

Espropri *online*

l'espropriazione per pubblica utilità

rivista bimestrale
fondata e diretta da Paolo Loro

anno 3 numero 4
luglio agosto 2009

L'ITER ESPROPRIATIVO ORDINARIO

Tratto dal volume "L'articolo 20 del dPR 327/2001", Exco, 2007

PAOLO LORO INES MELLONI

Sommario: *Procedura ordinaria e procedure accelerate* | *L'iter ordinario*

Procedura ordinaria e procedure accelerate

L'art. 20 del DPR 08.06.2001 n. 327 è rubricato « La determinazione provvisoria dell'indennità di espropriazione ».

Nel complesso articolato della suddetta disposizione trova disciplina la sequenza procedimentale diretta alla determinazione dell'indennità di espropriazione, o meglio della "giusta indennità", come di seguito sarà evidenziato, presupposto per l'emanazione del titolo ablativo (decreto di esproprio o atto di cessione volontaria).

S'impone un breve richiamo all'articolo 8 TU.

Per emanare il decreto di esproprio, dispone la norma richiamata, occorrono i seguenti presupposti:

- che l'opera da realizzare sia prevista nello strumento urbanistico generale e sul bene da espropriare sia stato apposto il vincolo espropriativo;
- che vi sia la dichiarazione di pubblica utilità;

— che sia stata determinata, anche in via provvisoria, l'indennità di esproprio.

L'emanazione del decreto di esproprio, oltre alla conformità urbanistica e all'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio, nonché alla dichiarazione di pubblica utilità, è pertanto sottoposta alla condizione della preliminare determinazione dell'indennità.

A tal fine il testounificatore ha previsto una procedura, che chiameremo "ordinaria" (articolo 20), e due procedure, che chiameremo "accelerate" (articoli 22 e 22-*bis*), entrambe disciplinate nel Titolo II Capo IV Sez. I « Del modo di determinare l'indennità di espropriazione ».

Solo nell'ipotesi della procedura ordinaria di cui all'art. 20, l'emanazione del decreto di esproprio e l'immissione in possesso nei beni interessati dalla realizzazione dell'opera pubblica, sono preceduti da una rigorosa sequenza procedimentale, con la quale si giunge alla determinazione della "giusta indennità", oltre – salvo, per l'immissione in possesso, il disposto dell'articolo 20.6 – al pagamento o deposito della stessa.

Nelle procedure accelerate, viceversa, l'ordinario iter procedurale subisce deviazioni di diversa natura ed entità.

La procedura ordinaria risente ancora abbastanza, nella sua struttura generale, del principio che ispirava il Testo unico nella sua originaria versione, sulla base del quale, come sottolineato dal Consiglio di Stato nel parere dell'Adunanza generale 4/2001, l'Amministrazione, prima espropria e poi entra nel fondo privato e comincia a realizzare l'opera.

« In tal modo si torna alla regola per cui la P.A. realizza l'opera sull'area oramai sua, con riduzione delle ipotesi di occupazione appropriativa o usurpativa; si ottengono vari risparmi perché l'Amministrazione occupa l'area e ne diventa proprietaria solo se l'opera è stata finanziata ed è subito realizzabile; si riducono le ipotesi di retrocessione, divenendo difficilmente ipotizzabili i casi di acquisto delle aree private in assenza della loro utilizzazione; si riduce, conseguentemente, il contenzioso» (così parere Ad. Gen. Consiglio di Stato 29 marzo 2001 n. 4/2001 §13.2.).

Tale regola (incrinata dal sesto comma introdotto dal DLGS 302/2002, come si dirà) rappresentava, e in parte ancora rappresenta, la principale peculiarità della procedura ordinaria rispetto alla procedura accelerata di cui all'art. 22-*bis*, con il quale il legislatore, con il DLGS 302/2002, ha reintrodotta l'istituto dell'occupazione d'urgenza, consen-

tendo all'Amministrazione, al verificarsi di determinate condizioni, di immettersi nel possesso nel bene in una fase antecedente al trasferimento della proprietà e alla stessa possibilità di accettazione dell'indennità da parte del proprietario.

Se si esclude la facoltà prevista dal sesto comma, nel procedimento ordinario l'immissione nel possesso avviene in sede di esecuzione del decreto di esproprio o dell'atto di cessione volontaria, ossia della vicenda traslativa della proprietà, che a sua volta segue la fase di determinazione ed offerta della indennità, nonché il suo deposito o corresponsione, nel caso rispettivamente di rifiuto o accettazione.

Come accennato, tuttavia, anche nella procedura ordinaria si assiste, a seguito dell'innesto – ad opera del DLGS 302/2002 – dell'attuale sesto comma nell'originario impianto, alla possibilità per l'Autorità espropriante di immettersi nel possesso del bene anticipatamente sia rispetto al trasferimento del diritto, sia rispetto al pagamento o deposito dell'indennità: si tratta però di una facoltà esercitabile solo se l'indennità provvisoria sia stata accettata dal proprietario.

La richiesta di immissione anticipata in possesso produce, nei confronti del titolare del bene, un duplice effetto giuridico. E' innanzitutto fonte di un obbligo poiché il proprietario è tenuto a consentire l'immissione in possesso, tanto è vero che nel caso di opposizione all'immissione l'autorità espropriante può procedervi egualmente con la presenza di due testimoni; ciò tra l'altro esclude che l'Autorità debba procurarsi un'autorizzazione del proprietario ai fini dell'accesso.

E' contestualmente fonte di un diritto, poiché l'Amministrazione è tenuta a corrispondere un acconto pari all'80 per cento dell'indennità condivisa, sulla base di autocertificazione prodotta dal proprietario attestante la piena e libera proprietà del bene, nonché un'ulteriore somma a titolo di interessi nella misura del tasso legale sull'indennità, dalla data di immissione in possesso fino al pagamento dell'acconto e del saldo.

E' da rilevare che il pagamento dell'acconto non deve precedere l'immissione in possesso, al quale l'Autorità è legittimata per il solo fatto che vi sia stata condivisione dell'indennità. A riprova della correttezza di detta conclusione è la prescrizione normativa che individua il *dies a quo* di calcolo degli interessi nella data di immissione in possesso e il *dies ad quem* nella data di corresponsione dell'acconto e del saldo. Da ciò si evince che il legislatore ha presupposto che al momento del pagamento sia

già avvenuta l'immissione nel possesso da parte della Autorità procedente.

Dall'esercizio da parte dell'Autorità della facoltà accordata dall'art. 20.6 consegue una modifica dell'iter procedimentale, con particolare riferimento alle fasi di corresponsione della indennità.

Una volta corrisposto l'acconto sulla base dell'autocertificazione (20.6), il proprietario ha l'onere di produrre la documentazione prevista dall'art. 20.8, comprovante la piena e libera proprietà del bene. L'Autorità procederà quindi ad ordinare e effettuare il pagamento del saldo secondo le modalità di cui all'art. 20.8 ed art. 26.

Il mancato rispetto dei termini previsti dalla normativa richiamata per l'effettiva corresponsione del saldo, determina la corresponsione di interessi (20.8) che si andranno ad aggiungere a quelli già previsti a fronte della disposta immissione in possesso anticipata (20.6).

Finalità evidente dell'istituto è di consentire un'accelerazione nell'esecuzione dei lavori. Ottenuto il possesso del bene, sarà infatti possibile iniziare la realizzazione dell'opera con anticipo rispetto all'emanazione del decreto di esproprio, che presuppone la corresponsione dell'indennità secondo il meccanismo e nel rispetto dei tempi di cui agli artt. 20 e 26. L'immissione in possesso consente altresì all'Amministrazione di ritardare l'acquisizione del bene e quindi, la redazione del frazionamento, ad un momento in cui l'opera ha raggiunto un fase tale da consentire con sufficiente precisione l'individuazione del bene oggetto di ablazione. Finalità, queste, riscontrabili anche con riferimento all'istituto dell'occupazione d'urgenza, ossia nella procedura accelerata di cui all'art. 22 *-bis*. Non a caso entrambi gli strumenti, tesi ad accelerare la realizzazione dell'opera, sono stati introdotti con lo stesso intervento normativo (DLG 302/2002), a riprova di un comune intento perseguito dal legislatore.

Certo è che l'immissione in possesso cui l'Amministrazione è facilitata ai sensi dell'art. 20.6, differisce profondamente dal provvedimento di occupazione d'urgenza di cui all'art. 22 *-bis*, nonché dall'immissione in possesso con la quale è attuata l'esecuzione del decreto di esproprio ai sensi dell'art. 24.

