

**ESPROPRIONLINE**

espropriazione per pubblica utilità

collana a cura di **PAOLO LORO**

**PL08**

**MARCO ANTONIOL**

# L'articolo 42-*bis* dpr 327/2001

la nuova  
acquisizione coattiva sanante

prefazione di Paolo Loro

**EXEO** edizioni 

**STUDI APPLICATI**

pubblicazioni professionali

ISBN formato pdf : 978-88-95578-88-0

**ESPROPRIONLINE** collana a cura di **PAOLO LORO**

espropriazione per pubblica utilità **PLO8**

**MARCO ANTONIOL**

# **L'articolo 42-*bis* d.P.R. 327/2001**

**la nuova  
acquisizione coattiva sanante**

**prefazione di Paolo Loro**

**EXEO** edizioni 

**STUDI APPLICATI**

pubblicazioni professionali

ISBN formato pdf : 978-88-95578-88-0



fax: 049 9710328 – tel: 049 9710328 martedì e giovedì 12:30 > 14:00  
e-mail: [amministrazione@territorio.it](mailto:amministrazione@territorio.it)

---

**Il d.l. 98/2011 ha introdotto nel testo unico delle espropriazioni per pubblica utilità un nuovo art. 42-bis, dedicato alla «utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico». La nuova disposizione recupera in parte i contenuti del previgente art. 43, che era stato espunto per eccesso di delega ad opera della sentenza 293/2010 della Corte costituzionale. L'introduzione dell'art. 42-bis nel d.P.R. 327/2001 segna dunque la fine del caos che per nove mesi ha agitato il sistema delle occupazioni illegittime nel nostro Paese e segna al contempo il ritorno ad un regime di diritto positivo. Il rapporto tra la nuova e la vecchia acquisizione coattiva sanante, tuttavia, è molto meno immediato di quanto possa sembrare a prima vista: sicuramente l'art. 42-bis eredita molti tratti somatici dal defunto art. 43, ma al contempo vi apporta sensibili innovazioni, anche di tipo strutturale e concettuale. L'opera accompagna dunque l'interprete nell'esame della nuova disposizione, traendo giovamento dalle esperienze giuridiche pregresse, ma senza trascurare di affrontare e risolvere le questioni che l'art. 42-bis pone per la prima volta. Per agevolare questa complessa operazione ermeneutica si individuano anzitutto le cinque condizioni di acquisizione previste dalla legge, passando poi ad un'analisi della procedura acquisitiva, con speciale attenzione per i delicatissimi profili economici dell'innovativo indennizzo-risarcimento. Dell'istituto non vengono tralasciati neppure gli articolati risvolti processuali: l'ultimo capitolo dell'opera è infatti dedicato al ruolo dell'art. 42-bis davanti al giudice civile ed a quello amministrativo, davanti alla Corte dei conti, davanti alla Corte costituzionale e davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Per l'utilità dell'operatore si offrono infine una tavola sinottica finalizzata al confronto tra la nuova e la vecchia norma, un esempio concreto di provvedimento acquisitivo realmente adottato ai sensi dell'art. 42-bis ed una rassegna delle venti pronunce più importanti tra quelle che si sono occupate fino ad ora della nuova acquisizione coattiva sanante.**

Copyright © 2011 Exeo S.r.l.. Tutti i diritti riservati. È vietata la riproduzione anche parziale e con qualsiasi mezzo senza l'autorizzazione scritta dell'editore. È consentita la stampa ad esclusivo uso personale del soggetto abbonato, e comunque mai a scopo commerciale. Il pdf può essere utilizzato esclusivamente dall'acquirente, nei propri dispositivi di lettura, e dai suoi più stretti collaboratori professionali. Ogni diffusione, con qualsiasi mezzo, con qualsiasi scopo e nei confronti di chiunque, totale o parziale di contenuti è vietata senza il consenso scritto dell'editore.

edizione: novembre 2011 - collana: EsproprioLine, a cura di Paolo Loro

materia: espropriazione per pubblica utilità - tipologia: studi applicati - formato: digitale, pdf

codice prodotto: PLO8 - ISBN: 978-88-95578-88-0 - prezzo: € 60,00

autore: Marco Antoniol, Avvocato del Foro di Padova, specialista per le professioni legali, curatore della collana di pubblicazioni professionali «Avanguardia Giuridica»

editore: Exeo srl CF PI RI 03790770287 REA 337549 ROC 15200/2007 c.s.i.v. € 10.000,00, sede legale piazzetta Modin 12 35129 Padova – sede operativa: via Dante Alighieri 6 int. 1 35028 Piove di Sacco PD casella postale 76/A 35028 Piove di Sacco PD [info@exeoedizioni.it](mailto:info@exeoedizioni.it). Luogo di elaborazione presso la sede operativa.

L'editore ringrazia per ogni segnalazione o suggerimento inviato a [direzione@exeoedizioni.it](mailto:direzione@exeoedizioni.it).

NOTA: I riferimenti a pagine dell'opera contenuti nelle note a piè di pagina e negli allegati sono tutti collegamenti ipertestuali e possono essere utilizzati per raggiungere rapidamente il passo che è oggetto di citazione interna



professionisti

pubblica amministrazione

[www.territorio.it](http://www.territorio.it) - [www.exeoedizioni.it](http://www.exeoedizioni.it)

## SOMMARIO

<b>DELITTO E PERDONO - PREFAZIONE DI PAOLO LORO .....</b>	<b>7</b>
<b>CAPITOLO I - ORIGINE DEL PROBLEMA DELLE OCCUPAZIONI ILLEGITTIME.....</b>	<b>10</b>
1. <i>Premessa</i> .....	10
2. <i>Occupazioni illegittime nel diritto comune</i> .....	11
3. <i>Occupazioni illegittime nel diritto amministrativo</i> .....	14
<b>CAPITOLO II - LE QUATTRO SOLUZIONI AL PROBLEMA DELLE OCCUPAZIONI ILLEGITTIME.....</b>	<b>16</b>
1. <i>Le occupazioni illegittime nel regime anteriore al testo unico</i> .....	16
2. <i>Le occupazioni illegittime nel regime dell'art. 43 d.P.R. 327/2001</i> .....	23
2.1 Il nuovo riparto di giurisdizione .....	23
2.2 L'avvento del testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità .....	27
2.3 Le occupazioni illegittime davanti a Corte EDU e Corte costituzionale.....	30
3. <i>Le occupazioni illegittime nel regime dell'interregno tra art. 43 e art. 42-bis</i> .....	35
3.1 Rapporti giuridici esauriti in data 8 ottobre 2010 .....	36
3.2 Rapporti giuridici non esauriti in data 8 ottobre 2010.....	40
3.3 Regime dei rapporti giuridici non esauriti.....	42
4. <i>Le occupazioni illegittime nel regime dell'art. 42-bis d.P.R. 327/2001</i> .....	55
4.1 Prima lettura del nuovo art. 42-bis .....	55
4.2 Approccio ermeneutico all'art. 42-bis: l'eredità dei regimi precedenti .....	58
<b>CAPITOLO III - LE CONDIZIONI DI ACQUISIZIONE .....</b>	<b>61</b>
1. <i>Generalità sulle condizioni di acquisizione</i> .....	61
2. <i>L'utilizzazione di un bene immobile per scopi di interesse pubblico</i> .....	62
2.1 Profilo oggettivo: il bene immobile.....	62
2.2 Profilo comportamentale: l'utilizzo del bene.....	65
2.3 Profilo soggettivo: chi utilizza il bene?.....	67
3. <i>La patologia dell'attività amministrativa</i> .....	68
3.1 Classificazione delle illegittimità derivanti da patologie espropriative.....	70
3.2 Particolarità delle illegittimità conseguenti ad un provvedimento giurisdizionale .....	73
3.3 L'illegittimità nel tempo: la retroattività dell'art. 42-bis.....	74
4. <i>L'avvenuta modifica del bene</i> .....	78

5. <i>La valutazione degli interessi in conflitto</i> .....	82
5.1 <i>Le attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico</i> .....	84
5.2 <i>Il contrapposto interesse privato</i> .....	87
5.3 <i>L'operazione di bilanciamento</i> .....	89
6. <i>Le ragionevoli alternative all'acquisizione coattiva sanante</i> .....	90

## **CAPITOLO IV - IL PROCEDIMENTO DI ACQUISIZIONE**.....93

1. <i>Generalità sul procedimento di acquisizione</i> .....	93
2. <i>Competenza esterna: l'autorità che utilizza il bene</i> .....	93
3. <i>La fase di iniziativa</i> .....	95
3.1 <i>Iniziativa spontanea e giusto procedimento</i> .....	96
3.2 <i>L'eventuale sollecitazione da parte del privato</i> .....	99
4. <i>L'accertamento delle condizioni di sanabilità: rinvio</i> .....	103
5. <i>Il frazionamento</i> .....	104
6. <i>Indennizzo e risarcimento del danno</i> .....	106
6.1 <i>Natura giuridica</i> .....	108
6.2 <i>L'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale</i> .....	118
6.3 <i>L'indennizzo per il pregiudizio non patrimoniale</i> .....	134
6.4 <i>Il risarcimento del danno da illegittima occupazione</i> .....	139
6.5 <i>La prescrizione del diritto all'indennizzo-risarcimento</i> .....	145
7. <i>La competenza all'adozione del provvedimento acquisitivo</i> .....	147
8. <i>Il contenuto del provvedimento acquisitivo</i> .....	149
8.1 <i>La motivazione: ragioni di fatto e di diritto dell'acquisizione coattiva sanante</i> .....	149
8.2 <i>Il dispositivo: liquidazione, acquisizione e contenuti ulteriori</i> .....	151
9. <i>Effetti del provvedimento ex art. 42-bis</i> .....	155
10. <i>I cinque adempimenti successivi all'adozione del provvedimento</i> .....	157
10.1 <i>La notifica al proprietario</i> .....	157
10.2 <i>Il pagamento delle somme dovute</i> .....	160
10.3 <i>Ulteriori adempimenti: trascrizione, trasmissione e comunicazione</i> .....	164

## **CAPITOLO V - LE ACQUISIZIONI SPECIALI**.....166

1. <i>Premessa</i> .....	166
2. <i>Acquisizione coattiva di opere private di pubblica utilità</i> .....	167
2.1 <i>Acquisizione coattiva di terreni destinati all'edilizia residenziale pubblica, agevolata o convenzionata</i> .....	167
2.2 <i>Acquisizione coattiva di terreni destinati all'uso speciale di soggetti privati</i> .....	170
2.3 <i>Profili comuni: competenza ed indennizzo</i> .....	171
3. <i>L'acquisizione coattiva di diritti di servitù</i> .....	176
3.1 <i>Evoluzione storica ed ambito applicativo</i> .....	176
3.2 <i>Peculiarità procedurali dell'asservimento coattivo</i> .....	180

<b>CAPITOLO VI - PROFILI PROCESSUALI E CONCLUSIONI .....</b>	<b>183</b>
1. <i>Il riparto di giurisdizione sulle occupazioni illegittime .....</i>	183
2. <i>L'art. 42-bis davanti al giudice amministrativo.....</i>	187
2.1 Domande astrattamente proponibili al giudice amministrativo.....	188
2.2 L'azione di puro annullamento.....	189
2.3 L'azione risarcitoria in forma specifica.....	193
2.4 L'azione risarcitoria per equivalente.....	200
3. <i>L'art. 42-bis davanti al giudice ordinario.....</i>	202
4. <i>L'art. 42-bis davanti alla Corte dei conti.....</i>	203
5. <i>L'art. 42-bis davanti alla Corte costituzionale.....</i>	206
6. <i>L'art. 42-bis davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo .....</i>	211
6.1 Analisi della giurisprudenza della Corte EDU sulle occupazioni illegittime.....	211
6.2 Riflessi sulla costituzionalità dell'art. 42-bis. Conclusioni .....	215
 <b>ALLEGATO 1 - TAVOLA SINOTTICA: ART. 43 ED ART. 42-BIS A CONFRONTO.....</b>	 <b>219</b>
 <b>ALLEGATO 2 - ESEMPIO PRATICO DI PROVVEDIMENTO ACQUISITIVO AI SENSI DELL'ART. 42-BIS .....</b>	 <b>224</b>
 <b>ALLEGATO 3 - PRIME PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI SULL'ART. 42-BIS .....</b>	 <b>232</b>
 <b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	 <b>355</b>
 <b>SITOGRAFIA.....</b>	 <b>357</b>

§§§

## DELITTO E PERDONO PREFAZIONE DI PAOLO LORO

Giuseppe Prezzolini scrisse che «l'Italia va avanti perché ci sono i fessi. I fessi lavorano, pagano, crepano. Chi fa la figura di mandare avanti l'Italia sono i furbi che non fanno nulla, spendono e se la godono».

Dai tempi della “Pisanelli”, la buona vecchia legge 2359 del 1865, nessuna disposizione in questa materia ha scatenato l'odio e l'amore degli operatori come l'articolo 43 del DPR 327/2001, contenente la disciplina della cosiddetta “acquisizione coattiva sanante”, articolo dichiarato incostituzionale e risorto, come l'araba fenice, nelle vesti dell'attuale articolo 42-bis.

