

Ines Melloni

L'articolo 43 dpr 327/2001

l'acquisizione coattiva sanante

**guida operativa
con rassegna di giurisprudenza vasta
rappresentativa e strutturata**

aggiornata a maggio 2009

**indicazioni e soluzioni concrete
flussogrammi e modulistica**

Ines Melloni

L'articolo 43 dpr 327/2001

l'acquisizione coattiva sanante

guida operativa
con rassegna di giurisprudenza vasta,
rappresentativa e strutturata

maggio 2009

EXEO edizioni The logo for EXEO edizioni features the word 'EXEO' in a bold, serif font, followed by 'edizioni' in a smaller, lowercase sans-serif font. A stylized graphic element, resembling a curved arrow or a swoosh, starts under the 'O' and curves upwards and to the right, ending in a small arrowhead.

Copyright © 2009 Exeo S.r.l.
P. IVA 03790770287
sede operativa: via Garibaldi 129, 35028 Piove di Sacco (PD)
casella postale 76/a 35028 Piove di Sacco (PD)
tel. 049 9711446 dal lunedì al venerdì dalle 12:30 alle 14:00
fax 049 9711446
info@exeoedizioni.it
www.exeoedizioni.it

Tutti i diritti riservati
E' vietata la riproduzione anche parziale e con qualsiasi mezzo
senza l'autorizzazione scritta dell'editore.

Autore: *Ines Melloni*, dottore in giurisprudenza, operatore presso l'ufficio
espropriazioni del Comune di Reggio Emilia, autore di pubblicazioni in materia.

Coordinamento redazionale, progetto grafico e direzione collana: *Paolo Loro*

Seconda edizione aggiornata al mese di maggio 2009
collana: guide operative ESPROPRIONLINE
G1 - L'art. 43 dpr 327/2001
ISBN: 978-88-95578-00-2

Questo volume è stato stampato nel mese di luglio 2009 da:
TEXT Fotocomposizione
via Cristofori, 1/A, loc. Vigorovea, 35020 Sant'Angelo di Piove di Sacco PD



professionisti

pubblica amministrazione

Indice

| | |
|---|-----|
| parte 1 TRATTATO | 9 |
| 1. Premessa | 11 |
| 2. Gli istituti dell'occupazione acquisitiva ed usurpativa..... | 12 |
| 3. Articolo 43: compatibilità con altri modi di acquisto..... | 21 |
| 3.1. L'articolo 43 e l'occupazione acquisitiva..... | 21 |
| 3.2. L'articolo 43 e l'abdicazione al diritto di proprietà | 24 |
| 3.3. L'articolo 43 e l'usucapione..... | 26 |
| 3.4. L'articolo 43 e il decreto di esproprio..... | 29 |
| 4. Articolo 43: l'incognita della retroattività..... | 30 |
| 5. Articolo 43 e Corte EDU..... | 35 |
| 6. Articolo 43: ambito oggettivo..... | 41 |
| 7. Articolo 43: ipotesi di applicazione..... | 41 |
| 7.1. Vicende riguardanti il vincolo espropriativo..... | 43 |
| 7.2. Vicende riguardanti la dichiarazione di pubblica utilità..... | 44 |
| 7.3. Vicende riguardanti il decreto di esproprio..... | 48 |
| 8. Articolo 43: presupposti..... | 51 |
| 8.1. Utilizzo del bene immobile per scopi di interesse pubblico e soggetto utilizzatore..... | 51 |
| 8.2. Modifica del bene immobile..... | 55 |
| 9. Il frazionamento..... | 61 |
| 10. Il procedimento di cui all'articolo 43.1 – 43.2..... | 62 |
| 10.1. Limite temporale di adozione del provvedimento acquisitivo..... | 62 |
| 10.2. Adempimenti preliminari: il “giusto procedimento”..... | 67 |
| 11. Il provvedimento di cui all'articolo 43.1 – 43.2..... | 70 |
| 11.1. Competenza all'emanazione del provvedimento acquisitivo..... | 70 |
| 11.2. Contenuto del provvedimento..... | 79 |
| 12. Il risarcimento del danno..... | 85 |
| 12.1. Quantificazione del risarcimento..... | 85 |
| 12.2. Prescrizione del risarcimento del danno in caso d'occupazione acquisitiva ed usurpativa..... | 93 |
| 12.3. Prescrizione del risarcimento del danno in caso di provvedimento acquisitivo ex articolo 43..... | 102 |
| 13. Adempimenti successivi all'emanazione del provvedimento acquisitivo..... | 104 |
| 14. Effetti del provvedimento acquisitivo..... | 106 |

| | |
|--|---------|
| 15. Provvedimento acquisitivo ed iniziativa del privato..... | 107 |
| 15.1. Articolo 43.3 – 43.4 TU..... | 108 |
| 16. Articolo 43 comma 3 | 113 |
| 16.1. Articolo 43 comma 3: ipotesi di applicazione..... | 113 |
| 16.2. Articolo 43 comma 3: presupposti di applicazione..... | 118 |
| 16.3. Articolo 43 comma 3: natura e forma della domanda..... | 119 |
| 16.4. Articolo 43 comma 3: limite temporale di formulazione della domanda..... | 121 |
| 16.5. Articolo 43 comma 3: rapporto tra provvedimento giudiziale e provvedimento di acquisizione..... | 122 |
| 17. Articolo 43 comma 5 TU: ipotesi speciali di ricorso al provvedimento sanante..... | 124 |
| 18. Articolo 43: profili di giurisdizione..... | 126 |
| 19. Articolo 43: profili di legittimità costituzionale..... | 128 |
| parte 2 FLUSSOGRAMMI | 135 |
| parte 3 MODULISTICA | 143 |
| parte 4 GIURISPRUDENZA | 159 |
| Accessione diretta..... | 162 |
| Adozione | |
| Discrezionalità | 162 |
| Discrezionalità > Istanza > Silenzio..... | 166 |
| Discrezionalità > Responsabilità in caso di mancata adozione | 168 |
| Alternative | |
| Assenza di alternative | 169 |
| Asservimento | 177 |
| Asservimento > Elettrodotto..... | 181 |
| Beni acquisibili | 182 |
| Compatibilità con altri modi di acquisto | |
| Abdicazione | 183 |
| Accessione invertita > Compatibilità | 188 |
| Accessione invertita > Compatibilità > Giudicato..... | 191 |
| Accessione invertita > Incompatibilità | 194 |
| Usucapione..... | 202 |
| Competenza | 205 |
| Condizioni | 219 |
| Convenzione europea dei diritti dell'uomo | 222 |
| Costituzionalità | 235 |
| Distinzione tra occupazione appropriativa ed usurpativa | 237 |
| Eccezionalità | 241 |

| | |
|--|-----|
| Effetto ex nunc | 244 |
| Ipotesi di applicazione | 247 |
| Limite temporale di adozione | |
| Dopo una condanna alla restituzione..... | 254 |
| Nel giudizio di ottemperanza | 261 |
| Pendenza di giudizio..... | 264 |
| Pendenza di giudizio > Acquiescenza..... | 267 |
| Pendenza di giudizio > Azione risarcitoria..... | 267 |
| Pendenza di giudizio > carenza di interesse..... | 269 |
| Motivazione | 269 |
| Valutazione interessi..... | 272 |
| Valutazione interessi > In relazione all'utilizzo | 277 |
| Valutazione interessi > Particolare rilevanza dell'interesse pubblico..... | 279 |
| Valutazione interessi > Particolare rilevanza dell'interesse pubblico > Esempi | 285 |
| Valutazione interessi > Richiamo alla pubblica utilità..... | 286 |
| Natura del bene acquisito..... | 286 |
| Notifica | 287 |
| Oggetto, certezza, frazionamento | 287 |
| Perfezionamento | 290 |
| Rapporto con la procedura espropriativa | 290 |
| Condizione Risolutiva..... | 294 |
| Dichiarazione di pubblica utilità..... | 294 |
| Regioni/province > Provincia di Trento | 296 |
| Restituzione del bene | 297 |
| Retroattività | |
| Non retroattivo..... | 313 |
| Retroattivo | 321 |
| Risarcimento del danno | 332 |
| Area agricola | 333 |
| Art. 55 TU..... | 335 |
| Asservimenti | 336 |
| Congruità..... | 336 |
| Criteri di calcolo | 337 |
| Criteri di calcolo > Irrilevanza tipologia di intervento | 351 |
| Danno morale..... | 353 |
| Deprezzamento area residua..... | 353 |
| Edificabilità | 354 |
| Edificabilità > Fasce di rispetto | 356 |
| Imposte pagate | 357 |
| Incidenza dell'opera | 358 |
| Interessi | 360 |
| Interessi > Dies a quo | 362 |
| Modalità e termini di pagamento | 362 |
| Modalità e termini di pagamento > Deposito Cassa DDPP | 362 |
| Momento riconoscimento valore del bene | 363 |