Rispetto al decreto di occupazione d'urgenza (22 *-bis*), l'immissione in possesso di cui all'art. 20.6 non necessita della sussistenza delle condizioni che costituiscono presupposto indefettibile per il ricorso alla procedu-

ra accelerata; unico presupposto è l'intervenuta condivisione della indennità, a sua volta non richiesta nella procedura di occupazione d'urgenza che, infatti, è disposta sulla base della determinazione della indennità e pertanto in un momento antecedente alla sua (eventuale) accettazione.

Elemento comune all'occupazione d'urgenza (22-bis) e nello stesso tempo di differenziazione rispetto al decreto di esproprio, consiste nel fatto che l'immissione in possesso non comporta acquisto della proprietà, che consegue solo all'emanazione del decreto di esproprio. Più precisamente l'art. 23 ricollega al decreto ivi previsto l'effetto traslativo della proprietà o del diritto oggetto dell'espropriazione, sotto la condizione sospensiva che il medesimo decreto sia successivamente notificato ed eseguito; l'esecuzione, come si vedrà più avanti, ha luogo tramite immissione in possesso che conseguentemente determina l'avveramento della condizione sospensiva con effetto *ex tunc*.

Ben diverso è l'effetto che consegue all'esercizio da parte della P.A. della facoltà concessa dall'art. 20.6, consistente nel possesso del bene, fermo restando l'onere per la stessa Amministrazione di concludere il procedimento tramite l'emanazione del provvedimento acquisitivo. Circostanza questa che accomuna l'istituto in esame con l'occupazione d'urgenza (22-bis), la cui peculiarità sul piano degli effetti rispetto al decreto di esproprio, è stata colta anche da recente giurisprudenza, che ha sottolineato l'autonomia dei due provvedimenti (TAR CZ 821/2007).

Se l'acquisizione anticipata del possesso è elemento comune alla occupazione d'urgenza (22-bis) ed all'esercizio della facoltà concessa alla P.A. dall'art. 20.6, funzionale in entrambi i casi a consentire l'inizio dei lavori, non va sottovalutata la differenziazione di fondo tra i due istituti, sulla quale si fonda se non l'esclusiva, certamente una delle principali motivazioni che, sussistendone i presupposti, dirigono l'Amministrazione precedente a privilegiare la procedura accelerata di cui all'art. 22-bis.

Tale differenziazione deriva dallo stesso presupposto legittimante l'Amministrazione al ricorso alla facoltà di cui all'art. 20.6, consistente nella condivisione dell'indennità.

Per effettuare l'immissione nel possesso in tutti i beni su cui è stata localizzata l'opera e quindi per iniziare i lavori previa consegna degli stessi all'impresa, l'Amministrazione dovrebbe ottenere la condivisione della indennità offerta da parte di tutte le ditte interessate; è presumibile che

ESECUZIONE DEL DECRETO DI ESPROPRIO E DEL DECRETO DI OCCUPAZIONE

Tratto dal volume "L'articolo 20 del dPR 327/2001", Exeo, 2007

PAOLO LORO INES MELLONI

Sommario: Esecuzione del decreto di esproprio | Esecuzione del decreto di occupazione | L'opposizione del proprietario alla immissione nel possesso in sede di esecuzione del decreto esproprio e del decreto di occupazione

Sia il decreto di esproprio che il decreto di occupazione sono eseguiti mediante immissione in possesso. Nel regime del Testo unico sono questi i soli provvedimenti, che possono legittimare l'apprensione del bene da parte dell'Autorità procedente (GAR PA 1339/2007).

Esecuzione del decreto di esproprio

Il duplice contenuto del provvedimento di cui all'art. 22, come già rilevato, consente, da una parte, di addivenire alla determinazione dell'indennità definitiva e dall'altra di eseguire la disposta espropriazione, attraverso l'immissione nel possesso.

Suddetta esecuzione non presenta deviazione rispetto a quella attuata in sede di procedimento ordinario.

In particolare troveranno applicazione le disposizioni di cui agli artt. 23 e 24.

L'autorità espropriante dovrà quindi procedere:

- alla registrazione trascrizione e voltura del decreto presso l'ufficio dei registri immobiliari, sotto la condizione sospensiva della sua successiva notifica ed esecuzione (23.1.f);
- alla notifica, unitamente al decreto, di avviso contenente l'indicazione del luogo, del giorno e dell'ora in cui è prevista l'esecuzione del decreto almeno sette giorni prima (23.1.g) salvo la possibilità di effettuare la notifica contestualmente alla sua esecuzione (23.3), ipotesi questa che presuppone la presenza del proprietario.
- In caso di numerose ditte che potrebbero ritardare le operazioni è legittimo ritenere che l'Amministrazione possa indicare, anziché l'ora esatta dell'inizio delle operazioni, un ragionevole lasso orario di tempo (es. dalle ore 9 alle ore 10).
- E' prassi, formatasi in sede d'esecuzione del decreto di occupazione d'urgenza ed estendibile all'esecuzione del decreto di esproprio, che l'Autorità espropriante indichi nell'avviso che le attività, pur iniziando nell'ora e giorni indicati, si protrarranno sino ad esaurimento.
- Tale indicazione è da ritenersi legittima giacché non contrastante con alcuna specifica previsione (TAR TO 4592/2006); dovrà nel contempo ritenersi che la esecuzione potrà dirsi perfezionata alla data di chiusura del verbale di immissione nel possesso. Ciò assume particolare rilevanza ai fini del rispetto del termine di due anni per la esecuzione del decreto (24.1).
- all'immissione in possesso nel giorno e nell'ora indicati nell'avviso notificato al proprietario, con redazione del relativo verbale. Contestualmente o anche successivamente, nel qual caso si dovrà procedere senza ritardo e prima che sia mutato lo stato dei luoghi, dovrà essere redatto lo stato di consistenza; entrambi i documenti saranno redatti in contraddittorio con l'espropriato o con la presenza di due testimoni (24.2, 24.3).
- Anche se la norma consente la redazione dei documenti citati in momenti successivi, è consigliabile una redazione contestuale in contraddittorio con il proprietario o suo rappresentante (TAR CT

604/2006) o nel caso di assenza o di rifiuto con la presenza di almeno due testimoni, che non siano dipendenti del beneficiario dell'espropriazione. Consentita, ma non necessaria, ai fini della regolarità dell'esecuzione del decreto, è la presenza dei titolari di diritti reali o personali sul bene.

- all'annotazione in calce al decreto della data in cui è avvenuta la immissione in possesso e trasmissione di copia del verbale all'ufficio per i registri immobiliari per la relativa annotazione (24.5).
- Tale indicazione assume particolare importanza ai fini del rispetto del termine perentorio di due anni, prescritto per l'esecuzione del decreto (24.1).
- Ai suddetti fini notevole importanza riveste anche la prescrizione secondo la quale l'immissione nel possesso s'intende realizzata anche quando, malgrado la redazione del relativo verbale, il bene continui ad essere utilizzato per qualsiasi ragione, da chi in precedenza ne aveva la disponibilità (24.4).
- alla comunicazione della esecuzione del decreto all'ufficio istituito ai sensi dell'articolo 14.1 (24.6, 14.3.b) nonché all'invio di copia del provvedimento al medesimo ufficio (14.1).

Per ragioni di economicità dell'azione amministrativa, non contraddette da particolari controindicazioni (vero è, infatti, che giusta l'art. 25.3 i diritti dei terzi possono essere fatti valere unicamente sull'indennità solo dopo la trascrizione, ma è estremamente improbabile che possa attuarsi un pignoramento immobiliare proprio nell'arco di tempo tra l'emanazione e l'esecuzione, e se anche avvenisse, non potrebbe fermare l'esproprio), si può ritenere che la procedura descritta possa trovare un momento di semplificazione in sede operativa. Non pare, infatti, in contrasto con le prescrizioni richiamate effettuare l'operazione di trascrizione presso i competenti uffici dei registri immobiliari successivamente alla redazione del verbale di immissione in possesso, senza cioè frazionare l'adempimento nei due passaggi prescritti letteralmente dalla norma, consistenti nella trascrizione del provvedimento sotto condizione sospensiva (23.1.f) e successiva annotazione (24.5).