Ebbene, l'odio verso tale istituto è, in genere, quello dei “fessi” prezzoliniani, cioè di quei funzionari scrupolosi e coscienziosi che cercano di districarsi ogni giorno nel complicato arabesco della procedura espropriativa, che, tra varianti urbanistiche, conferenze di servizi, plurime fasi partecipative, complesse determinazioni dell'indennità, continue e talora ridondanti notifiche e pubblicazioni, assomiglia ad una infinita ed estenuante corsa ad ostacoli per arrivare ad una appropriazione legale e corretta della proprietà privata.

E l'amore è, sempre in genere, quello dei “furbi”, di coloro che, usurpando la proprietà altrui con ignoranza spesso sprezzante e con negligenza ancor più spesso brutale, si trovano servito su un vassoio d'argento il più perfetto e sublime dei condoni all'italiana, grazie al quale è il peccatore stesso, dopo essersi confessato in un coccodrillesco *mea culpa*, consistente nell'esternazione delle circostanze nelle quali la procedura è divenuta illegittima, e dopo aver recitato la preghiera di circostanza, e dall'esito scontato, della tardiva comparazione degli interessi ad opera realizzata - grottesco simulacro di rispetto della proprietà privata, destinata in ogni caso a soccombere - ad autoassolversi, confermando e consacrando i risultati del suo peccato.

La strada maestra per correggere le storture sarebbe in tutta evidenza ben altra: un paio di eclatanti e dolorose *restitutiones in integrum*, e di conseguenti esemplari condanne dei responsabili da parte della Corte dei Conti, e tutti filerebbero diritto. Delitto e castigo, altroché delitto e perdono!

Ma siamo in Italia, dove si fa la voce grossa e poi tutto finisce a tarallucci e vino.

Limitandosi a dipingere il proscenio con tali tinte forti, però, non si colgono le sfumature, e con esse, in ultima analisi, l'essenza stessa del problema.

Infatti la procedura espropriativa è oggettivamente ricca di insidie, quali ad esempio la complessa identificazione dei vincoli preordinati all'esproprio, o la possibilità di essere in concreto avviata anche sulla base di stanziamenti

insufficienti a coprire gli oneri indennitari, e ciò può comportare talvolta uno slittamento nella patologia, diciamo, “abbastanza” incolpevole.

In altre circostanze, poi, gli espropriatori vedono dipendere le sorti delle proprie procedure da fattori esterni incontrollabili.

Pensiamo alla necessità, che vi era *ante* testo unico (cioè al tempo della massima estensione della patologia), di demandare alcuni passaggi chiave delle procedure alle Prefetture per le opere statali o alle Regioni o Province per le opere locali, con palleggio di carte e responsabilità, e frequenti paralisi dipendenti da divergenze interpretative e operative.

O pensiamo al fatto che i piani particellari di esproprio sono ancor oggi spesso redatti in sede progettuale con colpevole approssimazione, trascurando la più elementare esigenza topografica di sovrapporre il progetto – montato su planimetrie catastali aggiornate e correttamente mosaicate – al rilievo dello stato di fatto, il tutto debitamente georeferenziato. Omissione, quest’ultima, che rappresenta causa pressoché matematica del disastro, le cui dimensioni saranno misurate dal frazionamento, e che gli espropriatori si troveranno a dover drammaticamente gestire “a cantiere aperto”.

E infine vi è la madre di tutte le questioni, quella economica.

La collettività può permettersi il lusso, in ossequio ad una visione adamantina e dogmatica della proprietà privata quale diritto fondamentale dell’uomo, di negare un’acquisizione forzosa – qualunque sia stato il vizio nella procedura ablatoria – di un piccolo appezzamento privato ad uso agricolo, con *restitutio in integrum* e demolizione di un viadotto di 300 metri a 3 campate, da cui si diparte (come nel – reale – esempio riportato nel libro)?

Sul versante opposto, per quale ragione il proprietario dovrebbe subire la perdita del suo diritto dominicale in conseguenza di cattiva amministrazione o di difficile gestione di una procedura farraginosa, comunque a lui non imputabile? Perché il proprietario italiano, a differenza di un proprietario inglese, tedesco o francese, dovrebbe subire per via amministrativa la perdita di un bene occupato illegittimamente, sulla base di una sanatoria tutta peculiare del nostro ordinamento, tutta figlia del nostro perdonismo culturale nei confronti del prepotente di turno (in questo caso l’amministrazione occupante), sconosciuta e inconcepibile nelle altre nazioni evolute e civili? In fondo, per evitare gli eccessi, non vi è forse già l’articolo 2933, secondo comma, del codice civile, secondo il quale «non può essere ordinata la distruzione della cosa e l’avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all’economia nazionale»?

L’articolo 42-bis è una replica fedele dell’articolo 43, di cui eredita alcune questioni problematiche, come l’accento al patrimonio indisponibile nel quale dovrebbe confluire il bene acquisito, la mancata regolamentazione dell’usucapione “pubblica” quale limite all’acquisizione sanante, la mancata apparente adottabilità del provvedimento acquisitivo in caso di opere incompiute ai fini del loro completamento, il mancato coordinamento del corrispettivo



dell'acquisizione con le somme che il destinatario avrebbe percepito se la procedura fosse stata legittima (indennità di occupazione nella misura dell'8,33% annuo, maggiorazioni e indennità aggiuntive), le quali somme evidentemente non solo non dovrebbero superare, ma al contrario dovrebbero essere sensibilmente inferiori rispetto a quanto determinato in sede di acquisizione coattiva sanante, per non arrivare all'assurda e inammissibile convenienza economica che oggi rischiano di avere le occupazioni abusive rispetto a quelle legittime, nonostante la previsione del danno morale.

L'articolo 42-*bis* introduce anche alcune importanti novità, come il menzionato danno non patrimoniale, la quantificazione del risarcimento da occupazione illegittima, l'obbligo della segnalazione alla Corte dei Conti, che rappresenta, sul piano di fatto, il più potente freno alla sua applicazione d'ufficio, e dunque anche un oggettivo temperamento al suo possibile abuso.

L'opera di Marco Antoniol è la più attuale e completa analisi dell'articolo 42-*bis*, esistente al momento in cui scrivo queste righe.

L'Autore ci conduce per mano, nel suo impeccabile (e implacabile) stile "cartesiano", vagliando ogni aspetto della norma con distaccata lucidità, senza un intento pregiudizialmente demolitorio e senza mai trascurare la concreta realtà delle occupazioni illegittime alla quale essa si applica.

E solamente la conoscenza di questa realtà, in ultima analisi, può stare alla base di un giudizio equilibrato e sensato sull'acquisizione coattiva sanante.

Paolo Loro  
*Direttore di  
Esproprianline*

## CAPITOLO I ORIGINE DEL PROBLEMA DELLE OCCUPAZIONI ILLEGITTIME

### 1. Premessa

L'irrequietezza della disciplina delle illegittime occupazioni poste in essere dalla p.a., che sono oggetto da molti decenni di interminabili contrasti sia in dottrina che in giurisprudenza, è dovuta in larga parte alle profonde differenze che separano l'occupazione illegittima di diritto comune e quella posta in essere dal soggetto pubblico<sup>1</sup>. Tali differenze affondano le radici nello stesso concetto di pubblica amministrazione, il cui scopo istituzionale di curare il pubblico interesse ne permea tutta l'azione, dall'attività provvedimentoale rispettosissima della legalità alle forme più scorrette di impossessamento del bene altrui. Se è così, però, l'interprete non potrà applicare serenamente alle occupazioni illegittime poste in essere dalla p.a. quelle stesse regole che utilizza in ipotesi di occupante privato e ciò per la semplice ragione che la p.a. non si presta ad essere qualificata come occupante *tout court*.

Di queste differenze tra occupante pubblico e privato, però, il legislatore si è disinteressato per lunghissimo tempo<sup>2</sup>, regolamentando le conseguenze dell'illegittimità delle occupazioni - oltre che in modo tutt'altro che risolutivo - con disarmante ritardo<sup>3</sup>. A fronte dell'inerzia legislativa, del compito di differenziare i due occupanti si è fatta subito carico la giurisprudenza, la quale - prescindendo in prima approssimazione dalle diverse posizioni assunte dal giudice ordinario e da quello amministrativo<sup>4</sup> - non ha potuto che prendere le mosse dal diritto comune. Poiché le peculiarità dell'occupante pubblico, quindi, sono storicamente emerse dal confronto con l'occupante privato, non sembra fuori luogo ricostruire anzitutto la disciplina dettata dal codice civile per

<sup>1</sup> Cfr. DI MARZIO M., *Occupazione di immobili senza titolo e rimedi esperibili dal proprietario*, in *Immobili e proprietà*, 2011, 6, pagg. 382 e ss.: nell'affrontare le occupazioni illegittime sul piano civile, infatti, l'Autore osserva che «di "occupazione senza titolo", d'altronde, si discorre sovente anche con riguardo alla condotta della pubblica amministrazione che intraprenda la strada del procedimento espropriativo senza poi portarlo a termine, sì da rendere *ab origine* illegittima, poiché priva di titolo giustificativo, l'occupazione dell'immobile attuata ai fini della realizzazione di un'opera pubblica: argomento, quest'ultimo, di sterminate proporzioni, estraneo alla presente trattazione».

<sup>2</sup> Cfr. VARRONE C., *L'accessione invertita fa finalmente il suo ingresso nell'ordinamento di settore dalla porta principale*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 31 agosto 2011, pag. 3, che rinviene la lacuna «nello stesso codice civile, che disciplina unicamente le ipotesi di accessione aventi ad oggetto beni tra loro omogenei, perché entrambi appartenenti al patrimonio disponibile dei privati».

<sup>3</sup> Cfr. *infra*, pag. 20.

<sup>4</sup> Cfr. *infra*, pagg. 23, 29 e 31.

l'eventualità che un soggetto costruisca su suolo altrui, occupandolo illegittimamente.

## 2. Occupazioni illegittime nel diritto comune

Ai sensi dell'art. 934 c.c., il proprietario del suolo acquista a titolo originario la proprietà di tutto ciò che vi viene costruito<sup>5</sup>, anche a prescindere da un espressa volontà in tal senso<sup>6</sup>. La norma, che esprime l'antichissimo<sup>7</sup> principio dell'accessione, fa espressamente salva - oltre alla diversa disciplina risultante dal titolo o dalla legge - le quattro disposizioni seguenti. Tra esse viene principalmente in rilievo, ai nostri fini, l'art. 936 c.c., che si occupa dell'eventualità che un soggetto costruisca su suolo altrui con materiali propri. In linea di massima, il proprietario del suolo può scegliere in tal caso se trattenere le opere o obbligare il costruttore a rimuoverle<sup>8</sup>; tuttavia, se il proprietario sapeva della costruzione e non vi ha fatto opposizione<sup>9</sup>, o se il costruttore era in buona fede<sup>10</sup>, o se il proprietario è rimasto inerte per sei mesi<sup>11</sup>, la rimozione non è più possibile, per cui il proprietario acquisterà la proprietà delle opere e dovrà corrispondere al costruttore una giusta indennità.

Se violenta o clandestina, poi, l'occupazione del suolo altrui, legittima altresì lo spossessato a chiedere entro un anno la reintegrazione del possesso<sup>12</sup>. Decorso l'anno, la tutela possessoria - caratterizzata da particolare celerità - non è più

<sup>5</sup> Cfr. art. 934 c.c.: «Qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario di questo, salvo quanto è disposto dagli articoli 935, 936, 937 e 938 e salvo che risulti diversamente dal titolo o dalla legge».

<sup>6</sup> Cfr. da ultimo, in questo senso Cass. Civ., 6 giugno 2006, n. 13215.

<sup>7</sup> Cfr. PASQUINO P., *Rimedi pretori in alcuni casi di accessione*, in [www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com).

<sup>8</sup> Cfr. art. 936, primo comma, c.c.: «Quando le piantagioni, costruzioni od opere sono state fatte da un terzo con suoi materiali, il proprietario del fondo ha diritto di ritenerle o di obbligare colui che le ha fatte a levarle».

<sup>9</sup> Cfr. art. 936, quarto comma, prima parte, c.c.: «Il proprietario non può obbligare il terzo a togliere le piantagioni, costruzioni od opere, quando sono state fatte a sua scienza e senza opposizione».

<sup>10</sup> Cfr. art. 936, quarto comma, seconda parte, c.c.: «Il proprietario non può obbligare il terzo a togliere le piantagioni, costruzioni od opere, [...] quando sono state fatte dal terzo in buona fede». Sul punto cfr. Cass. Civ. Sez. II, 7 maggio 1997, n. 3971, ove si legge che per la buona fede non basta il convincimento - che si presume - di aver agito *sciente domino*, occorrendo la convinzione - che deve essere provata - di essere proprietario. In senso apparentemente contrario, però, cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 18 febbraio 1997, ove si afferma che la buona fede è presunta ai sensi dell'art. 1147 c.c..