| | |
|---|------------|
| Necessità..... | 366 |
| Periodo di occupazione illegittima..... | 369 |
| Prescrizione..... | 375 |
| Titolare dell'obbligazione..... | 384 |
| Vincolo preordinato all'esproprio > Aree con vincolo decaduto/annullato..... | 385 |
| Vincolo preordinato all'esproprio > Rilevanza nella stima..... | 387 |
| Terzo comma, discrezionalità del giudice..... | 388 |
| Terzo comma, domanda della PA | |
| Limite temporale per la formulazione > In appello..... | 390 |
| Limite temporale per la formulazione > Nel giudizio di ottemperanza..... | 392 |
| Natura e forma..... | 394 |
| Per facta concludentia..... | 401 |
| Procura..... | 405 |
| Soggetto legittimato..... | 406 |
| Terzo comma, ipotesi di applicazione..... | 408 |
| Azione risarcitoria > Accoglibilità..... | 411 |
| Azione risarcitoria > Accoglibilità > Condizioni > Comportamento concludente..... | 418 |
| Azione risarcitoria > Accoglibilità > Condizioni > Provvedimento di acquisizione > Discrezionalità..... | 426 |
| Azione risarcitoria > Accoglibilità > Condizioni > Provvedimento di acquisizione > Necessario..... | 427 |
| Azione risarcitoria > Accoglibilità > Condizioni > Provvedimento di acquisizione, Necessario > Condanna..... | 434 |
| Azione risarcitoria > Accoglibilità > Condizioni > Provvedimento di acquisizione > Necessario, Condanna > Soggetto legittimato passivo..... | 437 |
| Azione risarcitoria > Accoglibilità > Condizioni > Provvedimento di acquisizione > Non necessario..... | 438 |
| Azione risarcitoria > Non accoglibilità..... | 440 |
| Rapporto con la procedura..... | 441 |
| Terzo comma, presupposti..... | 442 |
| Terzo comma, provvedimento di acquisizione | |
| Rapporto tra pronuncia e provvedimento di acquisizione..... | 445 |
| Effetti sul giudizio..... | 447 |
| Legittimità..... | 448 |
| Necessità..... | 448 |
| Terzo comma, retroattività..... | 459 |
| Utilizzazione del bene..... | 459 |
| Attuale..... | 466 |
| Irreversibile trasformazione..... | 473 |
| Modificazione..... | 475 |
| Parziale..... | 484 |
| Sine titolo..... | 484 |

1. Premessa.

«Per i casi in cui l'opera è realizzata in assenza di un valido decreto di esproprio, e al fine di adeguare l'ordinamento italiano alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'art. 43 attribuisce alla Amministrazione il potere di acquisire l'area al proprio patrimonio indisponibile e all'espropriato il diritto di conseguire il risarcimento del danno, salvo il sindacato in sede giurisdizionale del provvedimento di acquisizione.

Si introduce così nel sistema un istituto che consenta alla Amministrazione di acquisire mediante un titolo giuridico l'opera pubblica in un primo tempo realizzata in assenza del valido decreto di esproprio: l'illecito aquiliano (che si ha nel caso di occupazione senza titolo) viene meno al momento della emanazione dell'atto di acquisizione» (così parere reso allo schema del testo unico sulle espropriazioni dalla Adunanza Generale del Consiglio di Stato 29 marzo 2001 n. 4/2001 § 13.3).

«L'art. 43 mira ad eliminare la figura, sorta nella prassi giurisprudenziale, della occupazione appropriativa o espropriazione sostanziale (c.d. accessione invertita), nonché quella della occupazione usurpativaCome già osservato, la riforma sembra essenziale, perché l'ordinamento deve adeguarsi ai principi costituzionali ed a quelli generali del diritto internazionale sulla tutela della proprietà.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo (con la sentenza della Sez. II, 30 maggio 2000, ric. 31524/96) ha affermato che l'istituto, come affermato nell'ordinamento italiano è contrario con l'articolo 1 del prot. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

L'articolo 43 attribuisce alla Amministrazione 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». (così parere reso allo schema del testo unico sulle espropriazioni dalla Adunanza Generale del Consiglio di Stato 29 marzo 2001 n. 4/2001 § 29.4).

I riportati passaggi del parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato consentono di rispondere ad una prima serie di quesiti concernenti il provvedimento acquisitivo previsto dall'art. 43 DPR 327/2001: in

che cosa consista il provvedimento, quali siano i presupposti e quali le finalità perseguite dal legislatore con la sua introduzione.

In prima approssimazione, con riserva di più accurata analisi nel prosieguo, può affermarsi che il provvedimento ex art. 43 TU consiste in un atto emanato dall'Autorità ad oggetto l'acquisizione al patrimonio indisponibile della stessa di un bene immobile, su cui è stata realizzata un'opera finalizzata al perseguimento di un pubblico interesse, emanato sulla base di una valutazione discrezionale sindacabile in sede giurisdizionale, in conseguenza di una modifica del bene avvenuta *sine titulo* ed al fine di eliminare le figure, sorte nella prassi giurisprudenziale, dell'occupazione appropriativa o espropriazione sostanziale, altrimenti detta accessione invertita ed occupazione usurpativa, nonché ai fini dell'adeguamento dell'ordinamento giuridico ai principi costituzionali ed a quelli generali del diritto internazionale sulla tutela della proprietà.

Nei successivi paragrafi saranno oggetto di analisi presupposti, procedimento e contenuto del provvedimento, sulla base delle prescrizioni dettate dall'art. 43 TU.

Per ora si ritiene opportuno procedere ad una rapida disamina delle finalità perseguite dal legislatore, con l'introduzione dell'istituto acquisitivo, sulla base delle indicazioni tratte dal riportato parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato.

2. Gli istituti dell'occupazione acquisitiva ed usurpativa.

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

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

anni dal momento della trasformazione del fondo, la condanna dell'ente medesimo a risarcire il danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà.

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

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

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

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

13477/2006, 19543/2004, 18916/2004, 18436/2004, 3007/2004, 3011/2004).

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

- soltanto l'occupazione acquisitiva realizza l'acquisizione del bene, mentre l'occupazione usurpativa si configura quale fatto illecito permanente produttivo di danno da inquadrare nell'art. 2043 Cod. Civ., con conseguente tutela ripristinatoria in forma specifica o reintegratoria per equivalente del danneggiato. In tale ipotesi l'effetto acquisitivo è fatto discendere non dall'irreversibile trasformazione bensì dall'abdicazione al diritto di proprietà da parte del titolare, nel momento in cui lo stesso opta per la pretesa risarcitoria per equivalente (TAR PA 117/2009, RC 696/2008, CASS 26615/2008, 7320/2008, 26732/2007, TAR NA 9561/2007, CASS SU 13431/2006, CGA 825/2005);
- soltanto in ipotesi di occupazione acquisitiva il risarcimento del danno è suscettibile di prescrizione (quinquennale) (sul punto si rinvia al paragrafo relativo);
- soltanto in ipotesi di occupazione acquisitiva, e non anche di usurpativa, consegue l'integrale ristoro del danno bensì un risarcimento per la cui quantificazione (almeno fino alla data del 30 settembre 1996), si procede con gli stessi criteri (salvo alcuni correttivi) stabiliti per la determinazione dell'indennità di esproprio (cfr. comma 7 bis introdotto nel testo dell'art. 5 bis L. 359/1992 ad opera della L. 662/1996 - Art. 3 - comma 65).

Tale distinzione è oggi venuta meno per effetto dell'intervento della Corte Costituzionale che, con sentenza n. 349/2007, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 5 bis comma 7 bis DL 333/1992 convertito nella L. 359/1992 per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.; ciò in quanto la norma si pone in contrasto con le norme internazionali convenzionali e, anzitutto, con l'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU, nell'interpretazione offertane dalla Corte EDU. La sentenza della Consulta non ha toccato l'art. 55 TU che, nel testo originario, aveva recepito il citato art. 5 bis comma 7 bis. La riformulazione dell'art. 55 è avvenuta ad opera del legislatore che con la L. 244/2007 art. 2, comma 90

(Legge finanziaria 2008), ha disposto che, nel caso d'utilizzazione di un suolo edificabile per scopi di pubblica utilità, in assenza di un valido ed efficace provvedimento d'esproprio, il risarcimento del danno è liquidato in misura pari al valore venale del bene.