In buona sostanza una volta emanato il decreto si procederà alla notifica dello stesso, unitamente all'avviso di esecuzione, quindi alla sua esecuzione mediante redazione dei verbali citati. Una volta annotato in calce la data di notifica e di esecuzione, si provvederà alla operazione di

trascrizione del decreto, al quale sarà allegato il verbale di immissione nel possesso.

La semplificazione proposta pare del resto in linea con le ragioni di urgenza sottese alla scelta della procedura accelerata in esame.

Se nell'ambito della procedura ordinaria è possibile che l'esecuzione del decreto di esproprio possa seguire anche a distanza di tempo la sua emanazione, in sede di procedura accelerata il differimento della esecuzione del decreto appare in contrasto con le stesse ragioni di urgenza dell'avvio dei lavori, che sono alla base della scelta della stessa procedura e che sarebbero frustrate qualora la immissione in possesso non fosse immediata; a meno che, naturalmente, non si verta nelle ipotesi (più di cinquanta destinatari, opere strategiche) in cui l'urgenza non rileva (almeno allo stato attuale della giurisprudenza prevalente).

La normativa consente tempi molto ravvicinati tra l'emanazione del decreto e la sua esecuzione: da qui, tra l'altro, l'attenuazione delle esigenze di pubblicità-notizia sottese alla trascrizione del decreto emanato e non ancora eseguito.

Esecuzione del decreto di occupazione

Il duplice contenuto del provvedimento di cui all'art. 22 bis consente, come già rilevato, da una parte di addivenire attraverso la determinazione dell'indennità e sua notifica, all'emanazione del decreto di esproprio e dall'altra di eseguire la disposta occupazione d'urgenza attraverso l'immissione nel possesso.

Il decreto di occupazione deve essere eseguito, mediante immissione nel possesso, entro il termine perentorio di tre mesi dalla sua emanazione (22 bis.4).

All'attribuzione di natura perentoria al termine di esecuzione del decreto consegue che, scaduti i tre mesi, il provvedimento perderà efficacia (TAR SA 157/2007, *contra* CGA 677/2005) e conseguentemente non potrà da quel momento essere portato ad esecuzione, salvo la possibilità per l'Autorità procedente di rinnovare tale atto, senza necessità, si può ritenere, di rinnovare, se espletato, l'avviso di avvio del procedimento.

E' ovvio nel contempo che l'emanazione di un nuovo provvedimento sulla base del presupposto della particolare urgenza ai sensi dell'art. 22 bis.1, potrà risentire, in punto di motivazione sindacabile in sede giurisdizionale, della perdita di efficacia, per decorrenza del termine di esecuzione, del provvedimento in precedenza adottato per le medesime ragioni di urgenza, qualora ciò sia dipeso non da fattori oggettivi, bensì da inerzia dell'Autorità procedente.

Per espressa previsione normativa il termine trimestrale di efficacia del decreto decorre (*dies a quo*) dalla data in cui il provvedimento è emanato.

Tale disposizione è riprodotiva del disposto di cui all'art. 20.1 della L. 865/1971, rispetto alla quale si era formato un consolidato orientamento giurisprudenziale, in base al quale il termine *emanato* doveva essere inteso nel significato di *suscettibile di essere portato ad esecuzione*. Da ciò conseguiva che tale data coincideva con quella di adozione dell'atto, nel caso in cui questo fosse stato dichiarato immediatamente esecutivo o con il diverso termine di scadenza della pubblicazione o dell'eseguito controllo, se previsto (TAR PZ 83/2006, PE 265/2004).

Così, analogamente all'orientamento pressoché pacifico della giurisprudenza nel previgente ordinamento, è lecito ritenere che il termine trimestrale sia perentorio, e che un'occupazione tardiva, non preceduta dalla rinnovazione e ri-motivazione dell'atto, avvenga in carenza di potere, determinando l'illegittimità dell'occupazione.

Alla luce del regime delle competenze e dell'efficacia degli atti di cui al vigente ordinamento degli enti locali e nuovo assetto costituzionale delle autonomie locali, la data di emanazione del provvedimento di occupazione oggi di competenza del dirigente, dovrebbe coincidere con quella della sua adozione.

Il condizionale è d'obbligo alla luce delle disposizioni in materia di efficacia dei provvedimenti amministrativi, introdotte nel testo della L. 241/1990 con la L. 15/2005. Il riferimento va all'art. 21 bis in base al quale il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario, con la comunicazione allo stesso effettuata.

Qualora si ritenga che il provvedimento d'occupazione d'urgenza sia riconducibile a tale categoria, in considerazione dell'automatica compressione del diritto di proprietà da esso derivante, dalla disposizione richia-

GLI ISTITUTI DELL'OCCUPAZIONE ACQUISITIVA ED USURPATIVA

Tratto dal volume "L'articolo 43 del dPR 327/2001", *Esceo*, 2009

INES MELLONI

Una delle finalità assegnate al provvedimento acquisitivo (43) è quello di eliminare le note figure di creazione giurisprudenziale dell'occupazione acquisitiva ed usurpativa.

Con la sentenza 1464/1983 le SS.UU. della Corte di Cassazione affermano che nelle ipotesi in cui la P.A. occupi un fondo di proprietà privata per la costruzione di un'opera pubblica e tale occupazione sia illegittima, la radicale trasformazione del fondo da un lato comporta l'estinzione del diritto di proprietà del privato e la contestuale acquisizione, a titolo originario, della proprietà in capo all'ente costruttore, dall'altro costituisce un illecito istantaneo, sia pure con effetti permanenti, che abilita il privato a chiedere, nel termine prescrizione di cinque anni dal momento della trasformazione del fondo, la condanna dell'ente medesimo a risarcire il danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà.

L'eventuale decreto di esproprio eventualmente emanato dovrà ritenersi *inutiliter datum*, avendo già la P.A. acquisito la proprietà del suolo per effetto dell'esecuzione dell'opera pubblica, che ha modificato in maniera irreversibile il bene, con conseguente estinzione dello stesso diritto di proprietà in capo al titolare.

Considerato che l'ordinamento non consente di ravvisare la coesistenza di due diritti di proprietà, la sentenza citata, esaminando i meccanismi di cui agli artt. 934 c.c. e segg., enucleava il principio generale in forza del quale regola per la composizione del conflitto è l'attribuzione della proprietà sia del suolo sia della costruzione al soggetto portatore dell'interesse ritenuto prevalente, secondo una valutazione di ordine economico-sociale. Ponendo in rilievo che, nell'ipotesi in esame, il conflitto sorge tra un soggetto privato ed un ente pubblico, portatore non di un interesse proprio bensì della collettività dei cittadini, cui l'opera pubblica è destinata, la Corte risolveva a favore della P.A. il giudizio in ordine a quale interesse (privato o pubblico), dovesse risultare prevalente.

L'istituto ricevette dallo stesso legislatore qualche riconoscimento, seppur settoriale (in particolare art. 3 L 458/1988 e art. 11 L 413/1991), nonché l'avvallo da parte della stessa Corte Costituzionale con diversi interventi (384/1990, 188/1995).

E' significativo che fin dalle note decisioni che hanno definito presupposti e confini dell'istituto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione ne abbiano evidenziato la distinzione dal fenomeno dell'apprensione *sine titulo* di un bene immobile altrui, evidenziandone i tratti salienti nell'essere necessariamente caratterizzato «quale suo indefettibile punto di partenza» da una dichiarazione di pubblica utilità dell'opera e «quale suo indefettibile punto di arrivo» dalla realizzazione dell'opera pubblica medesima, con la conseguenza che esulano necessariamente da tale schema applicativo le costruzioni che pur assolvendo a finalità di pubblico interesse, non sono precedute dalla prescritta dichiarazione di pubblica utilità, indispensabile per attribuire loro la qualifica di bene demaniale o patrimoniale indisponibile, realizzando viceversa il fenomeno divenuto noto come "occupazione usurpativa" (CASS 23943/2008, 8721/2008, 7320/2008, CASS SU 24397/2007, 13397/2007, 1055/2006, CASS 13477/2006, 19543/2004, 18916/2004, 18436/2004, 3007/2004, 3011/2004).

