi*, in cui, però, permaneva il principio di intangibilità dell'opera pubblica). Fu però il *Tribunal des conflits*, nel disciplinare il riparto di competenza tra giudice amministrativo e ordinario in un caso (6 maggio 2002, *M. et Mme Binet c/ Electricité de France*, in [www.tribunal-conflits.fr](http://www.tribunal-conflits.fr)), avente ad oggetto il rifiuto dell'Amministrazione di distruggere o spostare un'opera pubblica, ad affermare la sussistenza della giurisdizione amministrativa, a meno che l'opera pubblica non fosse stata edificata in *voie de fait*, ovvero in mancanza di un atto che possa in alcun modo riconnettersi all'esercizio di un potere pubblico e nessuna procedura di regolarizzazione sia stata iniziata: in questo secondo caso, infatti, sarebbe il giudice ordinario ad avere giurisdizione. In questa sentenza (su cui si veda S. BRONDEL, *Le principe d'intangibilité des ouvrages publics: réflexions sur une évolution jurisprudentielle*, in *AJDA*, 2003, p. 761), sembrano riecheggiare le parole della nostra quasi contemporanea Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Giur. it.*, 2004, 2255, in materia di comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un potere. Ancora più significativo appare il riferimento, nello stesso *arrêt Binet*, alla esistenza di un inizio di procedura di regolarizzazione (*rectius* di sanatoria) dell'opera pubblica che precluderebbe l'accoglimento della domanda di distruzione dell'opera pubblica. Il *Conseil d'Etat*, tuttavia, nel 2003 (*arrêt Synd. Dptal de l'électricité et du gaz*, 29 gennaio 2003, in [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)) ha adottato una interpretazione leggermente differente da quella del *Tribunal des conflits* nel caso *Binet*. In tale occasione, il massimo giudice amministrativo francese ha ritenuto di dover prendere in considerazione, ai fini del riconoscimento della propria giurisdizione, non solo se un'attività di regolarizzazione fosse stata avviata ma anche se essa fosse semplicemente possibile; mentre per la *Cour de Cassation* e per il *Tribunal des conflits* occorre che la procedura di regolarizzazione non solo esista ma sia anche stata effettivamente iniziata. Se, dunque, il principio della intangibilità dell'opera pubblica più dirsi superato, tuttavia, le condizioni perché un ordine di demolizione di un'opera pubblica sia effettivamente emanato dal giudice amministrativo, con restituzione del terreno al privato illegittimamente espropriato, sono effettivamente molto restrittive. Una eccezione in questo senso pare essere rappresentata dall'*arrêt Communauté d'agglomération du lac de Bourget*, 20 maggio 2011 (reperibile in [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)), ove il *Conseil d'Etat*, dopo aver annullato la dichiarazione di pubblica utilità, ha effettivamente ordinato la distruzione di un'opera pubblica irregolarmente edificata (un porto turistico) e la remissione in pristino dello stato dei luoghi, non al fine di tutelare l'interesse dei proprietari bensì in considerazione dell'interesse pubblico alla preservazione di uno spazio naturale fragile e al mantenimento della biodiversità. Un altro caso di particolare interesse, anche per la sua sorprendente coincidenza – anche temporale – con una analoga decisione del nostro Consiglio di Stato di annullamento non retroattivo (Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2011, in *Foro amm.* – *CDS*, 2012, 425, con nota di C. FELIZIANI, *Oltre le Colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?*), riguar-

giudice l'apprezzamento se in concreto sia possibile o meno la riduzione in pristino o il ristoro per equivalente, tenendo in debito conto anche l'interesse pubblico al permanere dell'opera pubblica.

Anche in Spagna, come già anticipato, non si ravvisano approfonditi tentativi di ricostruzione dogmatica circa la giustificazione del titolo di acquisto della proprietà da parte dell'Amministrazione, ma ci si limita al semplice rinvio al concetto di impossibilità della restituzione in natura.