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

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

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

Fermo restando la condivisione del criterio di massima per cui l'occupazione acquisitiva presuppone l'esercizio di un potere, mentre l'occupazione usurpativa si configura quale mero comportamento non

riconducibile all'esercizio di alcun potere pubblicistico, il contrasto tra le due giurisdizioni consiste fondamentalmente nell'individuazione delle fattispecie in concreto riconducibili alle categorie così individuate.

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

Sulle questioni alla medesima rimesse, l'Adunanza Plenaria si è pronunciata con decisioni del 30 luglio 2007 n. 9 e 22 ottobre 2007 n. 12, confermando l'orientamento favorevole al riconoscimento della giurisdizione del G.A., nel caso di domanda di risarcimento del danno conseguente ad occupazione divenuta illegittima per scadenza dei termini d'efficacia della PU o per annullamento degli atti della procedura; ciò in quanto la mancata adozione del provvedimento traslativo entro il pre-

scritto termine o l'intervenuta dichiarazione d'illegittimità degli atti, non sembrano poter dequotare la valenza giuridica di un'attività espletata nel corso e in virtù di un procedimento che la dichiarazione di P.U. ha *ab origine* funzionalizzato a scopi specifici e concreti di pubblica natura o utilità.

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 (CASS 23943/2008, 15540/2008, 2746/2008, CASS SU 21929/2008, 10024/2007, 15615/2006, 15609/2006, 1207/2006), 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» (Così CDS AP 4/2005; cfr. anche TAR CT 813/2009, NA 1970/2009, 1353/2009, 739/2009, BA 940/2009, CT 158/2009, RM 1294/2009, BS 1796/2008, NA 21163/2008, 5083/2008, 2060/2008, 730/2008, PZ 656/2008, RM 4416/2008, CDS 5634/2008, 5498/2008, 6124/2007, CDS AP 12/2007, 9/2007, TAR NA 7555/2007, RM 11455/2007, PA 3345/2007).

Si parla al riguardo di “comportamento provvedimentoale” da intendersi come comportamento comunque conseguente all'esercizio di un potere e come tale da differenziarsi dal “mero comportamento” (CDS 2582/2007, 1892/2007, TAR PA 1414/2007, 1143/2007, PZ 62/2007, LE 4093/2006, NA 2137/2006).

Il tema è riconducibile al contrasto mai sopito tra le Sezione Unite della Corte di Cassazione e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in ordine alla nozione di carenza di potere. La Suprema Corte ne accoglie infatti una nozione ampia, in base alla quale la carenza si verifica non solo nei casi di mancata attribuzione del potere all'Amministrazione, ma

anche quando è assente un presupposto per il suo esercizio. La carenza di potere così inteso determina una lesione del diritto soggettivo, come nel caso di atti espropriativi adottati in assenza della dichiarazione di pubblica utilità o della previsione di tutti i termini essenziali di cui all'art. 13 della L. 2359/1865, ovvero emanati dopo la successiva scadenza dell'efficacia. Poiché, secondo questa impostazione, la dichiarazione di pubblica utilità costituisce momento di collegamento fra l'astratta configurazione legislativa del potere e la sua concreta esistenza, in tutti questi casi mancherebbe *in concreto* il potere dell'Amministrazione e gli atti espropriativi eventualmente emanati sono qualificati nulli e, in quanto tali, disapplicabili (CASS S 650/1986, 4116/1988).

Per il Consiglio di Stato viceversa, già con l'Adunanza Plenaria del 25 febbraio 1975 n. 2, la dichiarazione di pubblica utilità non rappresenta l'atto attributivo del potere di espropriazione, che è invece conferito all'Amministrazione dalla Costituzione e dalle leggi ordinarie, ma è soltanto l'atto attraverso il quale deve passare l'esercizio del potere spettante alla P.A. .

Una volta verificato, pertanto, che il potere è stato attribuito e che il provvedimento ne è l'espressione, ogni eventuale violazione di legge costituisce vizio di legittimità dell'atto autoritativo, che per sua natura incide su interessi legittimi e non su diritti soggettivi.

Viceversa nessun contrasto sussiste in ordine alle ipotesi di occupazione *sine titulo*, ossia le occupazioni in alcun modo riconducibili all'esercizio di una funzione pubblica, perché stata posta in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto. Ipotesi tipica è quella di occupazione effettuata senza dichiarazione di pubblica utilità e/o decreto d'occupazione d'urgenza (CASS SU 6070/2009, 7936/2008, TAR CZ 656/2008, CA 1264/2008, CT 362/2008, PA 1144/2007, CDS AP 9/2007, CASS SU 9324/2007, 2690/2007, CASS 8210/2007, 9171/2005) o quella realizzata nel corso di procedimento espropriativo, ma interessante aree non *coperte* dalla dichiarazione di pubblica utilità, in quanto non incluse nel piano particellare di esproprio o incluse per superfici minori (TAR BA 552/2009, LE 1168/2008, CASS SU 7442/2008, 5925/2008, TAR PA 2873/2007, CZ 1444/2007, 384/2007, PZ 485/2007, RC 683/2007, PA 615/2007, PR 36/2007, CASS. SU 27192/2006) ed ancora l'ipotesi di aree non incluse nel decreto di esproprio (TAR VE 700/2009, CDS 1338/2007) e quella in cui la scadenza

dei termini di efficacia della pubblica utilità abbia preceduto l'irreversibile trasformazione del fondo (CASS SU 30254/2008, CGA 511/2006, TAR CT 489/205, PA 74/2005). Nei suddetti casi è affermata la giurisdizione del GO; ciò in quanto, anche alla luce delle sentenze della Corte Cost. n. 204/2004 e 191/2006, l'intervenuta occupazione configura comportamento non riconducibile neppure mediatamente e/o indirettamente all'esercizio di potere.

Secondo il “decalogo” offerto dai più recenti pronunciamenti della Corte di Cassazione, configurano ipotesi di occupazione c.d. usurpativa, soggetta alla giurisdizione del giudice ordinario, i casi di assenza di dichiarazione di pubblica utilità, per essere stata realizzata l'opera in terreno diverso rispetto a quello previsto nel progetto, la cui approvazione comporta dichiarazione di pubblica utilità, quelli di provvedimento contenente la dichiarazione di pubblica utilità radicalmente nullo, ad esempio per assenza dei termini di cui all'art.13 della L. 2359/1865, ed infine i casi di sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di P.U., per l'inutile decorso dei termini finali in essa fissati per il compimento dell'espropriazione e dei lavori, senza che sia intervenuto il decreto ablativo; a nulla rileva che in dette fattispecie il potere ablativo sia in origine attribuito all'amministrazione, in quanto è decisivo che tale attribuzione sia circoscritta nel tempo direttamente dal legislatore e sia già venuta meno all'epoca dell'utilizzazione della proprietà privata (CASS SU 2688/2007, 2689/2007).

L'individuazione delle ipotesi di occupazione acquisitiva ed usurpativa ai fini della giurisdizione, sembra sempre più seguire un percorso autonomo rispetto alla distinzione rilevante ai diversi fini dell'effetto acquisitivo. Significativo al riguardo il riconoscimento – tuttavia non pacifico – da parte del giudice ordinario, in termini che potremmo definire di concessione al giudice amministrativo, della giurisdizione a quest'ultimo delle ipotesi di risarcimento danni conseguente ad occupazione illecita derivante da annullamento della dichiarazione di pubblica utilità; ciò sia in ragione delle esigenze di economia processuale e di ragionevole durata del processo, che inducono alla concentrazione innanzi al medesimo giudice delle questioni relative all'illegittimità del provvedimento e conseguenze risarcitorie; sia in considerazione del fatto che in suddette ipotesi i comportamenti causativi di danno ingiusto e cioè le occupazioni ed utilizzazioni dei terreni, costituiscono comunque esecu-

zione di atti o provvedimenti amministrativi (dichiarazione di pubblica utilità), pur se viziati da illegittimità che ne ha comportato l'annullamento e pur configurando, questa, ipotesi di occupazione usurpativa (CASS SU 3767/2009, 26374/2008, 19501/2008, 7442/2008, 5925/2008, 14954/2007, 9847/2007, 7256/2007, 3724/2007, 3185/2007, 2689/2007, 2688/2007, 14842/2006, 13659/2006 CONTRA CASS 2748/2008, 2746/2008).