<sup>11</sup> Cfr. art. 936, quinto comma c.c.: «La rimozione non può essere domandata trascorsi sei mesi dal giorno in cui il proprietario ha avuto notizia dell'incorporazione». Secondo la giurisprudenza, il termine decorre però soltanto dal completamento dell'opera, onde, finché questa non sia portata a termine, la domanda di rimozione deve ritenersi tempestiva: cfr. Cass. Civ., Sez. II, 15 marzo 1982, n. 1688.

<sup>12</sup> Cfr. art. 1168, primo comma, c.c.: «Chi è stato violentemente od occultamente spogliato del possesso può, entro l'anno dal sofferto spoglio, chiedere contro l'autore di esso la reintegrazione del possesso medesimo».

possibile, ma non per questo lo spossessato rimane privo di tutela.

Fino a che l'occupante non abbia usucapito il bene<sup>13</sup>, infatti, lo spossessato rimane proprietario ed in quanto tale può rivendicare la proprietà del bene<sup>14</sup>. In aggiunta, egli può chiedere che gli sia risarcito il danno subito a causa dell'illegittima occupazione. Ed invero, l'occupazione *sine titulo* integra senz'altro quel fatto illecito al quale l'art. 2043<sup>15</sup> c.c. accorda tutela risarcitoria, come ritenuto da pacifica giurisprudenza civile<sup>16</sup>. In questo modo, dunque, il proprietario potrà ottenere tutela - reale e risarcitoria - anche dopo il decorso del termine annuale<sup>17</sup>.

A rigore, le voci di danno sofferte dal proprietario a causa di un'occupazione di questo tipo sarebbero teoricamente due. Da un lato, infatti, egli per un certo periodo non ha potuto utilizzare il bene di sua proprietà: da ciò gli deriva senz'altro un danno risarcibile, che la giurisprudenza civile ritiene peraltro *in re ipsa*<sup>18</sup>. D'altro lato, però, nel nostro caso abbiamo ipotizzato che l'occupante abbia anche trasformato il bene. Orbene, si è detto che le opere edificate sul suolo occupato abusivamente confluiscono nel patrimonio del proprietario, ma *quid iuris* se questi vuole il bene nelle condizioni in cui era prima?

A ben vedere, le spese che il proprietario dovrà sopportare per riportare l'opera allo stato in cui era costituirebbero un danno addebitabile all'occupante, che sarebbe tenuto a risarcirlo anche per questo. Procedendo su tale strada, si dovrebbe osservare che il codice civile, dopo aver previsto e disciplinato il

<sup>13</sup> Cfr. art. 948, terzo comma, c.c.: «L'azione di rivendicazione non si prescrive, salvi gli effetti dell'acquisto della proprietà da parte di altri per usucapione».

<sup>14</sup> Cfr. art. 948, primo comma, prima parte c.c.: «Il proprietario può rivendicare la cosa da chiunque la possiede o detiene» In dottrina cfr. DI MARZIO M., *Occupazione di immobili senza titolo*, cit., che in caso di occupazione *sine titulo* esamina «anzitutto, il caso in cui il proprietario dell'immobile oggetto dell'occupazione faccia valere contro l'occupante il proprio diritto di proprietà e chieda, allegando la qualità di proprietario, la condanna dell'occupante medesimo al rilascio».

<sup>15</sup> Cfr. art. 2043 c.c.: «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno». Per una trattazione dei profili civilistici del tema del risarcimento del danno da occupazione senza titolo cfr. DI MARZIO M., *Occupazione di immobili senza titolo*, cit..

<sup>16</sup> Cfr. *ex multis* Cass. Civ., Sez. II, 28 novembre 2001, n. 15130: «Lo spoglio [...] costituisce un atto illecito che lede il diritto del possessore alla conservazione della disponibilità della cosa obbligando chi lo commette al risarcimento del danno». In termini sostanzialmente analoghi cfr. altresì, più di recente, Cass. Civ., Sez. II, 18 febbraio 2008, n. 3955.

<sup>17</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. II, 5 dicembre 2006, n. 25899: «L'azione per il risarcimento del danno ha dunque natura possessoria quando il danno si fa consistere nella sola lesione del possesso, [...] ed essa soggiace in tal caso alle regole dettate per quella tutela in ordine al termine di decadenza per proporla, mentre non ha natura possessoria, e rientra nella generale previsione di cui all'art. 2043 cod. civ., sottraendosi quindi a quelle regole, quando si lamenti non la lesione del solo possesso, ma anche altri diritti del possessore, sicché la privazione del possesso non esaurisca il danno, ma si presenti come causa di altre lesioni patrimoniali subite in via derivativa dallo spogliato».

<sup>18</sup> Cfr. DI MARZIO M., *Occupazione di immobili senza titolo*, cit.: «Nella giurisprudenza della S.C., si trova reiteratamente affermato il principio secondo cui, in caso di occupazione senza titolo di un cespite immobiliare altrui, il danno subito dal proprietario è *in re ipsa*, discendendo dalla perdita della disponibilità del bene e dall'impossibilità di conseguire l'utilità ricavabile dal bene medesimo in relazione alla natura normalmente fruttifera di esso».

risarcimento in termini monetari - c.d. “per equivalente” - ammette anche il risarcimento “in forma specifica”<sup>19</sup>, subordinandolo a tre condizioni: va richiesto dal danneggiato, deve essere in tutto o in parte possibile e non deve essere eccessivamente oneroso per il debitore<sup>20</sup>. In teoria, dunque, il proprietario potrebbe chiedere che l’occupante, anziché versargli l’equivalente in denaro del danno subito per l’occupazione *sine titulo*, sia condannato direttamente a rimettere in pristino l’area occupata, a proprie spese.

Senonché, si è già detto che il codice civile subordina la domanda di rimozione al breve termine di sei mesi dalla notizia dell’incorporazione. Successivamente l’opera confluisce nel patrimonio del proprietario del suolo, il quale non solo non ha più diritto ad essere risarcito, ma è addirittura tenuto ad indennizzare colui che vi ha abusivamente costruito<sup>21</sup>. Ciò finisce dunque per limitare l’azione risarcitoria del proprietario, che potrà ottenere soddisfazione per il periodo in cui non ha potuto utilizzare il bene, ma non potrà più chiedere la rimozione delle opere dopo il decorso del termine fissato dal codice civile<sup>22</sup>.

Per meglio intendere il descritto quadro di tutele, dunque, si ipotizzi che Tizio costruisca una casa sul fondo di Caio senza il permesso di quest’ultimo. Caio potrà anzitutto reagire evocando Tizio in giudizio possessorio: il giudice condannerà Tizio a rilasciare il bene di cui Caio era possessore, dopo averlo però rimesso in pristino, cioè dopo averlo ricondotto allo stato in cui si trovava prima dell’illegittima occupazione. In aggiunta, Caio potrebbe chiedere il risarcimento dei danni che Tizio gli ha provocato, a cominciare dal fatto di non aver potuto disporre del bene per un certo periodo. In alternativa - ad esempio perché sono decorsi i termini dell’azione possessoria - Caio potrebbe agire contro Tizio e rivendicare la proprietà dell’area, almeno fintanto che questa non sia stata usucapita. Anche la rivendica può essere cumulata con l’azione risarcitoria, la quale teoricamente potrebbe essere chiesta pure in forma specifica. Nel caso di specie, però, la domanda di risarcimento in forma specifica deve essere coordinata con le regole dell’acquisto per accessione, che subordinano la domanda di rimozione ad uno stretto termine decadenziale. Decorsi sei mesi dal giorno in cui ha avuto notizia dell’incorporazione, dunque, Tizio non potrebbe più chiedere la rimozione delle opere, diventandone senz’altro proprietario in forza del combinato disposto degli artt. 934 e 936 c.c. e potendo al più richiedere, in

<sup>19</sup> Cfr. art. 2058, primo comma, c.c.: «Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile».

<sup>20</sup> Cfr. art. 2058, secondo comma, c.c.: «Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore».

<sup>21</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. II, 18 luglio 2002, n. 10441: «In tutti i casi nei quali al proprietario del suolo non è consentito, o non è più consentito, chiedere la rimozione dell’opera sul suolo stesso realizzata, è, viceversa, riconosciuto il diritto all’indennizzo in favore di chi l’opera abbia realizzata, il che implica il riconoscimento d’un vantaggio economico derivatone al proprietario del suolo, prioritario ed assorbente rispetto all’eventuale danno subito ed incompatibile con una pretesa risarcitoria».

<sup>22</sup> Cfr. sul punto Cass. Civ., Sez. II, 18 marzo 1986, n. 1841, ove si osserva che le eventuali spese di demolizione graveranno dunque sul proprietario.

questo caso, l'accertamento del suo nuovo diritto dominicale<sup>23</sup>.

### 3. Occupazioni illegittime nel diritto amministrativo

Dall'esposta panoramica si può senz'altro ricavare che il codice civile offre un ampio ventaglio di tutele<sup>24</sup> al proprietario-possessore del suolo, che ha l'unico onere di doversi attivare tempestivamente, per non incorrere nelle decadenze fissate dal codice civile. Alla base di questa scelta si può senz'altro intravedere la tradizionale elevata considerazione del possesso e della proprietà fondiaria, ma soprattutto la precisa consapevolezza che l'occupazione abusiva costituisce un atto illecito e che come tale va sanzionato.

Come anticipato, però, il quadro si complica se l'occupante è una pubblica amministrazione, che agisce in veste istituzionale per la cura dell'interesse pubblico e in quanto tale adibisce il bene alla pubblica utilità. A questo proposito, è noto che alcune pubbliche amministrazioni dispongono del potere di acquisire coattivamente la proprietà di beni privati, per mezzo dell'espropriazione per pubblica utilità. È però evidente, al contempo, che si tratta di uno strumento decisamente invasivo, in quanto porta all'estinzione di un diritto di proprietà, che è ritenuto uno dei pilastri fondamentali delle società occidentali: per questo, le norme costituzionali<sup>25</sup> e sovranazionali<sup>26</sup> che prevedono l'espropriazione per pubblica utilità hanno cura di subordinarla al rispetto di precise condizioni, dalla cui violazione discende l'illegittimità dell'espropriazione. Laddove nel corso della procedura espropriativa il bene sia stato occupato, poi, l'occupazione si rivela illegittima a sua volta ed è qui che si pone il problema della disciplina applicabile.

Anche in questo caso, però, resta il fatto che l'occupazione non è stata posta in essere per un appetito individuale, bensì per fini di utilità generale, che

<sup>23</sup> Per una fattispecie concreta di edificazione abusiva su suolo altrui recentemente sottoposta al vaglio della Suprema Corte cfr. ad esempio Cass. civ. Sez. II, 31 agosto 2011, n. 17895: «Sp.Gi. e B.G. convenivano in giudizio S.A. assumendo di essere proprietari esclusivi di un fondo sito in (OMISSIS) sul quale la convenuta aveva realizzato una struttura coperta in muratura estesa circa 70 mq. Gli attori chiedevano quindi l'abbattimento di detta costruzione ed il rilascio del suolo occupato abusivamente, nonché la condanna della S.A. al risarcimento dei danni per il mancato godimento del suolo».

<sup>24</sup> Cfr. DI MARZIO M., *Occupazione di immobili senza titolo*, cit.: «Nelle diverse situazioni ipotizzabili, allora, si prospettano secondo i casi diverse azioni esperibili dal proprietario, a volte in concorrenza tra loro [...]. Il tema dei rimedi esperibili dal proprietario contro l'occupazione senza titolo di un proprio immobile si risolve, quindi, nella individuazione di figure dotate di sufficiente omogeneità concettuale, tali da comportare l'applicazione di regole sostanziali e processuali uniformi».

<sup>25</sup> Cfr. art. 42, terzo comma, Cost.: «La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale».

<sup>26</sup> Cfr. art. 1, primo comma, secondo periodo, Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito per brevità "Convenzione EDU"): «Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale».

l'interprete raramente si sente di trascurare. La qualificazione pubblica dell'occupante, in buona sostanza, costituisce una spada di Brenno che l'amministrazione mette sul proprio piatto, sbilanciando l'equilibrio di diritto comune tra proprietario-possessore e costruttore abusivo.

D'altro canto, sopravvalutare la qualificazione pubblica dell'occupante pone seri problemi di compatibilità con i fondamenti dello stato di diritto, a cominciare dall'eguaglianza e dalla legalità dell'azione amministrativa. Inoltre, la scelta di preservare l'azione amministrativa dalle normali conseguenze dell'occupazione illegittima rischia di essere strumentalizzata dalle amministrazioni più spregiudicate e di trasformarsi in un irragionevole privilegio, riaffermando l'esigenza di non sottrarre nessun occupante alle sanzioni che gli spettano, neppure se si tratta di un ente pubblico.