Erano così tracciate le linee guida ai fini della distinzione tra occupazione acquisitiva ed usurpativa. Detta distinzione assume rilevanza a diversi fini. Sulla base, infatti, dell'elaborazione giurisprudenziale e di alcune indicazioni di carattere normativo:

— soltanto l'occupazione acquisitiva realizza l'acquisizione del bene, mentre l'occupazione usurpativa si configura quale fatto illecito per-

manente produttivo di danno da inquadrare nell'art. 2043 Cod. Civ., con conseguente tutela ripristinatoria in forma specifica o reintegratoria per equivalente del danneggiato. In tale ipotesi l'effetto acquisitivo è fatto discendere non dall'irreversibile trasformazione bensì dall'abdicazione al diritto di proprietà da parte del titolare, nel momento in cui lo stesso opta per la pretesa risarcitoria per equivalente (TAR PA 117/2009, RC 696/2008, CASS 26615/2008, 7320/2008, 26732/2007, TAR NA 9561/2007, CASS SU 13431/2006, CGA 825/2005);

- soltanto in ipotesi di occupazione acquisitiva il risarcimento del danno è suscettibile di prescrizione (quinquennale) (sul punto si rinvia al paragrafo relativo);
- soltanto in ipotesi di occupazione acquisitiva, e non anche di usurpativa, consegue l'integrale ristoro del danno bensì un risarcimento per la cui quantificazione (almeno fino alla data del 30 settembre 1996), si procede con gli stessi criteri (salvo alcuni correttivi) stabiliti per la determinazione dell'indennità di esproprio (cfr. comma 7 bis introdotto nel testo dell'art. 5 bis L 359/1992 ad opera della L 662/1996 - Art. 3 - comma 65).

Tale distinzione è oggi venuta meno per effetto dell'intervento della Corte Costituzionale che, con sentenza n 349/2007, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 5 bis comma 7 bis DL 333/1992 convertito nella L 359/1992 per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.; ciò in quanto la norma si pone in contrasto con le norme internazionali convenzionali e, anzitutto, con l'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU, nell'interpretazione offertane dalla Corte EDU. La sentenza della Consulta non ha toccato l'art. 55 TU che, nel testo originario, aveva recepito il citato art. 5 bis comma 7 bis. La riformulazione dell'art. 55 è avvenuta ad opera del legislatore che con la L 244/2007 art. 2, comma 90 (Legge finanziaria 2008), ha disposto che, nel caso d'utilizzazione di un suolo edificabile per scopi di pubblica utilità, in assenza di un valido ed efficace provvedimento d'esproprio, il risarcimento del danno è liquidato in misura pari al valore venale del bene.

L'applicazione dell'istituto dell'occupazione acquisitiva ha suscitato diverse problematiche. Al riguardo va segnalato:

- l'accesso dibattito in ordine all'individuazione del momento in cui poteva dirsi realizzata l'irreversibile trasformazione del bene, presupposto indefettibile perché potesse operare l'istituto acquisitivo;
- il contrasto riguardo all'individuazione del *dies a quo* della prescrizione del risarcimento del danno. Il termine, dopo acceso dibattito, fu individuato nel momento in cui si realizzava l'effetto estintivo-acquisitivo e pertanto nel momento dell'irreversibile trasformazione del bene, ovvero, qualora quest'ultima si fosse realizzata nel corso dell'occupazione legittima, alla scadenza di questa. Sul punto si rinvia al paragrafo relativo.
- Strettamente collegata anche la tematica relativa all'individuazione degli eventi aventi natura interruttiva della prescrizione medesima. Si segnala al riguardo il ben noto contrasto in ordine all'effetto interruttivo della prescrizione, ora riconosciuto ed ora negato, all'offerta ed al deposito dell'indennità di espropriazione;
- la discussa individuazione degli strumenti giuridici idonei a formalizzare l'acquisizione; trattandosi infatti di istituto di creazione giurisprudenziale e pertanto mancante di specifica previsione normativa, fu sollevato da più parti il dubbio che la P.A. fosse legittimata ad adottare un provvedimento amministrativo unilaterale, suscettibile di trascrizione presso gli uffici dei Registri Immobiliari;
- la difficoltà ad individuare la linea di demarcazione rispetto all'istituto dell'occupazione usurpativa, con i conseguenti riflessi anche sul tema della giurisdizione.

Riguardo a quest'ultimo profilo noti sono i contrasti tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato, che hanno subito alterne vicende, le ultime conseguenza degli interventi della Corte Costituzionale (204/2004, 191/2006).

Fermo restando la condivisione del criterio di massima per cui l'occupazione acquisitiva presuppone l'esercizio di un potere, mentre l'occupazione usurpativa si configura quale mero comportamento non riconducibile all'esercizio di alcun potere pubblicistico, il contrasto tra le due giurisdizioni consiste fondamentalmente nell'individuazione delle fattispecie in concreto riconducibili alle categorie così individuate.

Indicativa del contrasto la rimessione, all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, della questione concernente la giurisdizione nel caso d'intervenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità (ord. CDS

Sez. IV 3288/2007 e ord. CGA 75/2007); più in generale tale rimessione ha offerto lo spunto per una rimediazione della problematica concernente la giurisdizione sui comportamenti della P.A.: « Può d'altra parte distinguersi tra comportamenti materiali che non si ricollegano ad alcun provvedimento, o rispetto ai quali il provvedimento costituisce soltanto l'occasione, e comportamenti materiali che trovano invece nel provvedimento amministrativo la loro causa o sono con esso altrimenti collegati. Il caso in esame rientra in questa seconda ipotesi, riconducibile alla fattispecie della occupazione appropriativa, che (cfr. Corte costituzionale sentenza n. 191/2006) si verifica quando il fondo è stato occupato a seguito di dichiarazione di pubblica utilità, e pertanto nell'ambito di una procedura di espropriazione, ed ha subito una irreversibile trasformazione in esecuzione dell'opera di pubblica utilità senza che, tuttavia, sia intervenuto il decreto di esproprio o altro atto idoneo a produrre l'effetto traslativo della proprietà. Va da ultimo rilevato che la controversia offre la occasione per un complessivo riesame della problematica della giurisdizione sui comportamenti della Pubblica Amministrazione, anche in relazione agli indirizzi delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che sono ferme nel ritenere la giurisdizione ordinaria non solo nelle vertenze in cui la dichiarazione di pubblica utilità manchi del tutto o sia in origine inefficace, ma anche nelle controversie in cui il provvedimento di espropriazione non sia intervenuto prima della scadenza del termine di efficacia previsto nella dichiarazione medesima (cfr. Cass. SS.UU. n. 13659 del 13 giugno 2006).» (così CGA 75/2007).

Sulle questioni alla medesima rimesse, l'Adunanza Plenaria si è pronunciata con decisioni del 30 luglio 2007 n. 9 e 22 ottobre 2007 n. 12, confermando l'orientamento favorevole al riconoscimento della giurisdizione del G.A., nel caso di domanda di risarcimento del danno conseguente ad occupazione divenuta illegittima per scadenza dei termini d'efficacia della PU o per annullamento degli atti della procedura; ciò in quanto la mancata adozione del provvedimento traslativo entro il prescritto termine o l'intervenuta dichiarazione d'illegittimità degli atti, non sembrano poter dequotare la valenza giuridica di un'attività espletata nel corso e in virtù di un procedimento che la dichiarazione di P.U. ha *ab origine* funzionalizzato a scopi specifici e concreti di pubblica natura o utilità.

GIUSTO PROCEDIMENTO: LA COGENZA DEBOLE DEL DOVERE DI COMUNICAZIONE DEI MOTIVI OSTATIVI

MARCO ANTONIOL

Sommario: *I. INTRODUZIONE* | 1. prima lettura dell'art. 10-bis | 2. i lavori preparatori: genesi dell'art. 10-bis | 3. la ratio dichiarata e le altre finalità della norma | *II. AMBITO APPLICATIVO* | 1. premesse | 2. l'iniziativa di parte: nulla-osta paesaggistici, ricorsi amministrativi, ordinanze propulsive e d.i.a. | 3. le limitazioni di cui al quinto periodo: i procedimenti previdenziali e le procedure concorsuali | 4. possibili esclusioni non dettate dall'art. 10-bis: materia edilizia, materie di competenza legislativa regionale, piani di lottizzazione, diritto intertemporale e accesso ai documenti amministrativi | *III. LA COMUNICAZIONE* | 1. premesse | 2. soggetto: la competenza | 3. predicato verbale: forma, natura e impugnabilità della comunicazione | 4. complemento oggetto: i motivi che ostano all'accoglimento della domanda | 5. complemento di termine: gli istanti | 6. complemento di tempo: antecedenza rispetto alla formale adozione del provvedimento negativo, tempestività, questione della fase procedimentale e della ripetibilità | 7. effetti: rinvio | *IV. LE OSSERVAZIONI* | 1. premesse | 2. soggetto, predicato verbale e complemento oggetto | 3. complemento di tempo: il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione | 4. effetti: la ripresa del decorso dei termini per concludere il procedimento e il problema dei termini rimanenti | *V. IL PROVVEDIMENTO* | 1. premesse | 2. la negatività del provvedimento | 3. l'obbligo motivazionale | 4. l'illegittimità del provvedimento per sua violazione dell'art. 10-bis: omessa confutazione delle osservazioni e altre forme di patologia motivazionale | 5. l'illegittimità del provvedimento per vizi derivati: l'omissione della comunicazio-

ne dei motivi ostativi | 6. la mancanza del provvedimento: silenzio-inadempimento, silenzio-assenso e silenzio-diniego | VI. CONCLUSIONI | 1. il vero limite della comunicazione dei motivi ostativi | 2. apologia dell'istituto: nuova ipotesi ricostruttiva dell'art. 10-bis e conseguenze di ordine generale | BIBLIOGRAFIA