Confermata invece, in un primo momento, la giurisdizione del GO in ipotesi in cui la dichiarazione di PU, pur presente originariamente, sia divenuta inefficace per scadenza dei termini (CASS SU 23561/2008, 19500/2008). Si è assistito tuttavia, anche in suddetta ipotesi, ad un ripensamento della Suprema Corte; significativa al riguardo la sentenza SU 30 ottobre 2008 n. 26044. Il caso esaminato riguardava la richiesta di risarcimento del danno per intervenuta irreversibile trasformazione, in assenza di emanazione, nei termini, del provvedimento ablatorio; osserva al riguardo la Corte che, alla luce del disposto dell'art. 34 del D.lgs. n. 80/1998, dopo la sentenza della Corte Cost. n. 204/2004, il ristoro del pregiudizio conseguito all'irreversibile trasformazione di terreni occupati con ordinanze sindacali emesse sulla base di precedenti dichiarazioni di pubblica utilità, dev'essere chiesto al giudice amministrativo.

Per la giurisdizione del G.A., in ipotesi di domanda risarcitoria conseguente ad intervenuta inefficacia della dichiarazione di PU per inutile decorso dei termini per l'esecuzione dell'opera pubblica, anche la sentenza SU 7 novembre 2008 n. 26798; ciò in quanto in suddetta fattispecie, il comportamento dannoso deve pur sempre ritenersi collegato all'esercizio (ancorché illegittimo), di un pubblico potere (nella stessa direzione cfr. CASS SU 9003/2009, 6959/2009).

Tale concessione sul punto di giurisdizione è accompagnata talora, dal persistere della qualificazione di detto comportamento in termini di condotta usurpativa (CASS SU 26374/2008, 14954/2007, 9847/2007, 7256/2007, 3724/2007), rompendo così lo schema tradizionale: occupazione usurpativa = carenza di potere = illecito aquiliano = giurisdizione del GO.

Il persistere della qualifica del fenomeno in termini d'occupazione usurpativa conserva comunque rilevanza sotto il profilo del tipo di tutela risarcitoria, che potrà essere richiesta sia in forma specifica che per equivalente.

Frequente infatti l'affermazione per cui in ipotesi di occupazione usurpativa è rimessa al soggetto leso la scelta in ordine alla tutela risarcitoria in forma specifica o per equivalente (TAR NA 1970/2009, CASS SU 26727/2007, 11335/2005).

Il fatto che la giurisdizione sia riconosciuta al G.A. non compromette detto assunto, essendo questo legittimato a conoscere e decidere di entrambe le pretese risarcitorie, ai sensi dell'art. 35 DLGS 80/1998.

La giurisdizione del G.A. in tema di risarcimento dei danni viene quindi sempre più affermata in tutte le ipotesi di occupazione illegittima, indipendentemente dalla riconducibilità della stessa alla fattispecie di usurpativa o acquisitiva, purché i comportamenti causativi di danno ingiusto costituiscano in qualche modo esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi (dichiarazione di P.U. e/o di indifferibilità e urgenza), anche se successivamente annullati o venuti meno, e siano quindi pur sempre, direttamente o mediamente, riconducibili all'esercizio del pubblico potere dell'Amministrazione, secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale (204/2004, 191/2006).

La sopravvivenza degli istituti di creazione giurisprudenziale dell'occupazione acquisitiva ed usurpativa e delle correlate problematiche, è posta in discussione a seguito dell'entrata in vigore del DPR 327/2001; ciò in quanto, come anticipato, nelle intenzioni del Consiglio di Stato finalità perseguita dall'art. 43 TU è quella del superamento degli istituti di origine pretoria e conseguente irrilevanza della relativa distinzione.

3. Articolo 43: compatibilità con altri modi di acquisto.

3.1. *L'articolo 43 e l'occupazione acquisitiva.*

Sussiste contrasto tra Giudice Ordinario e Giudice Amministrativo in ordine alla sopravvivenza dell'occupazione acquisitiva, a seguito dell'entrata in vigore del DPR 327/2001 e con esso dell'istituto dell'acquisizione sanante di cui all'art. 43.

Secondo il giudice ordinario l'art. 43 TU è inapplicabile nei casi in cui il passaggio di proprietà si sia verificato, per effetto dell'accessione invertita, in epoca precedente all'entrata in vigore della citata disposizione; in particolare secondo la Corte di Cassazione « Il D.P.R. n. 327 del 2001, art. 43, concernente l'acquisizione di beni utilizzati dalla pubblica amministrazione in assenza di decreto di esproprio, è inapplicabile, anche agli effetti della giurisdizione, ove l'acquisizione alla proprietà pubblica sia avvenuta per irreversibile trasformazione del fondo occupato, consumata anteriormente all'entrata in vigore della stessa norma.... » (Così CASS SU 26732/2007).

Tale affermazione si accompagna all'asserita sopravvivenza dell'istituto dell'occupazione acquisitiva, ormai parte del diritto vivente in quanto regolamentata dal legislatore che, prima con l'art. 5 bis comma 7 bis L. 359/1992 e poi con la Legge Finanziaria 244/2007, art. 2, comma 89, sub e), comportate modifica all'originario testo dell'art. 55 TU, ha ribadito la vigenza dell'occupazione espropriativa (CASS 11479/2008, 29786/2008).

Per il Giudice Amministrativo, viceversa, nel nostro ordinamento non può più ritenersi sussistente l'istituto - di creazione giurisprudenziale - della c.d. "occupazione appropriativa"; ciò alla luce dei principi della Convenzione Europea sui diritti dell'uomo e dell'art. 43 DPR 327/2001, che preclude che l'amministrazione possa acquistare un bene in assenza di un titolo previsto dalla legge, costituito da un provvedimento formale (TAR CT 813/2009, 557/2009, BA 603/2009, RC 122/2009, CT 411/2009, PA 39/2009, CDS 5998/2008, 1552/2008, TAR SA 4284/2008, PE 966/2008, PA 1001/2008). Ne consegue che l'art. 43 TU ha determinato il superamento dell'istituto di creazione giurisprudenziale, da ritenersi pertanto definitivamente espunto dal nostro ordinamento (CDS 2420/2009, TAR CT 619/2009, 557/2009, CZ 303/2009, MI 1987/2009, NA 1353/2009, PA 438/2009, RM 258/2009, CDS 650/2009, RC 736/2008, BS 1796/2008, CT 2098/2008, PA 1203/2008, NA 1095/2008).

Dall'affermato superamento dell'istituto dell'occupazione acquisitiva, consegue che l'irreversibile trasformazione del bene (come noto presupposto di operatività dell'istituto medesimo), non costituisce più limite alla sua restituzione né, più in generale, è possibile per la Pubblica Amministrazione invocare l'istituto dell'occupazione acquisitiva o

dell'occupazione usurpativa per opporsi alla restituzione di un fondo; quest'ultima può essere impedita solo con l'emanazione del provvedimento di acquisizione sanante (CDS 1858/2009, TAR NA 1970/2009, 1353/2009, CT 557/2009, BS 530/2009, BA 458/2009, VE 347/2009, LE 112/2009, SA 152/2009, RM 220/2009, 162/2009, RC 35/2009, BA 2635/2008, CZ 583/2008, VE 1328/2008, PA 601/2008, CA 83/2008, CGA 767/2008, CDS 6124/2007, 5830/2007) che è così elevato ad unico rimedio, in presenza di comportamento patologico, a disposizione della P.A., per conservare il bene funzionale all'interesse pubblico perseguito con la sua occupazione (CDS 2420/2009, 915/2009, TAR NA 2212/2009, 176/2009, PA 342/2009, 50/2009, SA 152/2009, PE 115/2009, CDS 5998/2008, 5984/2008, 4114/2008, TAR BS 1796/2008, PE 920/2008, NA 7158/2008, MI 1288/2008, VE 3608/2008, CGA 710/2007, CDS AP 2/2005).