In definitiva, il lungo susseguirsi di instabili soluzioni al problema delle occupazioni illegittime di diritto pubblico è generato dalla difficoltà di individuare un punto di equilibrio tra queste esigenze contrapposte, le quali, oltre ad essere ontologicamente complesse, evolvono con la società e ne rispecchiano i giudizi.

§§§

## CAPITOLO II

### LE QUATTRO SOLUZIONI AL PROBLEMA DELLE OCCUPAZIONI ILLEGITTIME

#### *1. Le occupazioni illegittime nel regime anteriore al testo unico*

Nel corso del XX secolo, le occupazioni illegittime<sup>27</sup> non hanno mai trovato compiuta regolamentazione in norme di legge. Le conseguenze giuridiche di tali occupazioni, quindi, erano il frutto di un'intensa opera di creazione giurisprudenziale, alla quale il legislatore e la Corte costituzionale avevano dato un contributo tutto sommato marginale. Vera protagonista nell'elaborazione dell'istituto era stata infatti la Corte di cassazione, alla quale l'occupazione acquisitiva<sup>28</sup> deve le proprie origini e la propria affermazione.

Le origini dell'istituto si fanno normalmente risalire alla c.d. “sentenza Bile”<sup>29</sup>, resa appunto dalla Corte di cassazione, a Sezioni Unite, nel 1983. A dir la verità, però, la stessa sentenza riconosceva espressamente di aderire ad un orientamento precedente<sup>30</sup>, emerso poco prima ed ancora in via di affermazione<sup>31</sup>, ma già avallato dalle stesse Sezioni Unite<sup>32</sup>. D'altra parte, non si può certo dire che dopo

<sup>27</sup> Delineato nel capitolo che precede il rapporto tra le occupazioni illegittime di diritto comune e quelle poste in essere dalla p.a., d'ora in avanti ci si riferirà sempre a queste ultime, se non diversamente specificato.

<sup>28</sup> L'istituto di creazione pretoria ha molti nomi, tra cui “occupazione acquisitiva” e “occupazione appropriativa” ed “accessione invertita”. Con i termini “espropriazione sostanziale”, “espropriazione indiretta” ed “espropriazione di fatto”, invece, ci si riferisce nel testo al sistema complessivamente originato dall'unione dell'occupazione acquisitiva e dell'occupazione usurpativa, sulla quale cfr. *infra*, pag. 19.

<sup>29</sup> Si tratta della fondamentale Cass. Civ., Sez. Un., 6 febbraio 1983, n. 1464, così chiamata dal nome del giudice estensore, come ricorda LORO P., *Le alternative all'esproprio e all'articolo 43*, in *Articolo 43 d.P.R. 327/2001 incostituzionale. Occupazioni illegittime: che fare? Atti del convegno esproprioonline di Legnaro del 17 novembre 2010*, pag. 94.

<sup>30</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 6 febbraio 1983, n. 1464: «A questo punto - poste di fronte alla scelta fra l'orientamento tradizionale di cui al n. 3 [...] e il più recente indirizzo di cui al n. 5, [...] le sezioni unite, rimeditato il problema anche alla luce delle implicazioni comportate da ciascuna delle due tesi, ritengono di dover aderire alla seconda».

<sup>31</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 8 giugno 1979, n. 3243 e 28 aprile 1981, n. 2556, nonché Cass. Civ., Sez. Un., 17 giugno 1982, n. 3674, tutte ricordate da Cass. Civ., Sez. Un., 6 febbraio 1983, n. 1464.

<sup>32</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 6 febbraio 1983, n. 1464. È curioso peraltro che, occupandosi del problema dell'«espropriazione di fatto» prima della svolta del 1983, dottrina autorevolissima riportasse già una tesi giurisprudenziale sostanzialmente coincidente con quella prospettata da quest'ultima pronuncia, qualificandola come «giurisprudenza ultraventennale, ormai consolidata»: cfr. SANDULLI A.M.: *Diritto Amministrativo*, XIII ed., Napoli, 1982, II, pag. 777. In nota, l'Autore rinvia a Cass. Civ., Sez. I, 30 aprile 1981, n. 2644, la quale afferma che la realizzazione di una strada militare su suolo privato determina l'acquisto del suolo al demanio militare, ma non compare tra i precedenti menzionati da Cass. Civ., Sez.



il 1983 non si siano più tentate strade alternative<sup>33</sup>, com'è del resto naturale in sede di elaborazione di un istituto squisitamente giurisprudenziale. Il merito della sentenza Bile, allora, era piuttosto quello di aver dato all'espropriazione sostanziale una base solida e rigorosa, facendosi carico di confutare tanto gli opposti orientamenti giurisprudenziali<sup>34</sup> quanto le critiche al nuovo indirizzo avanzate *medio tempore* dalla dottrina<sup>35</sup>. La costruzione, ad ogni modo, risultava tutto sommato convincente e per questo i successivi tentativi di sovversione<sup>36</sup> venivano sedati dalle stesse Sezioni Unite, che in più occasioni<sup>37</sup> giungevano a riaffermare i principi già chiariti nel 1983.

Sulla scorta di queste continue conferme, i suddetti principi maturavano in effetti dei tratti piuttosto chiari, i quali, benché ancora oggetto di critiche dottrinali<sup>38</sup>, avevano il merito di dare alle occupazioni illegittime una regolamentazione netta e precisa. In estrema sintesi, l'occupazione acquisitiva configurava un modo di acquisto della proprietà a favore della p.a. che si verificava allorché quest'ultima, avendo occupato illegittimamente un bene per la realizzazione di un'opera pubblica, ne operava una irreversibile trasformazione ma non ne perfezionava la procedura espropriativa; con tale trasformazione, dunque, si producevano vari effetti, a cominciare dall'estinzione della proprietà del privato e dal corrispondente acquisto della proprietà pubblica a titolo originario; nello stesso momento, però, si consumava anche un atto illecito, con

---

Un., 6 febbraio 1983, n. 1464.

<sup>33</sup> Cfr. Cass. Civ. Sez. II, 18 aprile 1987, n. 3872 nonché Cass. Civ., Sez. I, 11 luglio 1990, n. 7210, 17 luglio 1991, n. 7952, 8 ottobre 1992, n. 10979 e 8 ottobre 1992, n. 10979, tutte esaminate da MARUOTTI L., *Articolo 43, Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di pubblica utilità*, in CARINGELLA F., DE MARZO G., DE NICTOLIS R., MARUOTTI L., *L'espropriazione per pubblica utilità. Commento al testo unico emanato con il decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 come modificato dal D.Lgs. 302/2002*, Milano, 2003, II ed., pagg. 581 e 585.

<sup>34</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 6 febbraio 1983, n. 1464.

<sup>35</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 6 febbraio 1983, n. 1464.

<sup>36</sup> Cfr. DE MARZO G., *Articolo 43*, in CARINGELLA F., DE MARZO G., DE NICTOLIS R., MARUOTTI L., *L'espropriazione per pubblica utilità. Commento al testo unico emanato con il decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 come modificato dal D.Lgs. 302/2002*, Milano, 2003, II ed., pag. 619, che ricorda la «significativa evoluzione, non priva di tensioni interne», della giurisprudenza in tema di occupazione appropriativa».

<sup>37</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 10 giugno 1988, n. 3940 e 25 novembre 1992, n. 12546, sulle quali cfr. MARUOTTI L., *Articolo 43*, cit., rispettivamente pagg. 581-582 e pagg. 585-586. Cfr. altresì DE MARZO G., *Articolo 43*, cit., pag. 626: «La fragilità delle soluzioni proposte condusse, nel 1988 [...], alla riconferma dell'orientamento inaugurato cinque anni prima e alla chiarificazione delle sue ragioni, ispirate ad esigenze di certezza del diritto e ad «elementari sentimenti di giustizia»».

<sup>38</sup> Cfr. MARUOTTI L., *Articolo 43*, cit., pag. 581, per il quale «tale orientamento, poi consolidatosi, era stato severamente criticato da chi aveva posto in evidenza: la c.d. elasticità del diritto di proprietà (nel senso che esso continua ad esistere anche [se] subisce gravi incidenze, perché vi è la possibilità di espansione delle relative facoltà; il principio di legalità, espresso dal secondo comma dell'art. 42 Cost., per il quale l'amministrazione può coattivamente acquistare la proprietà privata solo nei casi previsti dalla legge». Cfr. altresì DE MARZO G., *Articolo 43*, cit., pagg. 615 e 626, laddove si ricorda rispettivamente che la soluzione dell'occupazione acquisitiva «non ha mancato di incontrare critiche in dottrina» e che «nei primi tempi successivi alla pubblicazione della sentenza del 1983, vi fu una levata di scudi della dottrina».

la conseguenza che la p.a. era obbligata a risarcire il danno cagionato al privato con il proprio comportamento, se richiesto nel termine prescrizione di cinque anni<sup>39</sup>. Come si vede, dunque, delle molte tutele teoricamente offerte al proprietario del bene occupato rimaneva la sola azione risarcitoria, peraltro assoggettata ad un breve termine prescrizione<sup>40</sup> e con esclusione del risarcimento in forma specifica, reso impossibile dal fatto che proprietaria risultava ormai la pubblica amministrazione.

Le conclusioni della sentenza Bile trovavano poi ampia conferma nella giurisprudenza successiva, unitamente ad alcune precisazioni. Tra esse, merita

---

<sup>39</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 6 febbraio 1983, n. 1464: «In conclusione, le sezioni unite ritengono che nelle ipotesi in cui la pubblica amministrazione (o un suo concessionario) occupi un fondo di proprietà privata per la costruzione di un'opera pubblica e tale occupazione sia illegittima, per totale mancanza di provvedimento autorizzativo o per decorso dei termini in relazione ai quali l'occupazione si configurava legittima, la radicale trasformazione del fondo - ove sia dal giudice di merito ritenuta univocamente interpretabile nel senso dell'irreversibile sua destinazione al fine della costruzione dell'opera pubblica - da un lato comporta l'estinzione in quel momento del diritto di proprietà del privato e la contestuale acquisizione a titolo originario della proprietà in capo all'ente costruttore e 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 nei sensi prima indicati, la condanna dell'ente medesimo a risarcire il danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà, mediante il pagamento di una somma pari al valore che il fondo aveva in quel momento, con la rivalutazione per l'eventuale diminuzione del potere di acquisto subito dalla moneta fino al giorno della liquidazione, e con l'ulteriore conseguenza che un provvedimento di espropriazione del fondo per pubblica utilità intervenuto successivamente a tale momento deve considerarsi del tutto privo di rilevanza - sia ai fini dell'assetto proprietario sia ai fini della responsabilità da illecito». Per una sintesi più recente della struttura dell'occupazione acquisitiva cfr. Corte costituzionale, 8 ottobre 2010, n. 293: «L'acquisto della proprietà conseguiva ad un'inversione della fattispecie civilistica dell'accessione di cui agli artt. 935 ss. cod. civ., in considerazione della trasformazione irreversibile del fondo. Secondo questa ricostruzione, la destinazione irreversibile del suolo privato illegittimamente occupato comportava l'acquisto a titolo originario, da parte dell'ente pubblico, della proprietà del suolo e la contestuale estinzione del diritto di proprietà del privato. La successiva sentenza delle Sezioni Unite 10 giugno 1988, n. 3940, precisò poi la figura della "occupazione acquisitiva", limitandola al caso in cui si riscontrasse una valida dichiarazione di pubblica utilità che permetteva di far prevalere l'interesse pubblico su quello privato». In dottrina cfr. *ex multis* BORGIO M., *Occupazione acquisitiva, occupazione usurpativa, acquisizione coattiva sanante ex art. 43 t.u. espropri*, in [www.esproprioonline.it](http://www.esproprioonline.it), 16 gennaio 2006 - 16 marzo 2006, parte prima, pag. 2: «Elaborando un istituto volto a contemperare i problemi legati alla perdita della proprietà con il riconoscimento di un adeguato ristoro per il proprietario, le Sezioni Unite della Cassazione stabilivano che, qualora la P.A. (o un suo concessionario) occupasse un fondo di proprietà privata per la realizzazione di un'opera pubblica e tale occupazione risultasse illegittima per totale assenza del provvedimento di occupazione, oppure per decorso dei termini di un'occupazione legittima, l'attività di trasformazione radicale dell'immobile preesistente avrebbe determinato l'estinzione del diritto di proprietà in capo al proprietario originario e, contemporaneamente, l'acquisizione a titolo originario della proprietà del bene in capo all'ente espropriante».