A tale proposito, senza entrare nel dettaglio dell'*iter* procedurale previsto dalla legge fondamentale sull'espropriazione (*Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954*)<sup>(81)</sup>, va ricordato, che, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza spagnola, qualora l'opera pubblica o di interesse pubblico sia già realizzata ed essa soddisfi l'interesse generale, non è ragionevole ordinare la riduzione in pristino<sup>(82)</sup>. Tuttavia, è il giudice che deve apprezzare la situazione concreta e può sia ordinare la riduzione in pristino e la restituzione del bene in natura sia disporre, in alternativa, il pagamento di un indennizzo in sostituzione della restituzione del bene. Il presupposto, in questo secondo caso, è l'impossibilità, accertata nel processo, di eseguire in natura la sentenza. In sostanza, nel caso in cui la sentenza intervenga quando l'opera è già stata eseguita, i giudici spagnoli si limitano a constatare che essa si scontra con "fatti consumati e inamovibili", rispetto ai quali l'unica tutela spettante all'espropriato è quella risarcitoria (*indemnización*). Inoltre, in molti casi, l'effetto della sentenza è solo quello di imporre all'Amministrazione di rinnovare il procedimento.

Peraltro, nel sistema giurisdizionale spagnolo, tutte le competenze sono concentrate in capo ai magistrati del *contencioso administrativo*, anche nel caso della c.d. espropriazione di fatto (*via de hecho*)<sup>(83)</sup>; fattispecie

da l'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità per la realizzazione di un eliporto presso l'ospedale di *Laon* per vizi di procedura, ove il Consiglio ha ritenuto che l'annullamento retroattivo della dichiarazione di pubblica utilità avrebbe comportato un danno eccessivo al servizio di aiuto medico urgente e, pertanto, ha ritenuto di disporre l'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità a decorrere da un termine di sei mesi dalla pubblicazione della sentenza, in modo da consentire, nel frattempo, l'adozione di una nuova dichiarazione di pubblica utilità immune dai vizi procedurali riscontrati (*Conseil d'Etat*, 19 luglio 2011, in [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)).

<sup>(81)</sup> Si vedano, in particolare, il *Título II (Procedimiento general)*, *Capítulo Primero*, «*De los requisitos previos a la expropiación forzosa*» (artt. 9-14) e il *Capítulo II*, «*De la necesidad de ocupación de bienes o de adquisición de derechos*» (artt. 15-23).

<sup>(82)</sup> Si vedano le sentenze del *Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso*, 22 settembre 2003, n. 5603; 31 gennaio 2006, n. 628; 29 novembre 2007, n. 7883; tutte consultabili in [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).

<sup>(83)</sup> La dottrina e la giurisprudenza spagnole hanno definito variamente la nozione di *via de hecho*, riconducendola, in parte, alla nostra "occupazione acquisitiva", in parte alla nostra "occupazione usurpativa". Mentre secondo il *Tribunal Constitucional*, essa comprende sia le attività materiali attuate dalla amministrazione senza aver adottato previamente l'atto ammini-

contemplata dall'art. 125 della *Ley de Expropiación Forzosa*, che ricorre nei casi in cui l'Amministrazione occupi il bene oggetto di esproprio in assenza dei requisiti sostanziali della dichiarazione di utilità pubblica o di interesse sociale ovvero in assenza della "dichiarazione di necessità di occupazione" e del previo pagamento dell'indennizzo<sup>(84)</sup>. Detto giudice è anche competente per tutte le questioni di risarcimento per danni, connessi alla procedura di esproprio. Non vi è, dunque, alcuno spazio lasciato al giudice civile e questa costituisce una peculiarità dell'ordinamento spagnolo rispetto agli altri ordinamenti in cui quasi sempre si ravvisa una sfera di competenza in capo al giudice civile, in particolare per quanto attiene alle controversie sulla determinazione dell'indennizzo.

In questo panorama complessivo delle procedure di esproprio nei vari Paesi europei, l'idea alla base è chiara.