I. INTRODUZIONE

1. Prima lettura dell'art. 10-bis

Tra le numerose modifiche apportate alla legge sul procedimento amministrativo¹ nel febbraio 2005² ha presto destato un certo stupore³ l'art. 10-*bis*, introdotto dall'art. 6 della legge di riforma e rubricato “comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza”⁴.

L'attenzione dei primi commentatori è stata attratta anzitutto - ma non solo - dal peculiare contenuto della norma: essa descrive infatti un

¹ L. 7 agosto 1990, n. 241, recante “nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”.

² L. 11 febbraio 2005 n. 15, recante “modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990 n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa”.

³ Cfr., tra i primi Autori che si sono occupati della novella, BACOSI G., LEMETRE F.: *La legge n. 15 del 2005: ecco il nuovo volto della “241”* in www.giustizia-amministrativa.it: “la novella in scrutinio merita speciale menzione laddove contempla, con norma affatto innovativa (art. 10-*bis*, introdotto dall'art. 6 della legge n. 15 del 2005), l'obbligo per l'Amministrazione, prima di adottare un provvedimento sfavorevole per il cittadino istante, di comunicargli le ragioni ostative all'accoglimento della sua richiesta”.

⁴ Art. 10-*bis* l. 7 agosto 1990, n. 241: “Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali”.

subprocedimento complesso⁵, che prende l'avvio dalla comunicazione a cui fa riferimento la rubrica, si snoda attraverso delle osservazioni dei privati e si riversa nell'atto conclusivo del procedimento. Così tratteggiato, l'istituto si presenta del tutto privo di gestazione dottrinale: tale considerazione, ad ogni modo, non basta per affermare che la norma "non ha precedenti nel sistema del procedimento amministrativo italiano"⁶, come sovente si legge in dottrina⁷. Il legislatore della riforma, piuttosto, sembra aver generalizzato una fattispecie che da un lato era già nota alle più recenti normative regionali in materia di illeciti edilizi⁸ e d'altro lato sembrava suggerita dai traguardi raggiunti dalla giurisprudenza amministrativa in tema di Autorità indipendenti⁹.

⁵ Cfr. BOTTINO G.: *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento all'istanza di parte: considerazioni su di una prima applicazione giurisprudenziale del nuovo art. 10-bis l. n. 241/1990* in *Foro amm. - TAR*, 2005, 7, pag. 1557, nonché IDEM: *Articolo 10-bis*, in *L'azione amministrativa*, a cura di ITALIA V., Milano, 2005, pag. 395, laddove l'Autore anticipa nel testo - ed affronta approfonditamente in nota - la questione della natura subprocedimentale dell'istituto in parola. Negli stessi termini cfr. altresì CHINELLO D.: *Portata e limiti della partecipazione al procedimento amministrativo dopo la legge n. 15/2005*, in *www.lexitalia.it*, § 3.

⁶ Così BOTTINO G.: *Articolo 10-bis*, cit., pag. 417.

⁷ Cfr. MOMMO G.: *L'articolo 10 bis della legge 241/1990: novità normativa e problemi applicativi di diniego dei titoli abitativi in materia edilizia* in *www.altalex.com*, § 1, per il quale si tratta di una "novità assoluta", nonché BACOSI G., LEMETRE F.: *La legge n. 15 del 2005*, cit. e CHINELLO D.: *Portata e limiti*, cit., § 3.

⁸ Art. 6, comma 2, l. R. Lazio 8 novembre 2004, n. 12: "Qualora, al termine dell'istruttoria, il comune determini che il titolo abilitativo edilizio in sanatoria non può essere concesso, ne dà comunicazione all'interessato con provvedimento motivato. In tal caso, l'interessato può formulare le proprie osservazioni, a pena di decadenza, entro il termine di sessanta giorni". La disposizione è ricordata da TARULLO S.: *L'art. 10 bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria* in *www.giustamm.it*, § 1.

⁹ Cfr. VAIANO D.: *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, a cura di PREFETTI R., Padova, 2008, pagg. 50-51: l'Autore rinvia in nota a TAR Lazio, Roma, sez. III-quater, 14 gennaio 2002, n. 249, laddove è ritenuto "vulnerante all'effettività della partecipazione endoprocedimentale" sia il fatto di aver impedito alla società ricorrente di analizzare la "relazione sulla base della quale è stata poi adottata la deliberazione oggetto di censura" che ed il fatto che "gli operatori interessati non siano stati, conseguentemente, posti in grado di contro dedurre". La medesima decisione è ricordata altresì da CLARICH M.: *Garanzia del contraddittorio nel procedimento in Dir. amm.*, 2004, 1, pagg. 34-35. Cfr. altresì MICARI G.: *Il preavviso di rigetto provvedimento, la partecipazione nella partecipazione e l'art. 21octies della l. n. 241 del 1990 al vaglio giurisprudenziale* in *Giur. merito*, 2006, 6, pag 1543, che ricorda "la prevista comunicazione delle risultanze istruttorie nell'ambito dei procedimenti azionati da alcune Autorità indipendenti": le relative disposizioni sono individuate da VAIANO D.: *Preavviso di rigetto*, cit., pag. 50, nota 36. Sul tema del procedimento innanzi le Autorità amministrative indipendenti cfr. infine SCARSELLI G.: *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi alle autorità garanti e sui loro controlli giurisdizionali* in *Foro it.*, 2002, cc. 488 e ss. nonché CLARICH M.: *Garanzia del contraddittorio*, cit.: quest'ultimo, in particolare, dopo aver affrontato il tema del contraddittorio nei procedimenti che si svolgono innanzi alle

Parimenti degne di nota sono le scelte sistematiche operate dalla riforma, essendosi correttamente osservato che l'art. 10-*bis* costituisce l'unica disposizione del Capo III limitata ai soli procedimenti ad istanza di parte¹⁰. In effetti, l'esigenza di *partecipazione al procedimento amministrativo* - come recita l'intitolazione del Capo in parola - sembra caratterizzare tutti i tipi di procedimento: per molti versi, anzi, è maggiormente sentita nei procedimenti iniziati d'ufficio¹¹, di modo che la strana limitazione dell'art. 10-*bis* ai soli procedimenti ad istanza di parte ha destato non poche perplessità¹².

Varie riserve sono state poi avanzate dal punto di vista strutturale. Da un lato è senz'altro discutibile¹³ la scelta - comune ad altri interventi della novella¹⁴ - di concentrare più norme in un unico comma, obbligando l'interprete al disagiata riferimento a periodi¹⁵: non essendo numerati né graficamente visibili, infatti, i periodi possono dar luogo a malintesi, come infatti è presto accaduto¹⁶. D'altra parte, il legislatore ha adottato una rubrica piuttosto pedissequa: a ciò ha fatto fronte la dottrina, che ha immediatamente ribattezzato l'istituto con dizioni più sintetiche¹⁷ come

Autorità indipendenti, osserva che esso “rappresenta un settore privilegiato nel quale sperimentare modelli procedurali più garantisti che potrebbero via via essere estesi, con gli adattamenti necessari, anche alle amministrazioni più tradizionali”.