Ad essere eliminata è la stessa distinzione tra occupazione acquisitiva ed usurpativa, considerato che per effetto dell'art. 43 TU, è venuta meno la peculiarità della prima consistente nell'effetto acquisitivo, conseguenza dell'originaria dichiarazione di PU e dell'irreversibile trasformazione del bene, effetto acquisitivo ora riconducibile, viceversa, al solo provvedimento di acquisizione sanante (TAR NA 1970/2009, CZ 217/2009, PA 117/2009, BA 2131/2008, TRGA BZ 21/2006).

Non mancano tuttavia concessioni all'istituto medesimo contenute in alcune decisioni del giudice amministrativo che, e la tematica si ricollega a quella della retroattività dell'art. 43 TU, individuano, quale caso limite all'applicazione della norma, l'avvenuto perfezionamento, prima dell'entrata in vigore del testo unico, di fattispecie acquisitive, conseguenti all'irreversibile trasformazione del fondo, nell'ambito del fenomeno della "occupazione appropriativa". In suddette ipotesi l'istituto acquisitivo non è applicabile, in quanto l'acquisizione del bene al patrimonio pubblico deve ritenersi già avvenuta per effetto dell'irreversibile trasformazione del fondo (TAR RM 258/2009, CZ 83/2008, TRIB BA 9/9/2008, TAR LT 1746/2007, RM 7356/2006).

Anche la formazione del giudicato in ordine all'intervenuta occupazione acquisitiva è ritenuto limite all'applicabilità dell'art. 43 e cioè in ipotesi in cui l'Amministrazione già risulti titolare del bene in base ad una sentenza del giudice civile che abbia espressamente ravvisato tale titolarità, per effetto dell'intervenuta occupazione acquisitiva, con una statui-

zione inequivocabile su cui si è formato il giudicato (TAR RM 111/2009, CDS 303/2008, TAR RM 10598/2008, CA 28/2007).

Si assiste così ad una sorta di compromesso tra giudice amministrativo e giudice ordinario, visto che l'acquisizione, tramite irreversibile trasformazione del bene, non è negata, bensì individuata come strumento di neutralizzazione delle pretese restitutorie, accanto all'emanazione del provvedimento sanante di cui all'art. 43 TU e con il vantaggio, per l'ente espropriante, di eccepire la prescrizione del diritto al risarcimento dei danni, possibilità viceversa non consentita dal ricorso all'art. 43, data la natura costitutiva e non dichiarativa del provvedimento traslativo ivi previsto. Nel contempo sembrano cadere le argomentazioni poste dal Consiglio di Stato e dalla giurisprudenza ad esso conforme, a fondamento della riconduzione del fenomeno patologico ad un sistema di legalità per effetto dell'art. 43, affermazione che ha il suo necessario presupposto nell'eliminazione degli istituti dell'occupazione acquisitiva ed usurpativa e nella riconduzione dell'acquisizione all'emanazione di un atto, espressione del potere amministrativo, con esclusione di situazioni di fatto.

3.2. *L'articolo 43 e l'abdicazione al diritto di proprietà.*

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 (TAR CT 711/2009, CGA 52/2009, CT 894/2008, 529/2008, MI 1288/2008, NA 2647/2008, SA 1766/2006, RC 1753/2005); 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 (TAR PA 117/2009, RC 696/2008, CASS 26615/2008, 7320/2008, CASS SU 26732/2007, 13431/2006, TAR RC 1300/2005).

Più recentemente, in concomitanza con l'affermazione che l'acquisizione della titolarità del bene in capo all'Amministrazione non è più effetto riconducibile ad un comportamento, bensì esclusivamente ad un provvedimento di acquisizione sanante (43), con conseguente elimina-

zione dall'ordinamento del fenomeno dell'occupazione acquisitiva, l'abdicazione al diritto di proprietà assume un ambito di operatività più ampio, quale strumento di acquisizione della proprietà operante in qualsiasi tipo di occupazione illegittima; in buona sostanza il principio, elaborato in ipotesi di occupazione usurpativa, per cui l'amministrazione può acquistare il diritto per effetto dell'implicita abdicazione da parte del privato proprietario, espressa con l'esercizio dell'azione risarcitoria, troverà oggi applicazione nella generalità delle occupazioni (TAR RC 122/2009, 696/2008, NA 1095/2008, RC 683/2007, 483/2007, 836/2006).

Il rapporto tra volontà abdicativa e acquisizione sanante richiede una più approfondita analisi; si tratta cioè di valutare se l'abdicazione al diritto di proprietà, quale modo di acquisto della proprietà in ipotesi di occupazione illecita di qualsiasi natura, sia compatibile con lo strumento acquisitivo di cui all'art. 43 TU.

Al riguardo, secondo una parte della giurisprudenza, in assenza del provvedimento di acquisizione sanante, la restituzione dell'area non può essere impedita se non per scelta autonoma del privato che rinunci anche implicitamente alla restituzione, chiedendo solo il risarcimento del danno.

Secondo tale impostazione, due possono essere gli strumenti di neutralizzazione della pretesa restitutoria del privato il cui bene è stato illegittimamente occupato: il provvedimento dell'Autorità con efficacia sanante, secondo il disposto dell'art. 43 TU o, in assenza, l'abdicazione del privato (TAR AQ 272/2007, CT 168/2007).

Secondo più recente giurisprudenza, l'acquisizione del bene da parte della P.A. per effetto dell'espressa o implicita volontà abdicativa del diritto di proprietà da parte del titolare, è incompatibile con l'art. 43 TU.

Più precisamente, alla luce della disposizione citata, il trasferimento della proprietà dal privato alla P.A. non può collegarsi all'unilaterale volontà, anche implicita, del proprietario di rinunciare al proprio diritto, essendo comunque necessaria l'adozione di un formale atto, espressione della scelta discrezionale dell'Amministrazione (TAR CT 557/2009, NA 2212/2009, 176/2009, 1373/2009, PA 411/2009, SA 156/2009, PE 966/2008, 948/2008, BA 2131/2008).

Tale potere discrezionale sarebbe inevitabilmente vanificato, ove si ammettesse che il trasferimento della proprietà a favore dell'Amministrazione possa essere determinato da una scelta unilaterale

del privato. In buona sostanza con l'art. 43 TU il legislatore ha inteso riservare all'Autorità la scelta in merito all'acquisizione del bene.

Attribuire l'effetto acquisitivo della proprietà alla scelta abdicativa del titolare, sarebbe peraltro in contrasto con la preclusione per l'Amministrazione, discendente dallo stesso art. 43, di divenire proprietaria di un bene in assenza di un titolo previsto dalla legge (CDS 5856/2008, TAR NA 7158/2008, BO 23/2008).

Correlato al tema è l'affermata necessità che alla domanda risarcitoria del privato si accompagni l'univoca volontà della P.A. di acquisire il bene, anche per *facta concludentia*; la domanda risarcitoria può così trovare accoglimento, non solo in presenza di inequivoca volontà del privato, espressa mediante l'esercizio dell'azione risarcitoria, in luogo di quella restitutoria, bensì anche di un'evidente volontà dell'Amministrazione di acquisire l'area, concretizzatasi in atti concludenti, quali l'avvio della procedura espropriativa, l'occupazione del suolo e la realizzazione dell'opera pubblica (TAR PE 115/2009, LE 112/2009, RM 220/2009, CT 553/2009, 2351/2008, 894/2008).

Si afferma altresì che l'accoglimento della domanda risarcitoria, a fronte di intervenuta occupazione illegittima, rimane in ogni caso condizionata all'emanazione da parte della P.A. del provvedimento acquisitivo (TAR CT 557/209, PA 411/2009, 117/2009, 1182/2008 CONTRA TAR CZ 303/2009, 217/2009); ciò in quanto il conseguimento dell'equivalente monetario, non accompagnato dal formale trasferimento della titolarità della proprietà in capo all'Amministrazione, determinerebbe, in applicazione del principio che vieta l'arricchimento sine causa, l'illegittima locupletazione del privato, che rimarrebbe titolare della proprietà, pur dopo averne conseguito il valore venale (TAR CT 553/2009). In mancanza del trasferimento del bene il titolare non ha titolo alcuno per chiedere un risarcimento commisurato al suo valore, trattandosi di voce di danno ontologicamente inesistente (BA 2131/2008). Il tema assume rilevanza anche sotto il profilo dell'applicabilità dell'art. 43.3 in ipotesi di azione risarcitoria per equivalente per cui si rinvia al paragrafo relativo.