In quasi tutti gli ordinamenti esaminati si rinvencono almeno due aspetti profondamente diversi rispetto alla nostra disciplina dell'espropriazione, che probabilmente possono essere utili al fine di spiegare il minor contenzioso per violazione dell'art. 1 del protocollo 1 della CEDU, rispetto alla situazione italiana: 1) il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria già nella fase del trasferimento della proprietà e non solo in funzione di controllo successivo dell'attività amministrativa (il che probabilmente anticipa e riduce il rischio di pronunce giurisdizionali di annullamento degli atti della procedura); 2) la garanzia del pieno ristoro del proprietario espropriato, in base al valore di mercato del bene, principio che sicuramente "stempera"

---

strativo che ne costituisce il fondamento giuridico, sia quelle attività materiali di esecuzione che eccedano l'ambito riconducibile all'atto amministrativo previamente adottato; altra giurisprudenza vi include l'attività materiale posta in essere in attuazione di atti viziati da nullità di pieno diritto (*nulidad de pleno derecho*) per incompetenza o per vizio sostanziale del procedimento. Una esauriente definizione, comprensiva di entrambi i profili, è rinvenibile nella citata sentenza del *Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso*, 22 settembre 2003, n. 5603, in [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es), ove si legge: «*La <<vía de hecho>> o actuación administrativa no respaldada en forma legal por el procedimiento administrativo legitimador de la concreta actuación se produce no sólo cuando no existe acto administrativo de cobertura o éste es radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanza a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración, excedida de los límites que el acto permite*». Cfr., in merito a tale distinzione, D. DIEGO CÓRDOBA CASTROVERDE, *Reparación de los perjuicios derivados de una expropiación ilegítima*, in *Revista de Jurisprudencia*, n. 1/2013, 3 ss. e la giurisprudenza ivi citata.

<sup>(84)</sup> La disposizione citata prevede che: «*Siempre que sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago de depósito, según proceda, en los términos establecidos en esta Ley, la Administración ocupará o intentase ocupar la cosa objeto de la expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener, y recobrar para que los Jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida*».

molto l'interesse sotteso alla pronuncia di illegittimità dell'esproprio, che, invece, nel nostro ordinamento, fino a poco tempo fa, costituiva l'unico modo per ottenere un risarcimento pieno <sup>(85)</sup>.

In sostanza, quello che emerge è che la misura restitutiva del terreno illegittimamente espropriato appare veramente rara negli altri ordinamenti e comunque recessiva di fronte all'interesse pubblico al mantenimento dell'opera, sia pure indebitamente realizzata. Ampio spazio viene, invece, ovunque riservato alle misure risarcitorie, talvolta comprensive anche del danno da "disturbo" o del danno morale ovvero da uno speciale indennizzo per la privazione illegittima della proprietà, a tutela delle posizioni dei privati lesi <sup>(86)</sup>.

Inoltre, anche in quei Paesi – come Francia e Spagna – in cui le somiglianze con l'elaborazione giurisprudenziale e normativa italiana sono notevoli (sia per quanto riguarda il riparto di giurisdizione sia in relazione alla soluzione da adottare nel caso di occupazione *sine titulo* di beni), la disciplina in materia appare per lo più ispirata ad una logica di buon senso, che la Corte EDU non ha finora mostrato di censurare. La questione della regolarizzazione dell'espropriazione di fatto (*voie de fait* o *via de hecho*), particolarmente enfatizzata dalla giurisprudenza francese <sup>(87)</sup>, o quella della rinnovazione del procedimento, prospettata in alcune pronunce del giudice spagnolo <sup>(88)</sup>, non sembrano, infatti, così sostanzialmente lontane, quanto a finalità perseguite, dalla nostra – pur tanto criticata – "acquisizione sanante"

---

<sup>(85)</sup> In merito alle vicende che, nel nostro ordinamento, hanno interessato il tema dell'indennità di espropriazione, sia consentito il rinvio a C. BENETAZZO, *Indennità di espropriazione, edificabilità legale e vincoli urbanistici nella giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 11/2011 e in *Riv. Giur. Urb.*, 2011, 352-398.

<sup>(86)</sup> Ad es., l'ordinamento spagnolo, ai fini della quantificazione dell'indennità di esproprio, c.d. *justiprecio*, riconosce un "*premio del afección*" pari al 5% dell'importo del *justiprecio*: cfr. la *Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, Artículo 47*.