¹⁰ Cfr. MOMMO G.: *L'articolo 10 bis*, cit., § 1: secondo l'Autore “nel Capo III (riguardante procedimenti avviati dall'amministrazione e destinati a produrre effetti su soggetti privati), dove la nuova disposizione è stata inserita, costituisce una specie di ‘corpo estraneo’ in quanto riguarda i procedimenti ad istanza di parte”. Cfr. però in senso opposto ZITO A.: *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto Amministrativo* a cura di SCOCA F. G., IV ed., Torino, 2008, pag. 237: facendo leva sulla *ratio* della disposizione, l'Autore ritiene “giusta [...] la collocazione dell'articolo nell'ambito del Capo III della legge n. 241/1990 che disciplina la partecipazione”.

¹¹ Cfr. MORBIDELLI G.: *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto Amministrativo* a cura di MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F. A. e SCOCA F. G., IV ed., Bologna, 2005, pag. 643: dopo aver distinto le due funzioni della partecipazione “come strumento di difesa e di collaborazione”, l'Autore osserva che “nella seconda le esigenze garantistiche sono[...] meno sentite”.

¹² Cfr. *infra*, cap. II, pag. 62.

¹³ Cfr. però BOTTINO G.: *Articolo 10-bis*, cit., pag. 396, che sembra apprezzare il fatto che la disposizione “non sia suddivisa in commi, bensì in una serie concatenata di periodi dalla cui lettura necessariamente complessiva emerge il contenuto normativo”.

¹⁴ Cfr. gli emblematici commi 4 e 5 dell'art. 25 nonché, tra le norme che più direttamente presentano interferenze con l'art. 10-*bis*, il capoverso dell'art. 21-*octies*.

¹⁵ Cfr. VAIANO D.: *Preavviso di rigetto*, cit., pag. 36, che parla invece di “*regole*”.

¹⁶ Cfr. in particolare, tra le numerose decisioni che alludono ad un “*comma 2*” dell'art. 10-*bis*, TAR Campania, Napoli, sez. IV, 6 marzo 2006, n. 2641 e TAR Sardegna, Cagliari, sez. II, 16 febbraio 2006, n. 232: nella prima sentenza il riferimento è in realtà al quinto periodo della disposizione, mentre nella seconda si riporta testualmente quello che invero è terzo periodo.

¹⁷ Cfr. MICARI G.: *Il preavviso di rigetto provvedimento*, cit., pag. 1543.

“preavviso di rigetto”¹⁸ o, più di rado, “preavviso di diniego”¹⁹. Si tratta di espressioni che non brillano per precisione²⁰ ma, se fossero state dotate di suggello legislativo, avrebbero contribuito non meno della divisione in commi ad agevolare i primi interpreti di una norma che è tutt'altro che di facile lettura.

2. I lavori preparatori: genesi dell'art. 10-bis

Analogamente al c.d. Progetto Cerulli Irelli²¹, che per molti versi aprì la via alla l. 15/05²², il disegno di legge approvato dal Senato della Re-

¹⁸ Cfr. TARULLO S.: *L'art. 10 bis*, cit., § 1: secondo l'Autore, “per brevità, appare preferibile impiegare dizioni più agili e sintetiche, quali ‘preavviso di rigetto’ (dell’istanza)”. Cfr. altresì MASTRECCIA L.: *Il preavviso di rigetto: applicabilità ai procedimenti delle Regioni a statuto speciale dei principi sottesi all'art. 10-bis l. n. 241 del 1990 quali principi generali dell'ordinamento della Repubblica* in *Giur. merito*, 2008, 1, pag. 235, nota 1, che ricorda “l’efficace espressione [...] conosciuta da Tarullo”. Tra gli Autori che fin da titolo del proprio contributo adottano l’espressione in parola - da ritenersi senz’altro maggioritaria - si ricordano: FANIZZI R.: *Il preavviso di rigetto ex art. 10-bis l. 241/90. Problemi di applicazione generale della norma e conseguenze dell’omessa comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento della domanda* in www.entilocali.provincia.le.it; FARINA G.: *L’omissione del preavviso di rigetto non sempre inficia il provvedimento finale* in www.altalex.com; FREDIANI E.: *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte al preavviso di rigetto* in *Dir. amm.*, 2005, 4, pag. 1003 e ss. LUCCA M.: *Il c.d. preavviso di rigetto tra buona fede e legittima aspettativa del privato* in www.LexItalia.it; MASTRECCIA L.: *Il preavviso di rigetto*, cit.; MICARI G.: *Il preavviso di rigetto provvedimento*, cit.; SGUEO G.: *Il rapporto tra il preavviso di rigetto (art. 10 bis legge n. 241/1990) e la sanatoria dei vizi dell’atto amministrativo (art. 21 octies legge 241/1990) secondo il T.A.R. Puglia e la giurisprudenza amministrativa*, in www.diritto.it e PROIETTI R.: *Preavviso di rigetto: conquista di civiltà* in *Diritto e giustizia*, 2005, 34.

¹⁹ Cfr. CHINELLO D.: *Portata e limiti*, cit., §3, per il quale l’atto “si potrebbe più agevolmente definire come ‘preavviso di diniego’”.

²⁰ Cfr. BOTTINO G.: *Articolo 10-bis*, cit., pag. 402, laddove l’Autore osserva che “è provvedimento negativo ogni atto che denega, disattende ovvero accoglie soltanto parzialmente” l’istanza di parte. In termini analoghi cfr. CARINGELLA F.: *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Milano, 2007, pag. 1045-1046: l’Autore - che infatti si riferisce all’istituto con l’espressione moderatamente sintetica di “preavviso di provvedimento negativo” - osserva che “l’adozione di un provvedimento negativo” si verifica “sia nel caso in cui l’amministrazione intenda disporre la reiezione dell’istanza, sia nel caso in cui la domanda sia accoglibile solo in parte”. Cfr. inoltre TARULLO S.: *L’art. 10 bis*, cit., §1: accanto alla fortunata espressione “preavviso di rigetto”, infatti, l’Autore suggerisce quella - più rigorosa - di “(pre)avviso di provvedimento sfavorevole”. Tra gli Autori che non sembrano apprezzare dizioni sintetiche si segnalano CASETTA E.: *Manuale di diritto amministrativo*, X ed., Milano, 2008, nonché CHIEPPA R., LOPILATO V.: *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007.

²¹ Cfr. Progetto di Legge C. 6844, XIII legislatura, in <http://legislature.camera.it>

²² Cfr. CERULLI IRELLI V.: *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 - II parte* in www.giustamm.it, §6. L’influenza del Progetto n. 6844 approvato dalla camera nel corso della XIII

**RISARCIMENTO DEL DANNO DA OCCUPAZIONE ACQUISITIVA: LA PRESCRIZIONE
DECORRE DALL'IRREVERSIBILE TRASFORMAZIONE DEL BENE**

TRIBUNALE DI CHIETI del 22/04/2009

Relatore: Patrizia Medica - Presidente: Patrizia Medica

PATOLOGIA --> RISARCIMENTO DEL DANNO --> PRESCRIZIONE --> DIES A QUO --> NEL CASO DI OCCUPAZIONE ACQUISITIVA

Sintesi: La decorrenza della prescrizione quinquennale del risarcimento del danno derivante dall'irreversibile trasformazione del bene occupato, coincide con la modifica dello stato anteriore del bene, perché è in quel momento che si realizza la fattispecie della cosiddetta accessione invertita, o occupazione acquisitiva, con l'acquisto della proprietà a titolo originario a favore della pubblica amministrazione e la corrispondente estinzione del diritto del proprietario.

PATOLOGIA --> IRREVERSIBILE TRASFORMAZIONE

Sintesi: L'irreversibile trasformazione del bene si realizza nel momento in cui l'opera pubblica si delinea nei suoi connotati definitivi e nelle sue previste caratteristiche, con la conseguente non ripristinabilità dello "status quo ante", se non attraverso nuovi interventi (altrettanto) eversivi della fisionomia assunta dal bene.

PATOLOGIA --> IRREVERSIBILE TRASFORMAZIONE --> STRADA

Sintesi: Nel caso di realizzazione di una strada, la trasformazione del bene idonea a configurarne l'irreversibile trasformazione all'opera pubblica, si verifica non appena l'opera assuma i connotati minimi suoi propri e, nonostante la mancanza di opere accessorie che ne rendano l'uso più agevole e sicuro e ne consentano, in concreto, l'effettiva apertura al traffico, risulti astrattamente idonea ad essere percorsa come tale.