<sup>40</sup> Cfr. DE MARZO G., *Articolo 43*, cit., pagg. 614-615. Secondo l'Autore, la «prescrizione quinquennale del diritto del proprietario al risarcimento del danno» costituisce infatti, assieme alla «inutilità del decreto di esproprio emanato in un momento successivo al perfezionarsi della fattispecie acquisitiva», una delle «due implicazioni pratiche più rilevanti della costruzione elaborata dalla giurisprudenza». L'Autore ritorna poi sulla questione *infra*, a pag. 619, ricordando che «il fatto che il diritto risarcitorio spettante al proprietario vittima dell'illecito della P.A. sia assoggettato al termine quinquennale di prescrizione ha, per lungo tempo, aggravato le conseguenze della creazione giurisprudenziale, dell'occupazione appropriativa».

senz'altro di essere ricordata la centralità della dichiarazione di pubblica utilità. Su questo punto, per vero, la sentenza Bile era stata un po' evasiva, ma in breve tempo era diventato chiaro<sup>41</sup> che in tanto si poteva parlare di occupazione acquisitiva in quanto vi fosse una valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità<sup>42</sup>. In caso contrario si doveva parlare piuttosto di "occupazione usurpativa"<sup>43</sup>, con notevoli differenze sul piano pratico. Diversamente dall'occupazione acquisitiva, infatti, l'occupazione usurpativa costituiva un illecito permanente<sup>44</sup>, con la conseguenza che l'azione risarcitoria non era soggetta a prescrizione<sup>45</sup> ed il privato poteva chiedere in ogni tempo la restituzione del bene. Per sdrammatizzare almeno in parte quest'ultimo effetto, tuttavia, l'istituto veniva a sua volta corretto riconoscendo al privato proprietario la possibilità di optare, anziché per la restituzione del bene, per il solo risarcimento per equivalente: nella proposizione di quest'ultima domanda, infatti, la

<sup>41</sup> Cfr. Corte costituzionale, 8 ottobre 2010, n. 293: «La successiva sentenza delle Sezioni Unite 10 giugno 1988, n. 3940, precisò poi la figura della "occupazione acquisitiva", limitandola al caso in cui si riscontrasse una valida dichiarazione di pubblica utilità che permetteva di far prevalere l'interesse pubblico su quello privato». In dottrina cfr. MELLONI I., *Acquisizione coattiva sanante: nascita e morte di un istituto controverso. Carrellata storica delle soluzioni individuate dalla giurisprudenza e dal legislatore al problema delle occupazioni illegittime*, in *Articolo 43 d.P.R. 327/2001 incostituzionale. Occupazioni illegittime: che fare? Atti del convegno esproprieonline di Legnaro del 17 novembre 2010*, pag. 8. «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"».

<sup>42</sup> Cfr. ancora Corte costituzionale, 8 ottobre 2010, n. 293: «La "occupazione usurpativa", invece, non accompagnata da dichiarazione di pubblica utilità, *ab initio* o per effetto dell'intervenuto annullamento del relativo atto o per scadenza dei relativi termini, in quanto tale non determinava dunque l'effetto acquisitivo a favore della pubblica amministrazione».

<sup>43</sup> Sull'esatta data di nascita dell'occupazione usurpativa non si riscontra una piena uniformità di vedute in dottrina, probabilmente perché l'istituto si è formato poco alla volta. Si veda infatti la complessa ricostruzione di CONTI R., *Cass. 24819/2005: una pronuncia innovativa in tema di occupazione usurpativa* in [www.esproprieonline.it](http://www.esproprieonline.it), 28 dicembre 2005, pag. 1: «Il punto di arrivo di questo lavoro giurisprudenziale dispiegatosi, dopo Cass. 18 giugno 1988, n. 3940, nel corso di almeno due lustri, inizialmente culminato in Cass.S.U.n.1907/1997, trova in Cass.n.1814/2000 la piena consacrazione dell'istituto al quale viene per la prima volta attribuito, con una sorta di battesimo ad un istituto ormai maturo, il nome di *occupazione usurpativa*».

<sup>44</sup> Cfr. BORGIO M., *Occupazione acquisitiva*, cit., parte prima, pag. 4: «Tale vicenda è dunque qualificabile come fatto generatore di un illecito di carattere permanente, che permane fintantoché non venga rimosso, e che si sostanzia, oltretutto nella lesione di un diritto, nella trasgressione del dovere giuridico di porre fine alla creata situazione di antigiuridicità. Ciò consente di riconoscere al privato due possibili rimedi riparatori: la domanda di restituzione del bene oppure la domanda risarcitoria». Cfr. altresì MELLONI I., *Acquisizione coattiva sanante*, cit., pag. 8: «Soltanto l'occupazione acquisitiva realizza l'acquisizione del bene, mentre l'occupazione usurpativa si configura quale fatto illecito permanente produttivo di danno da inquadrare nell'art. 2043 Cod. civ., con conseguente tutela ripristinatoria in forma specifica o reintegratoria per equivalente del danneggiato». Riportando sul punto un'ampia giurisprudenza, l'Autrice precisa peraltro che «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».

<sup>45</sup> Cfr. MELLONI I., *Acquisizione coattiva sanante*, cit., pag. 8: «Soltanto in ipotesi di occupazione acquisitiva il risarcimento del danno è suscettibile di prescrizione (quinquennale)».

giurisprudenza intravedeva una volontà abdicativa del diritto di proprietà, con la conseguenza che il privato conseguiva una soddisfazione puramente monetaria e l'amministrazione otteneva la proprietà del bene anche in presenza delle illegittimità più gravi<sup>46</sup>.

Occupazione acquisitiva ed usurpativa naturalmente si escludevano a vicenda, ponendosi al contempo in rapporto di reciproca complementarietà e venendo così a costituire i due versanti di un unico istituto più ampio, noto come "espropriazione sostanziale"<sup>47</sup> o come "espropriazione indiretta"<sup>48</sup>, che qui si ritengono espressioni di identica portata<sup>49</sup>. Alla fine degli anni '80, tale istituto appariva già «diritto vivente»<sup>50</sup>, tant'è che il legislatore ne prendeva atto<sup>51</sup> e ne estendeva la disciplina all'illegittima occupazione di terreni destinati all'edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata<sup>52</sup>, di per sé sottratta al meccanismo pretorio in quanto non costituente opera pubblica in senso stretto<sup>53</sup>:

<sup>46</sup> Cfr. DE MARZO G., *Articolo 43*, cit., pag. 629: «L'accertata insussistenza dei presupposti dell'occupazione acquisitiva ha condotto le Sezioni unite a ribadire la possibilità per il privato di esercitare le azioni reipersecutorie, aggiungendo, tuttavia, che questa soluzione non impedisce allo stesso di avvalersi di un'azione per il risarcimento del danno, derivante dalla perdita definitiva del bene, alla stregua di un meccanismo abdicatorio che non manca di riscontri nel nostro ordinamento (artt. 1070, 1104 e 550 cod. civ.)». Su quest'ultima affermazione, ritenuta «densa di implicazioni», l'Autore si sofferma con particolare attenzione. Cfr. anche MELLONI I., *L'articolo 43 dpr 327/2001. L'acquisizione coattiva sanante*, II ed., Padova, 2009, pag. 25: «Da costante giurisprudenza l'abdicazione della titolarità del bene espressa o implicita, attraverso la domanda risarcitoria, è stata ritenuta strumento idoneo all'acquisto della proprietà dal parte dell'Amministrazione [...]; ciò con particolare riferimento al fenomeno dell'occupazione usurpativa, non operando per questa il meccanismo acquisitivo elaborato dalla giurisprudenza limitatamente al verificarsi delle condizioni legittimanti l'occupazione acquisitiva».

<sup>47</sup> Cfr. TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 2 dicembre 2010, n. 14232, che parla di «"espropriazione sostanziale", nelle due ipotesi alternative della occupazione acquisitiva o usurpativa».

<sup>48</sup> Cfr. TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 24 novembre 2010, n. 2683: «L'istituto dell'espropriazione indiretta [...] secondo la Corte comprende sia l'occupazione acquisitiva che l'occupazione usurpativa».

<sup>49</sup> Nella giurisprudenza della Corte EDU, l'espressione "espropriazione indiretta" sembra per vero comprendere sia l'occupazione acquisitiva ed usurpativa, sia l'art. 43 del testo unico: si veda in questo senso Corte EDU, Sez. I, 13 ottobre 2005, Serrao c. Italia. La scelta terminologica è seguita anche da parte della dottrina: cfr. MELLONI I., *L'articolo 43*, cit., pag. 36, laddove si parla del «sistema della "espropriazione indiretta" [...] comprensivo degli istituti dell'occupazione acquisitiva e del sistema introdotto con l'art. 43 TU». Coerentemente con la ricordata giurisprudenza amministrativa, invece, nel presente lavoro si riferisce sia la formula di "espropriazione sostanziale" che quella di "espropriazione indiretta" al sistema di origine giurisprudenziale al quale rimane estraneo l'art. 43.

<sup>50</sup> Così BORGIO M., *Occupazione acquisitiva*, cit., parte prima, pag. 3.

<sup>51</sup> Cfr. DE MARZO G., *Articolo 43*, cit., pag. 632: «L'occupazione appropriativa costituisce ormai *jus receptum* e lo stesso legislatore, pur senza disciplinare direttamente la fattispecie, ne ha tenuto conto in varie occasioni».

<sup>52</sup> Cfr. art. 3, comma 1, l. 27 ottobre 1988, n. 458: «Il proprietario del terreno utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata, ha diritto al risarcimento del danno causato da provvedimento espropriativo dichiarato illegittimo con sentenza passata in giudicato, con esclusione della retrocessione del bene».

<sup>53</sup> Cfr. DE MARZO G., *Articolo 43*, cit., pag. 633: «La finalità della norma è quella di consentire l'acquisizione dell'area a favore di cooperative edilizie e di altri soggetti privati, la cui attività costruttiva non si concreta nella realizzazione di opere private in senso stretto». Cfr. anche MARUOTTI L., *Articolo 43*, cit., pag. 586: «Il legislatore aveva tenuto conto dell'orientamento della giurisprudenza sulle fattispecie riconducibili all'occupazione appropriativa, ricondotta ai casi di realizzazione *sine titulo* di

l'intervento normativo, benché poco rigoroso<sup>54</sup> e ben lungi da una completa regolamentazione dell'istituto<sup>55</sup>, mostrava quantomeno che il legislatore era al corrente dell'elaborazione pretoria ed anzi lo apprezzava al punto da estenderlo oltre i suoi iniziali limiti applicativi. Analogo appariva anche l'atteggiamento della Consulta, che dapprima si limitava a far salva la norma<sup>56</sup>, ma poi ne estendeva a sua volta l'ambito di applicazione<sup>57</sup>, includendo in particolare l'occupazione usurpativa laddove il legislatore si era interessato della sola acquisitiva<sup>58</sup>. Forte di questo "via libera", il legislatore tornava allora ad occuparsi dell'istituto, dapprima per tassare le plusvalenze derivanti dalla percezione di somme «comunque dovute per effetto di acquisizione coattiva conseguente ad occupazione d'urgenza divenute illegittime»<sup>59</sup>, poi per consentire alla Cassa depositi e prestiti di aiutare gli enti territoriali a sostenere gli oneri risarcitori da accessione invertita<sup>60</sup> e soprattutto per quantificare il risarcimento da occupazione illegittima in misura pari all'indennità da espropriazione legittima<sup>61</sup>, che nel frattempo era stata sensibilmente abbattuta ad opera del c.d. "decreto Amato"<sup>62</sup>.

---

opere pubbliche e non anche di alloggi di edilizia residenziale pubblica (in quanto tali qualificabili come opere private di interesse pubblico).

<sup>54</sup> Cfr. MARUOTTI L., *Articolo 43*, cit., pag. 586, che parla di «espressioni notevolmente atecniche», riferendosi ai «richiami alla "retrocessione" e all'atto "dichiarato illegittimo"».

<sup>55</sup> Cfr. DE MARZO G., *Articolo 43*, cit., pag. 634: l'Autore ricorda infatti che, dopo l'entrata in vigore dell'art. 3 l. 458/1988, «sia la dottrina come la giurisprudenza hanno più volte sottolineato la necessità di non considerare esaurito il dibattito sull'occupazione appropriativa», riportando alle note 127-128 alcuni riferimenti bibliografici esemplificativi.

<sup>56</sup> Cfr. Corte costituzionale, 31 luglio 1990, n. 384.

<sup>57</sup> Cfr. Corte costituzionale, 27 dicembre 1991, n. 486, la quale dichiara illegittimo l'art. 3, l. 27 ottobre 1988, n. 458, nella parte in cui non prevedeva che al proprietario del terreno utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica senza che fosse stato emesso alcun provvedimento di esproprio potesse applicarsi la disciplina da detta norma prevista per l'ipotesi in cui - nella medesima situazione - il provvedimento espropriativo fosse stato dichiarato illegittimo.

<sup>58</sup> Cfr. DE MARZO G., *Articolo 43*, cit., pag. 633, laddove si ricorda che «la sovrapposizione dell'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto pretorio e dell'articolo appena citato [art. 3 l. 458/1988] è stata completata dalla Corte costituzionale».