<sup>(87)</sup> Più precisamente, la giurisprudenza francese distingue tra *voie de fait* (via di fatto) e *emprise irrégulière*. La prima figura (*voie de fait*), che corrisponde sostanzialmente alla nostra occupazione "usurpativa", si verifica quando l'atto o il comportamento dell'Amministrazione sia manifestamente insuscettibile di essere ricollegato ad un suo potere (cfr., ad es., *Cour de Cassation, Chambre civile 3, 30 novembre 1994, pourvoi numéro 92-19192, arrêt San Fer-réol – d'Auroure*, in [www.juritravail.com](http://www.juritravail.com)). Diversamente, la figura della *emprise irrégulière* si rinviene nei casi di impossessamento di un terreno privato da parte di un'Amministrazione pubblica, avvenuto in modo irregolare, ma quando è, tuttavia, possibile rinvenire un qualche collegamento con l'esercizio del potere (cfr., ad es., *Cour de Cassation, Chambre civile 3, 7 maggio 1996, pourvoi numéro 93-15.179, arrêt Sci Azul residence*, in [www.revuegeneraledudroit.eu](http://www.revuegeneraledudroit.eu)).

<sup>(88)</sup> Si vedano, al riguardo, le sentenze del *Tribunal Supremo* citate nella nota 82.



(<sup>89</sup>). Né Francia né Spagna, tuttavia, hanno subito condanne per tali prassi da parte della Corte EDU, come è avvenuto invece per l'Italia, probabilmente perché – in tali Paesi – il sistema stesso ha introdotto degli istituti idonei a garantire un “temperamento” del principio dell'intangibilità dell'opera pubblica, soprattutto attraverso un coinvolgimento dell'autorità giudiziaria – spesso – già nella fase del procedimento, a garanzia dell'effettivo ristoro dei proprietari incisi dal procedimento. Al contempo, non si può escludere che la questione relativa alla carenza di “base legale”, tanto enfatizzata dalla giurisprudenza della Corte Edu nei giudizi concernenti l'Italia, possa essere stata aggravata dalle difficoltà di comprensione delle nostre categorie giuridiche e finanche di un sistema retto da un riparto di giurisdizione fondato sul binomio carenza di potere – cattivo esercizio del potere (<sup>90</sup>).

In conclusione, l'esame delle procedure espropriative dei diversi ordinamenti europei sembra comunque fornire indicazioni utili per introdurre degli opportuni correttivi al nostro sistema delle espropriazioni, in modo da prevenire o ridurre il contenzioso anche nel nostro Paese.

Non appare, dunque, necessario, per “estirpare” alla radice il problema delle espropriazioni illegittime abrogare l'istituto dell'occupazione d'urgenza, *ex art. 22-bis T.U. espropriazioni* (<sup>91</sup>), che pure sopravvive in altri Paesi senza dar luogo ai problemi che incontra da noi.

Forse sarebbe sufficiente una riforma della nostra disciplina espropriativa, ispirata alla medesima logica di buon senso dimostrata da altri Stati europei e che consenta di scoraggiare fenomeni di espropriazione indiretta, subordinando, ad esempio, l'immissione in possesso del bene al previo pagamento dell'indennizzo o alla definizione della procedura in via amichevole o, ancora, alla risoluzione definitiva della controversia giudiziale, come avviene oggi in Gran Bretagna e Germania.

Più in generale, occorre attribuire al giudice, nel procedimento espropriativo, un ruolo non solo *ex post* ma anche *ex ante*, consentendogli, ad es., un controllo, in via preventiva, sulla dichiarazione di pubblica utilità, come avviene, ad es., in Francia, per le opere di maggior impatto.

In questo senso, un altro aspetto rilevante, e che costituisce forse la ragione per la quale non si rinvergono condanne da parte della Corte EDU

---

(<sup>89</sup>) Nello steso senso M.L. MADDALENA, *L'espropriazione per pubblica utilità in Europa, alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: esperienze nazionali a confronto*, cit., 14.

(<sup>90</sup>) Cfr. M.L. MADDALENA, *L'espropriazione per pubblica utilità in Europa, alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: esperienze nazionali a confronto*, cit., 14.