PATOLOGIA --> RISARCIMENTO DEL DANNO --> PRESCRIZIONE --> INTERRUZIONE DELLA PRESCRIZIONE

Sintesi: Non assumono alcun rilievo, ai fini dell'interruzione della prescrizione del risarcimento del danno conseguente ad irreversibile trasformazione del bene, eventuali proposte transattive, dirette a comporre bonariamente la vertenza che, non avendo quale precipuo presupposto l'ammissione totale o parziale della pretesa avversaria, non comportano alcun riconoscimento del diritto altrui, ai sensi dell'articolo 2944 c.c.

Estratto: « Deve in primo luogo rilevarsi, con riferimento all'eccezione sollevata da parte convenuta, che la decorrenza della prescrizione quinquennale, per il risarcimento del danno derivante dall'irreversibile trasformazione del bene occupato, coincide con la modifica dello stato anteriore del bene, perché è in quel momento che si realizza la fattispecie della cosiddetta accessione invertita, o occupazione acquisitiva, con l'acquisto della proprietà a titolo originario a favore della pubblica amministrazione e la corrispondente estinzione del diritto del proprietario. Conseguentemente, è da quel momento che quest'ultimo può chiedere la riparazione del danno subito, per essere stato privato del suo diritto. Con riferimento al caso di specie il CTU, sulla base della documentazione acquisita agli atti, aveva accertato che i lavori erano stati ultimati il 12 maggio 1969

e che il 30 settembre era stato redatto verbale di accertamento dei danni, dipendenti da frane e smottamenti, addebitati all'impresa. L'opera era stata poi collaudata il 3.4.1972. Considerato che il termine quinquennale di prescrizione dell'azione risarcitoria - la cui scadenza deve essere provata da chi eccepisce la prescrizione - decorre dal momento in cui, delineandosi l'opera pubblica nei suoi connotati definitivi e nelle sue previste caratteristiche, si realizza l'irreversibile trasformazione del fondo occupato, con la conseguente non ripristinabilità dello "status quo ante", se non attraverso nuovi interventi (altrettanto) eversivi della fisionomia attualmente assunta dal bene, nel caso di realizzazione di una strada, tale trasformazione si verifica non appena l'opera assuma i connotati minimi suoi propri e, nonostante la mancanza di opere accessorie che ne rendano l'uso più agevole e sicuro e ne consentano, in concreto, l'effettiva apertura al traffico, risulti astrattamente idonea ad essere percorsa come tale (cfr. Cass. sez. I n. 14050 del 2008). Accertato che l'irreversibile trasformazione del fondo occupato era avvenuta certamente in epoca anteriore alla data di completamento dell'opera, ultimata il 12.5.1969, appare quindi necessario accertare la sussistenza di atti formali di messa in mora, effettuati dagli attori, che avevano notificato l'atto di citazione in data 12.6.1991. Dall'esame della documentazione allegata dagli attori, non risulta prodotto alcun formale atto di messa in mora, comunicato all'ente convenuto entro il termine quinquennale di prescrizione, mentre nessun rilievo possono avere eventuali proposte transattive, dirette a comporre bonariamente la vertenza che, non avendo quale precipuo presupposto l'ammissione totale o parziale della pretesa avversaria, non comportano alcun riconoscimento del diritto altrui, ai sensi dell'articolo 2944 c.c., per cui non hanno efficacia interruttiva, né possono importare rinuncia tacita a far valere la prescrizione medesima, perché non costituiscono fatti incompatibili in maniera assoluta senza, cioè, possibilità alcuna di diversa interpretazione, con la volontà di avvalersi della causa estintiva dell'altrui diritto, come richiesto dall'articolo 2937 terzo comma c.c. (cfr. Cass. sez. III, n. 5327 del 2007).»

INDENNITA' DI OCCUPAZIONE LEGITTIMA NON SEGUITA DA ESPROPRIO: IL PARAMETRO E' L'INDENNITA'

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE I CIVILE n.10598 del 08/05/2009

Relatore: Maria Cristina Giancola - Presidente: Ugo Vitrone

INDENNITÀ --> INDENNITÀ DI ESPROPRIO --> AREE NON EDIFICABILI --> VAM --> LEGITTIMITÀ PER LE AREE NON EDIFICABILI

Sintesi: La sentenza n. 348 del 2007 della Corte costituzionale, ha inciso solo sul sistema indennitario dei suoli edificatori, ma non ha toccato il criterio del valore agricolo medio che la L. n. 865/1971 riserva ai suoli con destinazione agricola.

VINCOLI URBANISTICI ED EDIFICABILITÀ --> EDIFICABILITÀ --> BIPARTIZIONE

Sintesi: La sentenza n. 348 del 2007 della Corte costituzionale, non ha toccato la necessità di distinzione tra suoli edificabili e non edificabili, posto che il D.L. 11 luglio 1992, n. 333, art. 5 bis, comma 4, che per questi ultimi rinvia alla L. n. 865 del 1971, non è stato interessato dalla pronuncia di incostituzionalità.

Estratto: « Giova premettere (cfr. Cass. 200803022) che "In tema di indennità di espropriazione, la sentenza n. 348 del 2007 della Corte costituzionale ha inciso solo sul sistema indennitario dei

suoli edificatori, ma non ha toccato né il criterio del valore agricolo medio, che la L. 22 ottobre 1971, n. 865, titolo 2°, dopo le dichiarazioni di incostituzionalità degli anni 80 riserva ai suoli con destinazione agricola, né la necessità stessa di distinzione tra suoli edificabili e non edificabili, posto che il D.L. 11 luglio 1992, n. 333, art. 5 bis, comma 4, che per questi ultimi rinvia alla L. del 1971, non è stato interessato dalla pronuncia di incostituzionalità”».

GIUDIZIO --> GIURISDIZIONE E COMPETENZA --> INDENNITÀ --> INDENNITÀ DI OCCUPAZIONE --> OCCUPAZIONE LEGITTIMA PRECEDENTE ALL'OCCUPAZIONE APPROPRIATIVA

Sintesi: Ove siano proposte davanti alla Corte d'appello, ai sensi della L. n. 865/71, artt. 19 e 20, tanto la domanda di determinazione dell'indennità di esproprio che quella di determinazione dell'indennità di occupazione e la domanda relativa all'indennità di esproprio si riveli improponibile per la mancata emissione del provvedimento ablatorio, resta comunque ferma la competenza di quel giudice a pronunciarsi sulla domanda di determinazione dell'indennità di occupazione.

PATOLOGIA --> RISARCIMENTO DEL DANNO --> OCCUPAZIONE LEGITTIMA PRECEDENTE ALL'ILLEGITTIMA

Sintesi: La tardiva emissione del decreto di espropriazione, non incide sulla legittimità dell'occupazione preespropriativa, disposta ed intervenuta in costanza di una valida dichiarazione di pubblica utilità, con la conseguenza che in detta ipotesi non viene meno il diritto del proprietario del bene occupato ed eventualmente anche irreversibilmente trasformato, all'indennità di occupazione legittima e, dunque, la possibilità di agire per la relativa determinazione.

PATOLOGIA --> RISARCIMENTO DEL DANNO --> OCCUPAZIONE LEGITTIMA PRECEDENTE ALL'ILLEGITTIMA --> INDENNITÀ VIRTUALE DI ESPROPRIAZIONE

Sintesi: Il concetto di indennità c.d. “virtuale” d'espropriazione, con cui si esprime l'esigenza che la base di calcolo dell'indennità d'occupazione d'urgenza debba commisurarsi a quella dell'indennità d'espropriazione, è applicabile a tutti i casi nei quali l'occupazione non sia seguita da formale espropriazione e, quindi, tanto al caso in cui all'occupazione sia conseguita l'irreversibile trasformazione del fondo, quanto al caso in cui all'occupazione non sia seguita, in via definitiva, la prevista destinazione del bene all'esecuzione dell'opera pubblica.

PATOLOGIA --> RISARCIMENTO DEL DANNO --> OCCUPAZIONE LEGITTIMA PRECEDENTE ALL'ILLEGITTIMA

Sintesi: L'indennità di occupazione legittima di un terreno agricolo va determinata, ai sensi della L. n. 865 del 1971, art. 20, comma 3, in una somma pari, per ciascun anno di occupazione, ad un dodicesimo dell'indennità che sarebbe dovuta per l'espropriazione dell'area da occupare, calcolata a norma dell'art. 16, ovvero, per ciascun mese o frazione di mese di occupazione, ad un dodicesimo dell'indennità annua, e ciò anche nel caso in cui il procedimento non si concluda con la tempestiva adozione del decreto di esproprio.