<sup>59</sup> Cfr. art. 11, comma 5, l. 30 dicembre 1991, n. 413: «Per le plusvalenze conseguenti alla percezione, da parte di soggetti che non esercitano imprese commerciali, di indennità di esproprio o di somme percepite a seguito di cessioni volontarie nel corso di procedimenti espropriativi nonché di somme comunque dovute per effetto di acquisizione coattiva conseguente ad occupazioni di urgenza divenute illegittime relativamente a terreni destinati ad opere pubbliche o ad infrastrutture urbane all'interno delle zone omogenee di tipo A, B, C, D di cui al decreto ministeriale 2 aprile 1968, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 97 del 16 aprile 1968, definite dagli strumenti urbanistici ovvero ad interventi di edilizia residenziale pubblica ed economica e popolare di cui alla L. 18 aprile 1962, n. 167, e successive modificazioni, si applicano le disposizioni di cui all'art. 81, comma 1, lettera b), ultima parte, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni, introdotta dal comma 1, lettera f), del presente articolo».

<sup>60</sup> Cfr. art. 10, comma 3-*bis*, d.l. 27 ottobre 1995, n. 444, conv. ex l. 20 dicembre 1995, n. 539: «I mutui possono essere concessi sulla base di sentenza esecutiva, anche se riferita al risarcimento del danno per accessione invertita o per occupazione senza titolo».

<sup>61</sup> Cfr. art. 1, comma 65, l. 28 dicembre 1995, n. 549, che sostituisce il comma 6 dell'art. 5-*bis* del d.l. 11 luglio 1992 n. 333 conv. ex l. 8 agosto 1992, n. 359.

<sup>62</sup> Cfr. art. 5-*bis* d.l. 11 luglio 1992 n. 333 conv. ex l. 8 agosto 1992, n. 359. Cfr. sul punto BORGIO M.,

L'«ardita costruzione legislativa»<sup>63</sup> consistente nell'estendere il *quantum* indennitario ad un risarcimento del danno veniva però censurata dalla Consulta, che riteneva irragionevole la parificazione del risarcimento del danno all'indennità di esproprio nella misura in cui rendeva sostanzialmente indifferente, per l'autorità espropriante, concludere l'azione amministrativa in modo legittimo o illegittimo<sup>64</sup>. Il legislatore tornava allora sulla questione introducendo uno scarto del 10% tra indennità da espropriazione legittima e risarcimento da occupazione acquisitiva<sup>65</sup> e questo scarto, benché modesto, veniva ritenuto sufficiente dalla successiva giurisprudenza costituzionale<sup>66</sup>. La Corte di cassazione, però, aveva subito cura di precisare che il taglio del risarcimento si applicava alla sola occupazione acquisitiva<sup>67</sup>: l'usurpativa, viceversa, rimaneva assoggettata alla quantificazione ordinaria, con conseguente integralità del danno risarcibile in caso di assenza di una valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità<sup>68</sup>.

La situazione della metà degli anni '90 vedeva quindi, in estrema sintesi, un legislatore ed una Consulta al lavoro fianco a fianco per limare alcuni profili dell'occupazione acquisitiva, senza però contestare le scelte di fondo compiute dalla Corte di cassazione ed anzi allargandone i risvolti applicativi fino a dove quest'ultima non era arrivata. Permanevano, ad onor del vero, alcuni profili di incerta regolamentazione, sulla cui esatta quantificazione non v'è però uniformità

---

*Occupazione acquisitiva*, cit., parte prima, pag. 3: «Il c.d. decreto legge “Amato” n. 333/1992, introducendo un nuovo criterio di calcolo per la determinazione dell'indennità di esproprio delle aree edificabili, aveva finito con l'introdurre una divaricazione netta tra la fattispecie dell'espropriazione legittima, assoggettata al limitato indennizzo di cui all'art. 5-*bis*, e quella dell'espropriazione sostanziale per la quale era previsto il risarcimento del danno commisurato al valore venale dell'area. Sul punto, la successiva legge n. 549/1995 aveva, invece, parificato le due fattispecie prevedendo l'applicazione del suddetto art. 5-*bis* anche per i casi di appropriazione acquisitiva».

<sup>63</sup> Così MIRABELLI CENTURIONE A., *La ripetibilità delle somme pagate dallo Stato nei confronti delle amministrazioni condannate dalla CEDU*, in [www.esproprio.it](http://www.esproprio.it), 19 gennaio 2004, pag. 2, che la ritiene «ai limiti della legalità».

<sup>64</sup> Cfr. Corte costituzionale, 2 novembre 1996, n. 369, che dichiara l'illegittimità dell'art. 5-*bis*, comma 6, d.l. 11 luglio 1992, n. 333, conv. ex l. 8 agosto 1992, n. 359, nella parte in cui applica al «risarcimento del danno» i criteri di determinazione stabiliti per «il prezzo, l'entità dell'indennizzo». Sul punto cfr. DE MARZO G., *Articolo 43*, cit., pag. 613: «Il tentativo del legislatore di equiparare l'ammontare del risarcimento del danno derivante dall'occupazione appropriativa a quello dell'indennità d'esproprio [art. 1, comma 65, della l. 28 dicembre 1995, n. 549] è tramontato in meno di un anno, travolto da una valanga di ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale e, quindi, dalla decisione della Consulta».

<sup>65</sup> Cfr. art. 3, comma 65, l. 23 dicembre 1996, n. 662, che aggiunge il comma 7-*bis* all'art. 5-*bis* del d.l. 11 luglio 1992 n. 333 conv. ex l. 8 agosto 1992, n. 359.

<sup>66</sup> Cfr. Corte costituzionale, 30 aprile 1999, n. 148, 22 ottobre 1999, n. 396, 4 febbraio 2000, n. 24, 3 luglio 2000, n. 251 e 7 maggio 2002, n. 158.

<sup>67</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 18 febbraio 2000, n. 1814 e 20 giugno 2000, n. 1841.

<sup>68</sup> Cfr. MELLONI I., *Acquisizione coattiva sanante*, cit., pagg. 8-9: «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)».

di vedute: si tratta infatti di problemi marginali secondo la giurisprudenza civile<sup>69</sup> e parte della dottrina<sup>70</sup>, mentre altri Autori<sup>71</sup> e la giurisprudenza amministrativa<sup>72</sup> li ritenevano insormontabili.

In ogni caso, le zone d'ombra delle occupazioni illegittime riscontrate fino a quel momento erano davvero ben poca cosa in confronto agli sconvolgimenti che su di esse si sarebbero abbattuti a partire dalla seconda metà della medesima decade.

## 2. Le occupazioni illegittime nel regime dell'art. 43 d.P.R. 327/2001

### 2.1 Il nuovo riparto di giurisdizione

Nel 1998, per bilanciare gli effetti della privatizzazione del pubblico impiego e nello stesso provvedimento normativo che disponeva tale privatizzazione<sup>73</sup>, il legislatore rimetteva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la

<sup>69</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 14 aprile 2003, n. 5902: «La disciplina dell'occupazione appropriativa risulta ormai basata su regole sufficientemente chiare, precise e prevedibili, ancorate a norme giuridiche, che hanno superato positivamente il vaglio di costituzionalità ed hanno recepito (confermandoli) principi enucleati dalla giurisprudenza, che può definirsi costante. La riconosciuta necessità che l'occupazione appropriativa sia comunque presidiata da una valida dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, la previsione che al privato va riconosciuto un risarcimento ragionevole, l'esistenza di norme idonee ad assicurare una tutela effettiva in sede giudiziaria, consentono di ravvisare un giusto equilibrio tra la garanzia del diritto di proprietà, prevista alla normativa interna e dalla Convenzione (come interpretata alla Corte di Strasburgo), e gli interessi generali della collettività».

<sup>70</sup> Cfr. BORGIO M., *La sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 29 aprile 2005, n. 2: fra retroattività dell'articolo 43 del testo unico sugli espropri e "ritorno dei morti viventi"*, in [www.espropionline.it](http://www.espropionline.it), 8 giugno 2005, pag. 2: con riferimento ai problemi posti dall'occupazione acquisitiva e denunciati da Cons. Stato, Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2, infatti, l'Autore li ritiene «più presunti che reali», osservando che i problemi «erano stati risolti dall'elaborazione o meglio dal perfezionamento dell'istituto» e quindi affermando di non comprendere «a quali problemi l'Adunanza Plenaria faccia riferimento».

<sup>71</sup> Cfr. MELLONI I., *Acquisizione coattiva sanante*, cit., pag. 9: dopo aver ricordato che «l'applicazione dell'istituto dell'occupazione acquisitiva ha suscitato diverse problematiche», l'Autrice ricorda infatti «l'acceso 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 [...]; la discussa individuazione degli strumenti giuridici idonei a formalizzare l'acquisizione [e] la difficoltà ad individuare la linea di demarcazione rispetto all'istituto dell'occupazione usurpativa, con i conseguenti riflessi anche sul tema della giurisdizione».

<sup>72</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2. Su questa decisione cfr. BORGIO M., *La sentenza dell'Adunanza Plenaria*, cit., nonché MADDALENA L.M., *Occupazione sine titulo, acquisizione ex art. 43 del t.u. espropriazioni e restituzione del bene illegittimamente espropriato*, in *Corriere del Merito*, 2005, 7, pagg. 859 e ss..

<sup>73</sup> Cfr. d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, recante «Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della L. 15 marzo 1997, n. 59».

materia dell'urbanistica ed edilizia<sup>74</sup>, tradizionalmente caratterizzata da un'elevatissima incidenza di diritti soggettivi, specie per quanto riguarda il profilo delle espropriazioni per pubblica utilità e dei relativi risvolti patologici. L'innovazione sembrava «assegnare la cosiddetta “occupazione acquisitiva” alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo»<sup>75</sup>, ritenuto «più comprensivo»<sup>76</sup> di quello ordinario, e forse proprio per questo in seno alla Suprema Corte emergeva un orientamento minoritario incline a circoscrivere i comportamenti devoluti al giudice amministrativo<sup>77</sup>. A partire dal 2004, anche la Consulta aderiva a questa nuova corrente ed invalidava l'opzione legislativa di rimettere al giudice amministrativo l'intera materia dell'urbanistica ed edilizia<sup>78</sup>: con particolare riferimento al versante espropriativo della materia in questione, nel 2006 la Corte costituzionale precisava che in nessun caso il legislatore poteva devolvere al giudice amministrativo i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere<sup>79</sup>.

In seguito a questa giurisprudenza costituzionale, i problemi di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario ed amministrativo, lungi dal risolversi, si acuiscono rapidamente<sup>80</sup>, soprattutto per quanto riguarda la distinzione tra

<sup>74</sup> Cfr. art. 34, comma 1, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (testo originario): «Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia». Cfr. altresì l'art. 34, comma 1, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, nel testo sostituito dall'art. 7 l. 21 luglio 2000, n. 205: «Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica ed edilizia». Come si vede, l'unica modifica apportata alla disposizione dalla riforma del 2000 riguarda l'introduzione dell'inciso «e dei soggetti alle stesse equiparati», non presente nella formulazione del 1998.

<sup>75</sup> Così SCAGLIONE M., *Accessione invertita, tra dispute teoriche e difficoltà pratiche*, in [www.esproprioonline.it](http://www.esproprioonline.it), 23 gennaio 2006, pag. 1.

<sup>76</sup> Così MARUOTTI L., *Articolo 43*, cit., pag. 606, nel riportare una delle critiche all'art. 43, che viene subito confutata osservando come, dal canto suo, «la secolare e variegata giurisprudenza ordinaria non abbia dato alcuna effettiva tutela sostanziale al proprietario».

<sup>77</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 6 giugno 2003, n. 9139. In dottrina cfr. CONTI R., *Indennità di occupazione legittima e urbanistica e art. 34 d.lgs. 80/98*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 2, pagg. 169 e ss.: «In una prospettiva diversa da quella prevalente, va infine ricordata Cass., Sez. Un., n. 9139/2003. In quella circostanza i supremi giudici hanno ritenuto che la nozione di urbanistica può riguardare solo i comportamenti espressivi di una volontà provvedimentale i quali possono allora assumere rilevanza giuridica come espressione di un potere amministrativo, ma sempre che siano collegabili ad un fine pubblico o di pubblico interesse o di pubblico interesse legalmente dichiarato».

<sup>78</sup> Cfr. Corte costituzionale, 6 luglio 2004, n. 204, che dichiara l'illegittimità dell'art. 34, comma 1, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, nel testo sostituito dall'art. 7 l. 21 luglio 2000, n. 205, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto «gli atti, i provvedimenti e i comportamenti» anziché «gli atti e i provvedimenti» delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti alle stesse equiparati, in materia urbanistica ed edilizia.

<sup>79</sup> Cfr. Corte costituzionale, 11 maggio 2006, n. 191, che dichiara l'illegittimità dell'art. 53 d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a «i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati», non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere.

<sup>80</sup> Cfr. SCAGLIONE M., *Accessione invertita*, cit., pag. 2: dopo aver perentoriamente negato che la Consulta



comportamenti “amministrativi” e comportamenti “meri”<sup>81</sup>: infatti soltanto i primi, in quanto riconducibili almeno mediamente all’esercizio del potere, avevano potuto essere devoluti al giudice amministrativo, mentre gli altri erano senz’altro rimasti nella competenza del giudice ordinario.