3.3. *L'articolo 43 e l'usucapione.*

Nel caso di utilizzo da parte dell'Amministrazione di beni destinati a uso pubblico, senza che mai sia intervenuto un provvedimento ablativo, né attraverso il ricorso a strumenti di diritto privato (contratto di compravendita) né a strumenti di diritto pubblico (ad es. pronuncia di esproprio), si pone il problema di individuare le modalità procedurali, attraverso cui il bene possa essere trasferito al patrimonio della P.A.

Lo stesso meccanismo dell'occupazione acquisitiva ed oggi l'art. 43 TU, rappresentano un tentativo di soluzione del problema. Accanto a modalità fisiologiche di acquisizione vengono così a delinearsi modalità di acquisto conseguenti a patologie dell'azione amministrativa, tra le quali s'inserisce il decreto "di acquisizione sanante" (CDS 2582/2007).

Il tema è stato frequentemente affrontato in sede di elaborazione giurisprudenziale e dottrinale nel settore del demanio stradale, in cui, accanto all'individuazione dei classici elementi sintomatici aventi valenza presuntiva della demanialità (iscrizione nell'elenco delle strade, passaggio esercitato *iure servitutis publicae* da una collettività di persone, idoneità a soddisfare esigenze di interesse generale), è stata rilevata l'importanza della sussistenza di un titolo idoneo ai fini dell'acquisto del carattere demaniale, tra i quali è annoverata, accanto all'espropriazione ed alla convenzione urbanistica, l'usucapione.

Si tratta di un particolare modo di acquisto della proprietà a titolo originario in presenza dei presupposti previsti dal codice civile: possesso ultraventennale con intenzione di agire *uti cives*, accompagnato dal non riconoscimento del diritto del proprietario, in modo tale che l'uso pubblico non possa essere attribuito a mera tolleranza di quest'ultimo (TAR NA 7221/2006).

La pronuncia di usucapione può avvenire solo a seguito di provvedimento giudiziale, avente natura dichiarativa, come anche ribadito dalla giurisprudenza amministrativa, con esclusione pertanto di un mero provvedimento amministrativo (TAR BZ 101/2005).

L'usucapione è titolo idoneo a trasferire tanto la proprietà quanto la servitù di uso pubblico (CASS 3742/2007, TAR BO 370/2007, CDS 2996/2006, CASS 19521/2005).

Al riguardo va rilevato che, se giurisprudenza e dottrina annoverano l'usucapione tra i titoli idonei a trasferire il dominio della proprietà alla

P.A. riguardo al demanio stradale, sembra difficile negare operatività all'istituto in termini più generali.

Qualora si affermi che l'istituto dell'usucapione possa ritenersi operante quale modo di acquisto della proprietà a favore della PA che abbia proceduto all'occupazione del bene (il punto non è pacifico cfr. TAR PA 705/2009, TRIB BN 26 settembre 2008), si tratta di stabilire se l'operatività dell'istituto sia o no compatibile con l'art. 43 TU.

L'usucapione non aveva modo di operare nel caso di ricorso all'istituto dell'occupazione acquisitiva, in quanto, verificatisi i presupposti di operatività di quest'ultima, il trasferimento del bene era da considerarsi già intervenuto; non si rendeva così necessario l'individuazione di altro e diverso titolo di acquisto.

Il problema è oggi quello di stabilire, in vigenza dell'art. 43 TU, soprattutto nel caso in cui se ne affermi la retroattività, se decorsi i vent'anni dall'occupazione del bene, l'Amministrazione sia comunque tenuta, ai fini dell'acquisizione di quest'ultimo, ad adottare il provvedimento acquisitivo, con le relative conseguenze in ordine al risarcimento del danno, considerato l'effetto traslativo *ex nunc* dallo stesso derivante, o se viceversa possa essere eccepita l'intervenuta usucapione.

La disposizione di cui all'art. 43 TU e l'istituto dell'usucapione non paiono inconciliabili, nel senso che la nuova normativa precluda l'operatività dell'usucapione. Se l'art. 43 presuppone la perdurante sussistenza del diritto di proprietà e dell'illecito *permanente* dell'Amministrazione, collegando l'effetto traslativo all'adozione del provvedimento acquisitivo, ciò non esclude, infatti, che la stessa Amministrazione possa avere acquisito nel frattempo la proprietà del bene ad altro titolo ed in particolare attraverso il possesso ultravventennale (CDS 2582/2007). L'intervenuto acquisto a suddetto titolo determinerà il venir meno del presupposto per l'applicabilità dell'art. 43, costituito, come visto, dalla perdurante sussistenza del diritto di proprietà in capo al soggetto privato.

L'Amministrazione dovrà valutare se emanare il provvedimento acquisitivo sanante eventualmente anche previa istanza nel corso del giudizio eventualmente promosso da parte del soggetto privato (43.3) o se eccepire l'intervenuta usucapione sulla base dell'accertamento della sussistenza, nel caso specifico, dei rispettivi presupposti.

Tale conclusione è confermata dall'orientamento giurisprudenziale che individua, quale limite alla restituzione del bene occupato illegittimamente, il provvedimento acquisitivo ex art. 43, fatta salva l'applicabilità della disciplina civile sull'usucapione (per la quale il possesso ultraventennale fa acquistare all'Amministrazione il diritto di proprietà, pur in assenza dell'atto di natura ablatoria). Se infatti, in mancanza del provvedimento ex art. 43, la condotta dell'ente pubblico si qualifica come illecito permanente che, in astratto, legittima il proprietario spogliato ad agire nei confronti dell'ente pubblico, sono nel contempo fatti salvi gli effetti derivanti dall'eventuale acquisto per usucapione ventennale del bene maturato dall'Ente (TAR PA 619/2009, 50/2009, CT 57/2009, CT 2098/2008, BA 2131/2008, NA 10202/2007).

3.4. *L'articolo 43 e il decreto di esproprio.*

Il provvedimento acquisitivo ex art. 43 TU è diretto a consentire l'acquisizione del bene illegittimamente occupato; trattasi pertanto di istituto che opera nell'ambito della patologia del procedimento; suo presupposto è che il titolare del bene ne abbia conservato la proprietà, nonostante l'azione dell'Amministrazione. Ne consegue che l'operatività della norma è preclusa in ipotesi in cui il procedimento sia stato fisiologicamente portato a conclusione, mediante emanazione del provvedimento ablativo (decreto di esproprio, atto di cessione).

Come rilevato dalla giurisprudenza, l'art. 43 postula l'inutilizzabilità del procedimento espropriativo; ciò in considerazione della funzione sanante della norma che ne esclude l'applicabilità qualora l'Amministrazione possa ancora avvalersi del potere espropriativo (CDS 6636/2008) o qualora il potere sia stato già esercitato, mediante l'emanazione di valido ed efficace decreto di esproprio; in quest'ultima ipotesi i beni devono ritenersi già acquisiti al patrimonio dell'Ente e pertanto il provvedimento di acquisizione sanante dovrà ritenersi nullo per mancanza dell'oggetto (TAR PA 591/2007).

Diversa è l'ipotesi in cui il decreto emanato sia, a seguito di impugnazione, annullato dal giudice amministrativo per vizio proprio o derivato. Tra le ipotesi espressamente previste dalla norma, legittimanti il

ricorso al provvedimento acquisitivo, sono infatti comprese le vicende riguardanti il decreto di esproprio; il provvedimento potrà pertanto essere emanato in ipotesi in cui il bene sia stato modificato in assenza di *valido* ed efficace decreto di esproprio (43.1) o questo risulti annullato (43.2). Sul punto si rinvia al paragrafo relativo.

4. Articolo 43: l'incognita della retroattività.

Il tema della compatibilità del provvedimento acquisitivo sanante con altre modalità di acquisto (il riferimento va in particolare all'istituto dell'occupazione acquisitiva), risente del dibattito in ordine alla retroattività o meno dell'art. 43 TU. Sul tema si registrano opposti orientamenti.

La tesi della non retroattività trova il suo fondamento nell'art. 57 TU, per il quale le disposizioni del decreto medesimo, tra cui pertanto anche la norma in esame, trovano applicazione solo ed esclusivamente in riferimento ai progetti per i quali la dichiarazione di pubblica utilità sia intervenuta in data successiva alla sua entrata in vigore (30 giugno 2003).