Estratto: « In ogni caso, la scadenza dei termini per l'adozione del decreto ablativo, quand'anche allegata in sede di merito sarebbe stata irrilevante, poiché: a. in ordine alla determinazione della competenza, l'art. 5 c.p.c., anche nel testo novellato dalla L. 26 novembre 1990, n. 353, art. 2, esclude la rilevanza dei mutamenti in corso di causa della legge e dello stato di fatto. b. in tema di espropriazione per pubblica utilità, ove siano proposte davanti alla corte d'appello, ai sensi della L. 22 ottobre 1971, n. 865, artt. 19 e 20, tanto la domanda di determinazione dell'indennità di

esproprio che quella di determinazione dell'indennità di occupazione (la quale non può, peraltro, ritenersi implicita nella prima) e la domanda relativa all'indennità di esproprio si riveli improponibile per la mancata emissione del provvedimento ablatorio, resta comunque ferma la competenza di quel giudice a pronunciarsi sulla domanda di determinazione dell'indennità di occupazione (cfr. Cass. 200617245; 199405915). c. la tardiva emissione del decreto di espropriazione non incide sulla legittimità dell'occupazione preespropriativa, disposta ed intervenuta in costanza di una valida dichiarazione di pubblica utilità, con la conseguenza che in detta ipotesi non viene meno il diritto del proprietario del bene occupato ed eventualmente anche irreversibilmente trasformato all'indennità di occupazione legittima e, dunque, la possibilità di agire per la relativa determinazione (cfr. Cass. 200902437; 199907256). d. il concetto di indennità c.d. "virtuale" d'espropriazione, con cui si esprime l'esigenza che la base di calcolo dell'indennità d'occupazione d'urgenza debba commisurarsi a quella dell'indennità d'espropriazione, è applicabile a tutti i casi nei quali l'occupazione non sia seguita da formale espropriazione e, quindi, tanto al caso in cui all'occupazione sia conseguita l'irreversibile trasformazione del fondo, quanto al caso in cui all'occupazione non sia più seguita, in via definitiva, la prevista destinazione del bene all'esecuzione dell'opera pubblica (in tema cfr. Cass. Su 200610830; 200412139; 200100028; Cass. 200405538; Cass. 200109526). e. l'indennità di occupazione legittima di un terreno agricolo va determinata, ai sensi della L. n. 865 del 1971, art. 20, comma 3, in una somma pari, per ciascun anno di occupazione, ad un dodicesimo dell'indennità che sarebbe dovuta per l'espropriazione dell'area da occupare, calcolata a norma dell'art. 16, ovvero, per ciascun mese o frazione di mese di occupazione, ad un dodicesimo dell'indennità annua, e ciò anche nel caso in cui il procedimento non si concluda con la tempestiva adozione del decreto di esproprio (cfr. Cass. 200623279).»

INEDIFICABILE IL TERRENO IN CUI LE OPERE AMMESSE SONO PREROGATIVA DELL'ENTE PUBBLICO

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE V TRIBUTARIA n.10714 del 11/05/2009

Relatore: Mario Bertuzzi - Presidente: Giuseppe Vito Antonio Magno

VINCOLI URBANISTICI ED EDIFICABILITÀ --> EDIFICABILITÀ --> BIPARTIZIONE --> POSSIBILITÀ LEGALI DI EDIFICAZIONE --> PREVALENZA ED AUTOSUFFICIENZA

Sintesi: Attesa la rigida dicotomia fra area edificabile e non, introdotta senza possibilità di un tertium genus dall'art. 5 bis D.L. 333/1991, un'area è da ritenere edificabile quando e per il solo fatto che tale essa risulti classificata dagli strumenti urbanistici.

VINCOLI URBANISTICI ED EDIFICABILITÀ --> EDIFICABILITÀ --> FUNZIONALE AGLI SCOPPI PUBBLICI --> CASISTICA --> VERDE PUBBLICO

Sintesi: Non può essere considerato edificabile un fondo soggetto ad un vincolo urbanistico di carattere "conformativo", siccome compreso in zona destinata a verde pubblico attrezzato, da considerare e valutare come area agricola anche quando fosse possibile realizzare su di esso opere edilizie confacenti allo scopo, costituenti prerogativa dell'ente pubblico che impone il vincolo, non del privato che lo subisce.

Estratto: « Un altro rilevante riferimento di indagine può trarsi dalla nozione di area edificabile, ben distinta da quella di area agricola, risultante dalla legge per la quantificazione dell'indennità di

esproprio (D.L. 11 luglio 1992, n. 333, art. 5 bis, commi 3 e 4, convertito con modificazioni nella L. 8 agosto 1992, n. 359), secondo cui per la valutazione della prima si debbono “considerare le possibilità legali ed effettive di edificazione”, laddove si considerano agricole, e sono valutate secondo i criteri contenuti nella L. 22 ottobre 197, n. 865, Tit. 2 e successive modifiche, tutte le altre aree, che non possono essere classificate come edificabili. In proposito si è infatti costantemente ritenuto (Cass. S.U. n. 172 del 2001; Cass. n. 18314 del 2007; Cass. n. 13199 de 2006), a tal fine, che, attesa la rigida dicotomia fra area edificabile e non. introdotta senza possibilità di un tertium genus dalla norma citata - norma poi dichiarata, incostituzionale (Corte cost. sent. n. 348 del 2007), ma senza incidenza sulla distinzione che qui interessa, tra suoli edificabili e non edificabili (Cass. n. 3022 del 2008) - un’area è da ritenere edificabile quando e per il solo fatto che tale essa risulti classificata dagli strumenti urbanistici; che, invece, non può essere considerato edificabile un fondo soggetto ad un vincolo urbanistico di carattere “conformativo”, siccome compreso in zona destinata a verde pubblico attrezzato, da considerare e valutare come area agricola anche quando fosse possibile realizzare su di esso opere edilizie confacenti allo scopo, costituenti prerogativa dell’ente pubblico che impone il vincolo, non del privato che lo subisce (Cass. n. 13917 del 2007; Cass. n. 26160 del 2006; Cass. n. 24585 del 2006; Cass. n. 2812 del 2006; Cass. n. 23973 del 2004; Cass. n. 11932 del 2001).»

L'ART. 43 TU PRESCINDE DAL VINCOLO E DALLA DICHIARAZIONE DI PU

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE V n.2877 del 11/05/2009

Relatore: Vito Poli - Presidente: Domenico La Medica

PATOLOGIA --> ACQUISIZIONE SANANTE --> ART. 43 DPR 327/2001 --> RETROATTIVITÀ --> RETROATTIVO

Sintesi: L’art. 43 DPR 327/2001 è retroattivo

Estratto: « 8. Con il primo mezzo si deduce l’inapplicabilità dell’istituto della sanatoria previsto dall’art. 43 t.u. espr. Alle fattispecie in cui la dichiarazione di pubblica utilità sia intervenuta prima dell’entrata in vigore del t.u., ciò sulla scorta del tenore letterale della norma sancita dall’art. 57 del medesimo t.u. Il mezzo è infondato. Pur consapevole della contraria tesi sostenuta dalla Corte di cassazione sul punto controverso (cfr. da ultimo Cass. Civ., sez. I, 22 settembre 2008, n. 23943; sez. un., 4 maggio 2006, n. 10222), la sezione non intende discostarsi dall’indirizzo assunto dall’adunanza plenaria di questo Consiglio e dalla successiva giurisprudenza amministrativa (cfr. ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2; Cons. St., sez. IV, 21 maggio 2007, n. 2582, cui si rinvia a mente dell’art. 9, l. n. 205 del 2000).»

PATOLOGIA --> ACQUISIZIONE SANANTE --> ART. 43 DPR 327/2001 --> LIMITE TEMPORALE DI ADOZIONE --> DOPO UNA CONDANNA ALLA RESTITUZIONE DEL BENE

Sintesi: La natura del provvedimento di sanatoria ex art. 43 DPR 327/2001, è tale da porre nel nulla l’eventuale precedente condanna giudiziale (passata o meno in giudicato), alla restituzione del fondo occupato sine titolo; il giudice che la dispone, infatti, non modifica la situazione giuridica precedente l’abusiva detenzione del bene ma semplicemente l’accerta ed il suo ordine, pertanto, non è idoneo a paralizzare un atto di autorità che, consapevolmente, viola il diritto di pro-