A questo proposito non può essere messo in discussione che le occupazioni illegittime costituiscono un comportamento in senso tecnico, dal momento che gli effetti della fattispecie non conseguono - quantomeno non esclusivamente - dall’attività provvedimentale della p.a. bensì, in tutto o in parte, dalla sua attività materiale. Altrettanto indiscutibile è che tali comportamenti non si prestano ad essere integralmente ricondotti né alla categoria dei comportamenti amministrativi, né alla contrapposta categoria dei comportamenti meri, dovendosi procedere al riparto per mezzo delle sottocategorie<sup>82</sup>. Era proprio con riferimento a tali sottocategorie, però, che si venivano a profilare i più duri contrasti tra giudice amministrativo e giudice ordinario, entrambi decisi a difendere ad oltranza le proprie competenze, anche a discapito della certezza del diritto<sup>83</sup>.

---

abbia «determinato certezze in ordine alla giurisdizione», infatti, l’Autore osserva che «mai, come negli ultimi cinque anni, le Sezioni Unite della Cassazione erano state investite da tanti Ricorsi per regolamento preventivo di giurisdizione».

<sup>81</sup> Cfr. BENINI S., *Cass. 15/09/2005 n. 18239: un’altra smentita all’Adunanza Plenaria sulla pretesa retroattività dell’art. 43 t.u. espropriazioni*, in [www.esproprioonline.it](http://www.esproprioonline.it), 4 ottobre 2005, pag. 1, laddove ci si attende dalla futura sentenza 191/2006 della Corte costituzionale «qualche nuovo spunto alla ricerca della verità nella multiformità delle speculazioni fiorite sul concetto di “comportamento amministrativo”».

<sup>82</sup> Cfr. BORGIO M., *La sentenza CCost 293/2010, in Articolo 43 d.P.R. 327/2001 incostituzionale. Occupazioni illegittime: che fare? Atti del convegno esproprioonline di Legnaro del 17 novembre 2010*, pag. 85, laddove si ricordano i concetti di «occupazione acquisitiva ed occupazione usurpativa, quest’ultima distinta in pura e spuria», precisando che «la prima fa riferimento alle ipotesi in cui l’occupazione sia avvenuta sulla base di una previa dichiarazione di pubblica utilità e di un decreto di occupazione, cui abbia fatto seguito l’irreversibile trasformazione del bene» e che «la seconda descrive il diverso caso in cui la dichiarazione di pubblica utilità manca - o *ab initio*, ovvero successivamente per effetto dell’intervenuto annullamento dell’atto in cui essa era contenuta (nel primo caso parlando di occupazione usurpativa pura, nel secondo caso spuria)».

<sup>83</sup> Cfr. BENINI S., *Cass. 15/09/2005 n. 18239*, cit., pag. 1: «L’adunanza plenaria n. 4 del 2005 si pone in stridente contrasto con la giurisprudenza prodotta dalle Sezioni unite dopo la pronuncia d’incostituzionalità dell’art. 34 d.lgs. n. 80/98, e senza mezzi termini, con buona pace del primato delle sezioni unite sulla regolazione della giurisdizione, cui lo stesso supremo consesso di giustizia amministrativa è soggetto, si autoattribuisce la giurisdizione sull’occupazione appropriativa (che anche tale fattispecie dovesse invece rientrare nella cognizione del giudice ordinario lo ha costantemente ripetuto la Cassazione dopo Corte Costituzionale n. 204 del 1004: da ultimo ordinanze nn. 600 e 10962 del 2005)». Cfr. anche BORGIO M., *La sentenza CCost 293/2010*, cit., pagg. 85-89: l’Autore ricorda infatti che «l’occupazione usurpativa pura è pacificamente ricondotta ai meri comportamenti» e che «la giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato hanno seguito, invece, due orientamenti diversi in punto di giurisdizione in caso di occupazione usurpativa spuria [...] e di decreto di esproprio mancante o tardivo [...]». Cfr. altresì LORO P., *Giurisdizione, accessione invertita e quantificazione del danno nella sentenza CDS 5443/2002*, in [www.esproprioonline.it](http://www.esproprioonline.it), 11 gennaio 2003, pag. 1, laddove si annota una sentenza che ricostruisce «con una dovizia di particolari davvero istruttiva, la vicenda del contrasto giurisprudenziale sorto attorno alla configurabilità o meno dell’occupazione acquisitiva quale comportamento rilevante in materia urbanistica, da cui dipende l’applicabilità dell’articolo 34 del d.lgs.

Il contrasto durava fino al 2007, allorché la Corte di cassazione<sup>84</sup> - contro ogni previsione<sup>85</sup> - iniziava a spostarsi verso le posizioni precedentemente assunte dal Consiglio di Stato<sup>86</sup>, aprendo in tal modo la via ad una soluzione ad oggi piuttosto consolidata. Sia le Sezioni Unite<sup>87</sup> che l'Adunanza Plenaria<sup>88</sup>, infatti, condividevano infine la tesi per la quale il giudice ordinario è competente esclusivamente in ipotesi di occupazioni usurpative c.d. "pure", cioè mancanti *ab origine* della dichiarazione di pubblica utilità, la cui fuoriuscita dalla giurisdizione ordinaria era stata negata fin dall'inizio<sup>89</sup>. Viceversa, laddove la dichiarazione di

---

80/98 come riprodotto dall'articolo 7 della legge 205/2000». Cfr. anche MELLONI I., *L'articolo 43*, cit., pag. 18: «Volendo sintetizzare i segnalati contrasti si può affermare che, mentre la Corte di Cassazione ha più volte affermato che è usurpativa non solo l'occupazione dell'immobile in assenza di qualsivoglia preventiva dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, ma anche l'ipotesi in cui questa, presente all'inizio della procedura espropriativa, venga successivamente meno per annullamento giudiziale o in autotutela, o ancora perda efficacia per scadenza dei termini [...], per il Consiglio di Stato, l'occupazione usurpativa si verifica solo nell'ipotesi d'appropriazione del bene in totale assenza di provvedimenti amministrativi o della dichiarazione di pubblica utilità. In tutti gli altri casi, il giudice amministrativo ritiene attribuibile alla sua giurisdizione esclusiva le controversie che abbiano ad oggetto diritti soggettivi, quando la lesione di questi ultimi tragga origine da fattori causali comunque riconducibili all'esplicazione del pubblico potere, pur se quest'ultimo risulti poi annullato o «mutilato della sua forza autoritativa per la sopraggiunta inefficacia disposta dalla legge per la mancata conclusione del procedimento». Cfr. soprattutto le parole conclusive di SCAGLIONE M., *Accessione invertita*, cit., pag. 3: «È possibile che i massimi Organi Giurisdizionali dello Stato si esercitino, per anni, in dispute sottili, assistite da considerazioni acute e, più o meno, tutte plausibili, senza preoccuparsi dell'enorme disagio che creano negli operatori e negli utenti? Oltre tutto, non si capisce perché, oberati come sono da arretrati spaventosi rispetto alla consistenza degli organici, lottino per trattenere spazi di giurisdizione, invece che per liberarsene! Ed il legislatore non dovrebbe intervenire, in maniera chiara e definitiva, affidandosi alla consulenza della Dottrina e non, come ha fatto fin'ora in *subiecta materia*, agli stessi vertici della giurisdizione, per sedare la disputa e dare certezza ed economia di mezzi a chi della funzione giurisdizionale ha bisogno?».

<sup>84</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 7 febbraio 2007, n. 2688.

<sup>85</sup> Cfr. BENINI S., *Cass. 15/09/2005 n. 18239*, cit., pag. 1: «Non è pensabile che la Suprema Corte si allinei al pensiero del Consiglio di Stato sul giudice competente per il risarcimento del danno da irreversibile trasformazione del fondo in assenza di decreto di esproprio (anzi ha già ribattuto all'adunanza plenaria con la sentenza 11338 del 30.5.2005)».

<sup>86</sup> Cfr. BORGIO M., *La sentenza CCost 293/2010*, cit., pag. 89: «La Corte di Cassazione si è infine conformata all'orientamento del Consiglio di Stato».

<sup>87</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 7 febbraio 2007, n. 2688, 7 novembre 2008, n. 26798 e 23 dicembre 2008, n. 30254, 19 maggio 2009, n. 11531, tutte ricordate in massima da BORGIO M., *La sentenza CCost 293/2010*, cit., pag. 89.

<sup>88</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 24 maggio 2007, n. 7, 30 luglio 2007, n. 9 e 22 ottobre 2007, n. 12, tutte riportate da BORGIO M., *La sentenza CCost 293/2010*, cit. pag. 88.

<sup>89</sup> Cfr. SCAGLIONE M., *Accessione invertita*, cit., pag. 2: «Prima della sentenza della Corte Costituzionale, così la Cassazione, come lo stesso Giudice Amministrativo, avevano ritenuto che la cosiddetta "occupazione usurpativa", non scaturendo dall'esercizio della funzione pubblica, esulasse dalla previsione dell'art. 34 [del d.lgs. 801/1998] e che, perciò, le domande restitutorie, o risarcitorie, conseguenti appartenessero, ove disgiunte da Ricorsi demolitori di atti pubblici, alla giurisdizione dell'A.G.O.». Cfr. altresì LORO P., *Dall'A.G.O. al TAR il risarcimento non cambia*, in [www.esproprio.it](http://www.esproprio.it), 1° gennaio 2003, pag. 1: «È stato altresì precisato [...] che la giurisdizione continui a spettare al giudice ordinario in caso di assenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità, cioè di occupazione usurpativa»; quest'ultimo Autore, comunque, precisa però ad onore del vero che «su questa linea non vi è concordia».

pubblica utilità sia stata annullata - c.d. occupazione usurpativa “spuria” - la controversia rientra nella competenza del giudice amministrativo, unitamente a tutte le ipotesi di occupazione acquisitiva.

La composizione del contrasto, ad ogni modo, interveniva dopo diversi anni di incertezza. Ciò significa che, per lungo tempo, controversie del tutto identiche avevano potuto essere decise l'una dal giudice amministrativo e l'altra dal giudice ordinario, moltiplicando le difficoltà di ricostruzione di un istituto giuridico già di per sé tutt'altro che limpido.

## 2.2 L'avvento del testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità

Quasi contemporaneamente al nuovo riparto di giurisdizione, il delicato istituto delle occupazioni illegittime veniva sconvolto anche da un altro intervento normativo, non meno problematico di quello poc'anzi succintamente ricordato. Nell'aprire la stagione dei “testi unici misti”<sup>90</sup>, infatti, la legge di semplificazione del 1998 inseriva l'espropriazione tra le materie da riordinare<sup>91</sup> ed il Governo si avvaleva della facoltà di demandarne la redazione al Consiglio di Stato<sup>92</sup>. Quest'ultimo si metteva presto al lavoro e già nel 2001 veniva adottato il testo unico in materia di espropriazioni per pubblica utilità<sup>93</sup>. Si trattava complessivamente di un evento di grande impatto su tutta la materia

<sup>90</sup> Sui testi unici misti in generale cfr. CARINGELLA F.: *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Milano, 2007, pag. 455. Sul suo concreto atteggiarsi in occasione della redazione del d.P.R. 327/2001 cfr. CONTI R., *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006, pag. 476, nonché DE MARZO G., *Articolo 43*, cit., pagg. 676-677.

<sup>91</sup> Cfr. art. 7, comma 1, l. 8 marzo 1999, n. 50: «Il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, adotta, secondo gli indirizzi previamente definiti entro il 30 giugno 1999 dalle Camere sulla base di una relazione presentata dal Governo, il programma di riordino delle norme legislative e regolamentari che disciplinano le fattispecie previste e le materie elencate [...] nell'allegato 3 della presente legge». Nell'allegato richiamato figura espressamente l'«espropriazione»: cfr. all. 3, n. 2, II parte, l. 8 marzo 1999, n. 50.

<sup>92</sup> Cfr. art. 7, comma 5, l. 8 marzo 1999, n. 50: «Il Governo può demandare la redazione degli schemi di testi unici ai sensi dell'articolo 14, n. 2, del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, al Consiglio di Stato, che ha la facoltà di avvalersi di esperti, in discipline non giuridiche, in numero non superiore a cinque, scelti anche tra quelli di cui al comma 1 dell'articolo 3 della presente legge. Sugli schemi redatti dal Consiglio di Stato non è acquisito il parere dello stesso previsto ai sensi dell'articolo 16, primo comma, 3°, del citato testo unico approvato con regio decreto n. 1054 del 1924, dell'articolo 17, comma 25, della legge 15 maggio 1997, n. 127, e del comma 4 del presente articolo». Per la ricostruzione dei lavori della «Commissione speciale, con tre relatori, per la redazione dello schema del testo unico e della relazione esplicativa», cfr. Cons. Stato, Ad. Gen., 29 marzo 2001 n. 4. Cfr. anche l'epigrafe del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327: «Visto l'articolo 7, comma 5, della legge 8 marzo 1999, n. 50, che ha consentito al Governo di demandare la redazione degli schemi di testi unici al Consiglio di Stato». Sul punto cfr. CONTI R., *L'occupazione acquisitiva*, cit., pag. 476, laddove si ricorda che il legislatore delegato introduceva l'art. 43 «avvalendosi dello schema di testo unico delegato all'Adunanza Generale»

<sup>93</sup> Cfr. d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, ricordato in questo lavoro anche come «testo unico» *tout court*.

espropriativa, ma è soprattutto in tema di occupazioni illegittime che tale impatto poteva dirsi sconvolgente<sup>94</sup>: nell'art. 43 del testo unico, infatti, esse trovavano quella regolamentazione normativa che in precedenza non avevano mai avuto.