(<sup>91</sup>) Spunti in tal senso si rinvergono in A. GAMBARO, *L'occupazione acquisitiva ed i dialoghi tra i formanti*, in *Foro it.*, 1993, V, 390 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Espropriazioni illegittime e tutela multilivello della proprietà: prospettive costituzionali*, in *Studium Iuris*, 2011, 517 ss. e, più recentemente, L. PRESUTTI, *op. cit.*, 1296-1296.

nei confronti degli ordinamenti esaminati, è – come si è visto – l’attribuzione direttamente all’ autorità giudiziaria, anziché alla stessa Amministrazione mediante un procedimento successivo di acquisizione “sanante”, del potere di disporre o meno la restituzione del bene illegittimamente trasformato dall’ Amministrazione. Peraltro, un simile potere di apprezzamento in capo al giudice – analogo a quello oggi svolto dal giudice amministrativo nel contenzioso in materia di appalti pubblici <sup>(92)</sup> – era già stato previsto nel testo dell’ art. 43 T.U. espropriazioni, poi dichiarato incostituzionale <sup>(93)</sup>, mentre è inspiegabilmente scomparso nell’ attuale art. 42-bis.

Molto interessante appare anche il ricorso a modelli partecipativi come quello dell’ inchiesta pubblica (“*enquête public*” e “*public inquiry*”), nel cui ambito i privati possono esprimere le proprie osservazioni ed opposizioni all’ esproprio sia in veste collaborativa che in funzione di tutela pre-contenziosa.

Infine, una maggiore attenzione dovrebbe essere riservata agli strumenti previsti per favorire la definizione in via amichevole della procedura di esproprio; e qui il modello di riferimento è senz’ altro quello tedesco, ove solo il 10% dei casi non si definiscono in via amichevole e sfociano in contenzioso.

Quel che appare certo è che occorre ripudiare soluzioni volte a favorire una “legalizzazione” dell’ illegale o un abuso del potere legislativo: in questa

---

<sup>(92)</sup> Sui poteri del giudice amministrativo nel contenzioso in materia di appalti (artt. 121 ss. c.p.a.) sia consentito il rinvio a C. BENETAZZO, *Contratti della p.A. e annullamento dell’aggiudicazione*, Padova, 2012, 351 ss. e, della stessa Autrice, *Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee e rimedi interni tra equità e giudizio secondo diritto*, in M. BIANCHINI e G. GIOIA (a cura di), *Dialogo tra Corti e principio di proporzionalità*, Atti del I Convegno dei *Colloquia* dei Ricercatori della Scuola di Giurisprudenza dell’ Università di Padova, Milano, 2013, 47 ss. nonché *L’inefficacia del contratto tra disciplina comunitaria e rimedi interni: aspetti sostanziali e processuali*, in R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Cedam, Lavis (TN), 2014, pp. 2131-2137. Si veda, inoltre, in argomento, S. DE NARDI, *Se il dialogo tra Corti (interne) rischia di essere pregiudicato dalla amplissima discrezionalità riconosciuta al giudice*, in *Dialogo tra Corti e principio di proporzionalità*, cit., 93 ss.

<sup>(93)</sup> I commi 3 e 4 dell’ art. 43 così recitavano: «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)*».

prospettiva, e in riferimento all'attuale art. 42-*bis*, in un recente articolo <sup>(94)</sup> si è ricordato il pensiero di chi, più di trent'anni fa, auspicando una riscoperta del diritto innato nella natura umana, lamentava che «la legalità tutto ammanta» e che, alla fin fine, «ammanta (anche) troppe cose» <sup>(95)</sup>. A quelle illuminate parole è appena il caso di aggiungere, in modo provocatorio, la celebre glossa di Carl Schmitt alla deposizione da lui resa al Tribunale di Norimberga il 13 maggio 1947 con la legalità che da «*ambasciatrice della divinità della ragione*» diventa «*parola d'ordine di un gangster*» <sup>(96)</sup>.

---

<sup>(94)</sup> Cfr. L. PRESUTTI, op. cit., 1296.

<sup>(95)</sup> M. BORLANDI, op. cit., 525.

<sup>(96)</sup> C. SCHMITT, *Das Problem der Legalität*, in *Die neue Ordnung*, 1950, 4 Jahrg., Heft 3, S. 270-75.