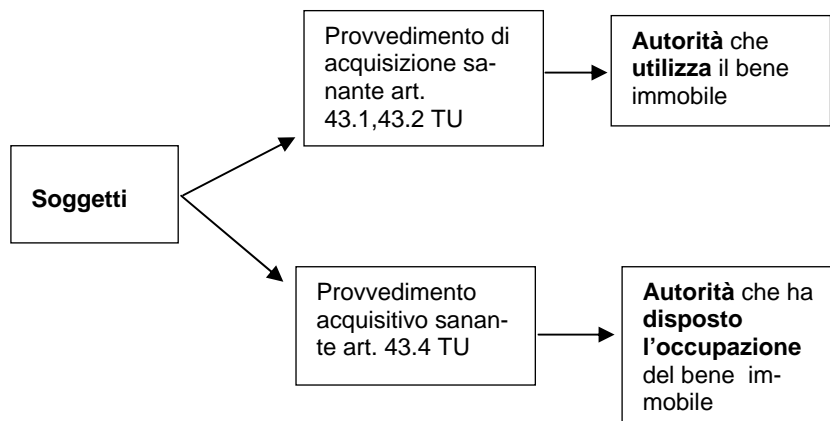
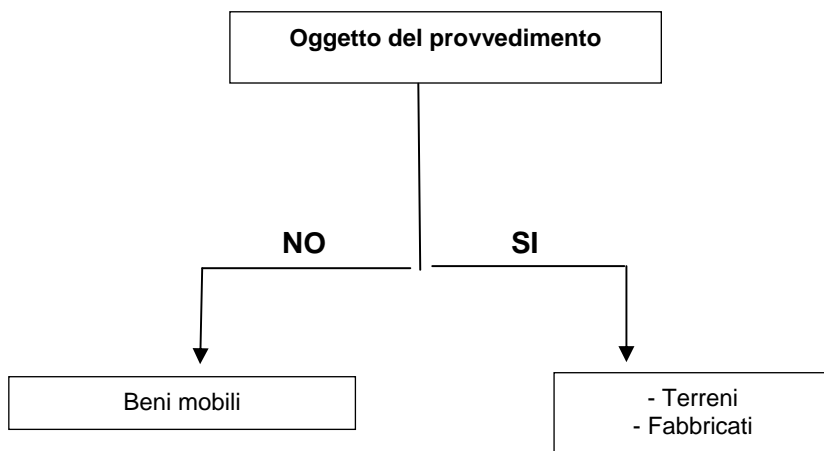
La tesi della retroattività trova viceversa fondamento principalmente nel fine assegnato alla disposizione, consistente nel sanare situazioni patologiche di occupazione illegittima (occupazione acquisitiva ed usurpativa). A ciò deve aggiungersi un'ulteriore considerazione; il Testo unico aveva eliminato, nella sua versione originaria, l'istituto dell'occupazione d'urgenza, principale causa della patologia dell'azione amministrativa, per cui era prospettabile per il futuro una riduzione delle ipotesi di illegittimità. La necessità di sanare situazioni d'illegittimità era di conseguenza avvertita per il passato, non certo per il futuro, per il quale il legislatore aveva provveduto con altro strumento, rappresentato appunto dall'eliminazione della causa principale del comportamento illecito della P.A. .

La tesi della non retroattività è sostenuta principalmente dal giudice ordinario, che rivendica per il passato l'applicazione degli istituti da esso stesso creati, rappresentati dall'occupazione acquisitiva ed usurpativa, mentre la tesi della retroattività è sostenuta dalla prevalente giurisprudenza amministrativa.

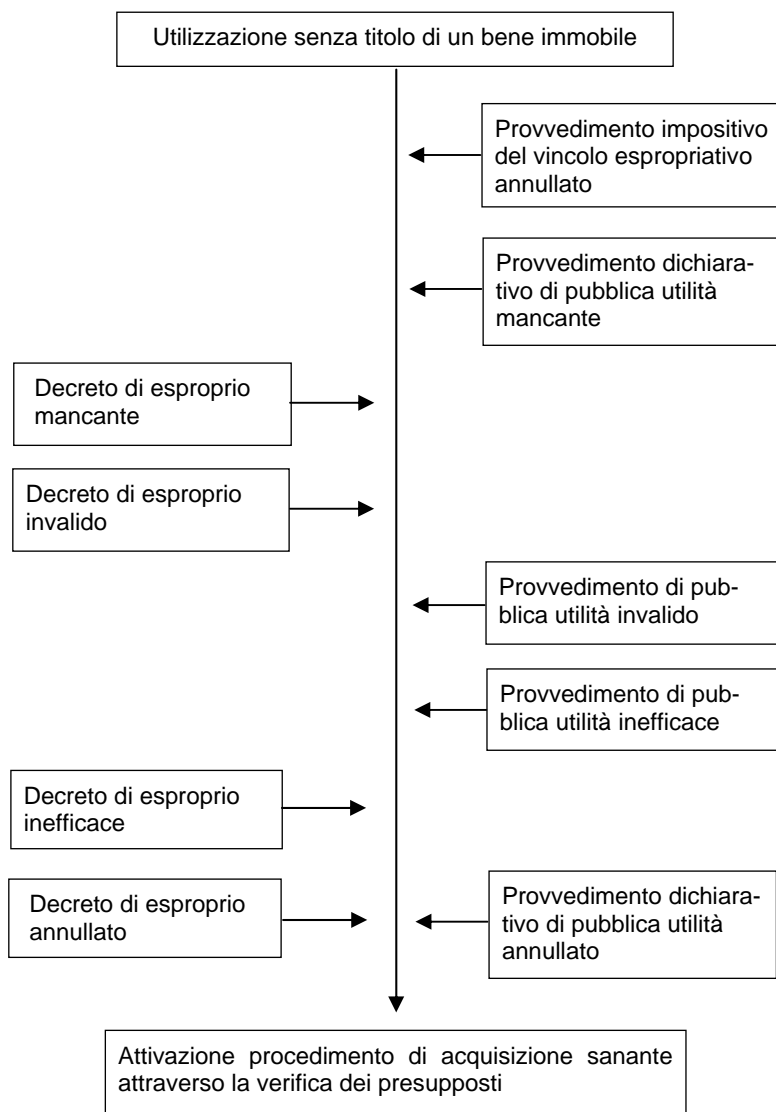
parte 2

flussogrammi

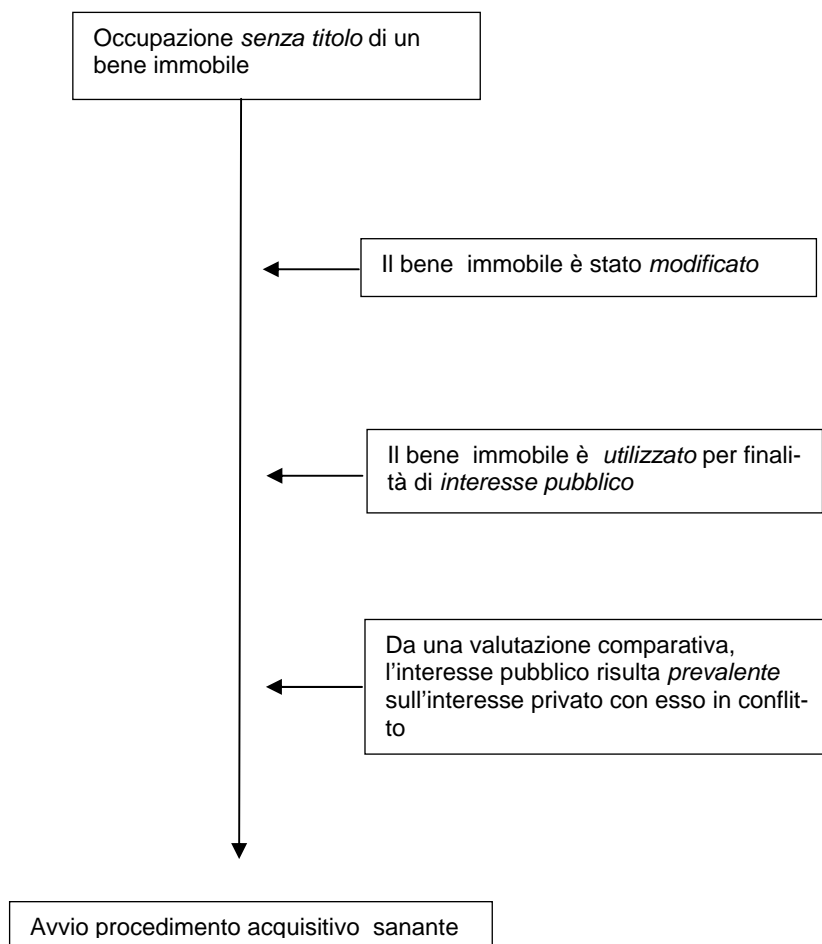
Schema 1 - Ambito oggettivo e soggettivo del provvedimento acquisitivo



Schema 2 – Ipotesi di applicazione del provvedimento acquisitivo



Schema 3 – Presupposti del provvedimento acquisitivo ex art. 43 TU



parte 3

modulistica

Modello 1 – Avviso di avvio di procedimento di emanazione del provvedimento ex art. 43 TU

N°di Prot.
del.....