Nel complesso, la soluzione tentata dall'art. 43<sup>95</sup> era molto simile a quella del vigente art. 42-*bis*<sup>96</sup>. Nel dichiarato intento di adeguare l'ordinamento nazionale alla Convenzione EDU<sup>97</sup> eliminando l'occupazione appropriativa ed usurpativa<sup>98</sup>, si attribuiva alla p.a. «il potere di emanare un atto di acquisizione dell'area al suo patrimonio indisponibile (con la peculiarità che non viene meno il diritto al risarcimento del danno), in base ad una valutazione discrezionale, sindacabile in sede giurisdizionale»<sup>99</sup>. Il fenomeno, noto come “acquisizione coattiva sanante”, poteva aver luogo anche in sede giudiziale<sup>100</sup> ed in tal caso si parlava di “acquisizione giudiziale”. In mancanza dell'atto acquisitivo, invece, il bene rimaneva nella proprietà del precedente titolare, in chiara opposizione al previgente meccanismo pretorio che attribuiva il bene alla p.a. in forza della sola attività di trasformazione: come affermato con insistenza da costante giurisprudenza amministrativa, quindi, in mancanza di provvedimento di acquisizione il bene rimaneva in proprietà del privato, a prescindere da qualsiasi attività materiale della p.a. e segnatamente a prescindere dalla realizzazione dell'opera pubblica<sup>101</sup>.

<sup>94</sup> Cfr. CONTI R., *L'occupazione acquisitiva*, cit., pag. 476, laddove si ricorda che il riordino, oltre che delle procedure espropriative, anche «delle altre procedure connesse», avviene «giusta l'ulteriore delega conferita al Governo dall'art. 1, comma 4, lett. f) della legge n. 340/2000, modificativa del n. 18 dell'allegato n. 1 della legge n. 59/1997.

<sup>95</sup> Ove non diversamente indicato, da qui innanzi la dicitura ellittica «art. 43» va sempre riferita all'art. 43 d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale, con sentenza 8 ottobre 2010, n. 293. Per il testo della disposizione ed il suo confronto con l'art. 42-*bis* del medesimo d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, cfr. *infra*, pag. 219.

<sup>96</sup> Ove non diversamente indicato, da qui innanzi la dicitura ellittica «art. 42-*bis*» va sempre riferita all'art. 42-*bis* d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, introdotto dall'art. 34 d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. ex l. 15 luglio 2011, n. 111. Per il testo della disposizione ed il suo confronto con l'art. 43 del medesimo d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, cfr. *infra*, pag. 219.

<sup>97</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Gen., 29 marzo 2001 n. 4: «La riforma sembra essenziale, perché l'ordinamento deve adeguarsi ai principi costituzionali ed a quelli generali del diritto internazionale sulla tutela della proprietà»

<sup>98</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Gen., 29 marzo 2001 n. 4: «L'articolo 43 mira ad eliminare la figura, sorta nella prassi giurisprudenziale, della occupazione appropriativa o espropriazione sostanziale (c.d. accessione invertita), nonché quella della occupazione usurpativa (alla quale, per la più recente giurisprudenza, non si applicano le vigenti disposizioni dell'articolo 5 *bis* della legge n. 359 del 1992, sulla riduzione del quantum dovuto a titolo di risarcimento del danno)».

<sup>99</sup> Così Cons. Stato, Ad. Gen., 29 marzo 2001 n. 4.

<sup>100</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Gen., 29 marzo 2001 n. 4: «Considerato che in materia di espropriazione, in presenza di un illecito della pubblica amministrazione (o di un soggetto per legge equiparato), sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si prevede una particolare disciplina sostanziale e processuale, per il caso in cui il proprietario chieda la tutela del diritto di proprietà, con una azione petitoria o d'urgenza»

<sup>101</sup> Cfr. *ex multis* l'autorevole e celeberrima Cons. Stato, Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2: «L'amministrazione non può addurre l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica quale causa di

Al di là delle intenzioni del legislatore - encomiabili almeno in un'ottica di certezza - l'art. 43 mostrava ben presto notevoli profili tecnici ampiamente discutibili e per tutto il periodo in cui rimaneva in vigore sollevava perplessità, metteva in difficoltà la giurisprudenza<sup>102</sup> ed attirava critiche dottrinali<sup>103</sup>. Tra tutte, merita anzitutto di essere ricordata - per i suoi notevoli riflessi pratici - la questione della retroattività della disposizione<sup>104</sup>, che vedeva ancora una volta una fiera contrapposizione tra giudice ordinario e amministrativo. Quest'ultimo, in particolare, attribuiva all'art. 43 la natura di norma processuale e per questo riteneva di poterne fare applicazione anche in caso di procedure illegittime anteriori all'entrata in vigore del testo unico, in virtù del principio per il quale *tempus regit actum*<sup>105</sup>: in tal modo, il Consiglio di Stato evitava dunque di dare applicazione agli istituti creati dalla Corte di cassazione, che a Palazzo Spada

---

impossibilità oggettiva e quindi come impedimento alla restituzione: la realizzazione dell'opera pubblica è un fatto, e tale resta; la perdita della proprietà da parte del privato e l'acquisto in capo all'amministrazione possono conseguire unicamente all'emanazione di un provvedimento formale, nel rispetto del principio di legalità e di preminenza del diritto».

<sup>102</sup> Cfr. BORGIO M., *Le fattispecie di cui al primo e terzo comma dell'art. 43 del t.u. espropri sono sovrapponibili?*, in [www.esproprioonline.it](http://www.esproprioonline.it), 24 febbraio 2006, pag. 1: dopo aver rilevato che «l'art. 43 del T.U. Espropri sta assurgendo al ruolo di protagonista nella recente giurisprudenza amministrativa», infatti, l'Autore osserva già nel 2006 che «pullulano [...] le pronunce sull'atto di acquisizione coattiva sanante (così è stato battezzato il nuovo istituto), pronunce, in alcuni casi, apparentemente discordanti».

<sup>103</sup> Cfr. *ex multis*, tra i più severi, TROCCOLI R., *Testo unico o articolo unico? Approccio ermeneutico all'articolo 43 del nuovo testo unico in materia di espropriazione*, in [www.esproprioonline.it](http://www.esproprioonline.it), 19 ottobre 2002. Cfr. altresì LORO P., *Art. 43 del testo unico: la proprietà privata senza difese?*, in [www.esproprioonline.it](http://www.esproprioonline.it), 25 agosto 2002, pag. 1: «Una delle disposizioni del testo unico che ha sollevato più interrogativi è l'art. 43, norma certamente improntata ad un particolare *favor* nei confronti della P.A., che molti considerano però un passo indietro sul piano dei diritti dei privati proprietari, cui viene impedito di esercitare la tutela restitutoria nei casi in cui il bene sia stato illegittimamente occupato». Cfr. poi MIRABELLI CENTURIONE A., *La ripetibilità*, cit., pag. 1, che parla di «grave problema legato alle anomalie cagionate dalla ultraventennale convulsa produzione legislativa e regolamentare nella materia espropriativa, acuito da una cristallizzata interpretazione giurisprudenziale di assoluta chiusura verso forme più eque di risarcimento verso il privato inciso dal provvedimento espropriativo».

<sup>104</sup> In dottrina cfr. PONTE D., *Applicabilità immediata dell'art. 43 t.u. espropriazioni. Nota a TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 27 ottobre 2003, n. 2160*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 4, pagg. 467 e ss.; CONTI R., *Testo unico espropriazione: art. 43 e domanda di esclusione della restituzione senza limiti di tempo. Nota a TAR Toscana, 11 giugno 2004, n. 2066 e TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 27 ottobre 2003, n. 2160*, in *Corriere Giuridico*, 2004, 9, pagg. 1225 e ss.; e FATTORUSO R., *Espropriazione per pubblica utilità: la portata retroattiva dell'art. 43 t.u. espropriazioni è incompatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e con la Costituzione italiana - necessità dell'accessione invertita*, in [www.esproprioonline.it](http://www.esproprioonline.it), 14 maggio 2006.

<sup>105</sup> Cfr. anzitutto Cons. Stato, Sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5443. Su questa sentenza cfr. LORO P., *Giurisdizione*, cit., laddove a pag. 1 si osserva che il Supremo Consesso - già prima dell'entrata in vigore del testo unico - ritiene «scomparso» l'istituto [dell'accessione invertita] per effetto della Corte di Strasburgo nella nota sentenza del 2000. Cfr. poi la celebre TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 27 ottobre 2003, n. 2160: su questa sentenza cfr. LORO P., *TAR Emilia-Romagna 2160/2003: l'articolo 43 si applica anche alle situazioni pendenti*, in [www.esproprioonline.it](http://www.esproprioonline.it), 10 novembre 2003; PONTE D., *Applicabilità immediata*, cit., e CONTI R., *Testo unico espropriazione*, cit., quest'ultimo anche con riferimento a TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 11 giugno 2004, n. 2066. Cfr. inoltre l'altrettanto celebre Cons. Stato, Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2.

erano stati sì applicati<sup>106</sup>, ma senza troppo entusiasmo<sup>107</sup>. Viceversa, la Suprema Corte riteneva che il citato art. 43 seguisse il regime temporale dettato dal successivo art. 57 e quindi non avesse natura retroattiva, con la conseguenza che per tutte la fattispecie antecedenti continuava a trovare applicazione l'istituto - di sua creazione - dell'espropriazione sostanziale<sup>108</sup>.

Se peraltro si considera che, come già anticipato, un'ampia fetta delle occupazioni illegittime poteva essere giudicata sia dal giudice ordinario che dal giudice amministrativo, si vede bene dove conduceva il contrasto tra le supreme magistrature: la stessa lite, infatti, poteva essere intentata davanti al giudice amministrativo e risolta in virtù dell'art. 43 o instaurata davanti al giudice ordinario e decisa secondo le regole pretorie tradizionali.

L'altro profilo critico dell'art. 43 che non può essere passato sotto silenzio riguarda i suoi molteplici profili di dubbia legittimità costituzionale. Il primo di essi - e forse il più radicale - introduceva l'ennesimo sconvolgimento della disciplina delle occupazioni illegittime intervenuto a cavallo tra XX e XXI secolo, stavolta però derivante da un intervento non legislativo, bensì giurisprudenziale e segnatamente della Corte EDU.

### 2.3 Le occupazioni illegittime davanti a Corte EDU e Corte costituzionale

Si è già accennato in apertura<sup>109</sup> al fatto che il diritto di proprietà ed il potere di espropriare sono espressamente riconosciuti e bilanciati da fonti costituzionali e sovranazionali. Tra queste ultime viene soprattutto in rilievo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950. Due anni dopo la firma della Convenzione e prima ancora che l'Italia la rendesse esecutiva<sup>110</sup>, infatti, essa veniva integrata da un primo

<sup>106</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2, nella parte in cui ritiene l'accessione invertita «sostanzialmente condivisa anche dalla prevalente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato».

<sup>107</sup> Cfr. BORGIO M., *La sentenza dell'Adunanza Plenaria*, cit., pag. 1, che parla di «furia, per così dire iconoclasta, che porta i giudici amministrativi a “distruggere” tutto ciò che è stato creato dalla giurisprudenza ordinaria». Cfr. altresì LORO P., *Giurisprudenza*, cit., pag. 1: «Che il Consiglio di Stato non si sia mai appassionato all'istituto dell'accessione invertita, divenuto diritto vivente a partire dalla storica sentenza della Corte di Cassazione S.U. 6 febbraio 1983, n. 1464, è cosa risaputa. Che abbia poi dovuto finire per convivervi, soprattutto a seguito dello spostamento alla giurisdizione amministrativa delle domande risarcitorie, è cosa altrettanto nota». Cfr. poi MELLONI I., *L'articolo 43*, cit., pag. 31, laddove si dà atto del «dibattito in ordine alla retroattività o meno dell'art. 43 TU», osservando che «sul tema si registrano opposti orientamenti».

<sup>108</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 16 dicembre 2003, n. 19217, nonché 15 settembre 2005, n. 18239, quest'ultima in [www.espropionline.it](http://www.espropionline.it) con nota di BENINI S., *Cass. 15/09/2005 n. 18239*, cit.. La tesi è sostenuta altresì da FATTORUSO R., *Espropriazione per pubblica utilità*, cit., *passim*.

<sup>109</sup> Cfr. *supra*, pag. 14.

<sup>110</sup> Cfr. l. 4 agosto 1955, n. 848, recante «Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952».