Spett.le
.....

Oggetto: Comunicazione di avvio di procedimento di acquisizione ai sensi dell'art. 43 del DPR 327/2001 di immobile ubicato in..... ai sensi e per gli effetti dell'art. 7 e 8 della Legge 7 agosto 1990 n. 241 come modificata dalla Legge 11 febbraio 2005 n. 15.

L'Amministrazione.....intende procedere all'emanazione del provvedimento acquisitivo di cui all'art. 43 DPR 327/2001 relativamente al bene immobile di proprietà della S.V. utilizzato dall'amministrazione medesima ai fini di

Catasto Comune di

Intestazione catastale
.....

Identificazione catastale del bene
.....

Attualmente detto bene, a seguito della disposta occupazione e realizzazione delle opere di interesse pubblico, è utilizzato dall'Amministrazione per il fine pubblico sopra evidenziato.

Pertanto, ai sensi della normativa sopra richiamata, si precisa quanto segue:

L'adozione del provvedimento di cui all'art. 43 commi 1 e 2 del DPR 327/2001 comporterà l'acquisizione al patrimonio indisponibile del bene sopra descritto; in detta sede sarà determinata ai sensi dell'art. 43 commi 2 lett. c) e 6 la misura del risarcimento del danno.

Amministrazione competente:

.....

Oggetto di procedimento: acquisizione, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 43 del DPR 327/2001, di bene immobile ubicato a identificato nei termini in premessa indicati.

Responsabile del procedimento:

.....

Il termine ultimo per l'adozione del provvedimento di acquisizione è di gg. ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2 comma 3 della legge n. 241/1990.

Si comunica altresì:

- che l'ufficio presso cui è possibile prendere visione degli atti inerenti al procedimento è
- che ai sensi dell'art. 10 della legge n. 241/1990 i soggetti interessati hanno diritto a prendere visione degli atti del procedimento e presentare memorie scritte e documenti che saranno valutate da parte dell'amministrazione se pertinenti all'oggetto del procedimento medesimo. I suddetti documenti e memorie potranno essere presentate nel termine di giorni successivi al ricevimento della presente comunicazione.

Il Dirigente dell'Ufficio per le espropriazioni

(.....)

Modello 2 – Atto di acquisizione ex art. 43 comma 1 – 2 TU

Oggetto: acquisizione di beni utilizzati per pubblico interesse ai sensi e per gli effetti dell'art. 43 della DPR 327/2001 (Testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità).

Premesso che:

- per l'esecuzione dei lavori di sono stati utilizzati i beni immobili identificati nell'allegato prospetto costituente parte integrante del presente provvedimento, di proprietà di
- tali beni sono stati modificati in assenza di valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità ovvero di imposizione di vincolo espropriativo poiché
.....

Dato atto che:

- La realizzazione dei lavori è funzionale a

In considerazione dell'interesse pubblico soddisfatto si ritiene di dover acquisire al patrimonio indisponibile dell'Ente il bene medesimo con contestuale risarcimento del danno a favore dell'attuale proprietario. La restituzione del bene comporterebbe, infatti, la cessazione dell'uso pubblico con conseguente pregiudizio per l'interesse pubblico soddisfatto.

Si ritiene, infatti, che sia interesse dell'Amministrazione acquisire al proprio patrimonio indisponibile il bene *de quo* in applicazione dell'art. 43 comma 1 del DPR 327/2001 a norma del quale: «Valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni » e comma 2 a norma del quale « L'atto di acquisizione:

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

Il provvedimento acquisitivo s'impone ai fini di un'ottimizzazione dell'interesse pubblico, viceversa fortemente pregiudicato dalla restituzione del bene *de quo* previo suo ripristino.

Premesso quanto sopra devono nella fattispecie ritenersi sussistenti i presupposti richiesti dall'art. 43 del Testo unico DPR 327/2001.

A tale fine si espone quanto segue.

A. *Utilizzo del bene da parte dell'Amministrazione.*

Il terreno di proprietà di, è stato oggetto di materiale apprensione da parte di a decorrere dal L'indebita utilizzazione si è verificata a decorre dal a seguito di
 Attualmente il bene continua ad essere utilizzato da parte di per le finalità oltre specificate. Lo stesso deve ritenersi quindi nella piena disponibilità materiale dell'Amministrazione.

B. *Modifica del bene*

Dopo la materiale occupazione del bene destinato alla realizzazione dell'opera pubblica la ditta incaricata, per conto di ha iniziato i lavori di modificazione dello stesso.

Le opere realizzate hanno di fatto modificato sostanzialmente la precedente fisionomia. La reversibilità dello stato dei luoghi è infatti contraddetta dalle opere eseguite e precisamente:

.....

Le opere eseguite hanno comportato pertanto rilevanti modifiche dello stato dei luoghi connesse alla realizzazione dell'opera pubblica di entità rilevanti anche sotto il profilo delle risorse pubbliche impiegate.

I lavori eseguiti hanno infatti comportato i seguenti investimenti:

.....

Alla luce di quanto sopra esposto non si può che affermare la sussistenza a tutti gli effetti *dell'utilizzo* da parte della amministrazione del fondo per scopi di interesse pubblico, nonché la materiale *modificazione* del bene, presupposti per l'applicazione dell'invocato art. 43 commi 1 e 2 del DPR 327/2001.

C. *Valutazione degli interessi in conflitto.*

L'opera realizzata assolve ad rilevante interesse pubblico consistente nel

La modifica del bene nei termini sopra descritti ha comportato il consolidarsi dell'interesse pubblico perseguito, oggettivamente irreversibile per la concreta impossibilità di restituire il bene all'originaria funzione senza sacrificio grave e non altrimenti riparabile degli interessi pubblici soddisfatti, non suscettibili di soddisfazione percorrendo altre ordinarie vie procedurali.

Al contrario la restituzione del bene al privato comporterebbe(*specificare che uso potrebbe essere fatto dal privato sul terreno de quo in modo da consentire la comparazione di interessi pubblico – privato*).

parte 4

giurisprudenza

Accessione diretta
Adozione, discrezionalità
Assenza di alternative
Asservimento
Beni acquisibili
Compatibilità con altri modi di acquisto
Competenza
Condizioni
Convenzione europea dei diritti dell'uomo
Costituzionalità
Distinzione tra occupazione appropriativa ed usurpativa
Eccezionalità
Effetto ex nunc
In generale
Ipotesi di applicazione
Limite temporale di adozione
Motivazione
Natura del bene acquisito
Notifica
Oggetto, certezza, frazionamento
Perfezionamento
Rapporto con la procedura
Regioni/province
Restituzione del bene
Retroattività
Risarcimento del danno
Terzo comma
Utilizzazione del bene

Accessione diretta

TAR Puglia, Sezione I Lecce, sentenza n.3672 del 25/10/2007

Relatore : Balloriani Presidente : Ravalli

In mancanza di provvedimento amministrativo o giurisdizionale di acquisizione al patrimonio pubblico del bene, emanato ex art. 43 DPR 327/2001, opera il principio di diritto comune dell'accessione diretta, secondo cui la costruzione appartiene al proprietario del suolo.

« In virtù dell'articolo 43 del d.p.r. n.327 del 2001, oggi nel nostro ordinamento il fenomeno della cosiddetta accessione invertita non si verifica più ipso iure, ossia l'opera pubblica, ancorché ultimata, in mancanza di un decreto di esproprio, non diventa perciò solo di proprietà dell'ente pubblico che l'ha commissionata, ma è necessario un espresso provvedimento dell'autorità amministrativa o, in corso di causa, del giudice; provvedimento che, in quest'ultima ipotesi, deve essere espressamente richiesto dall'amministrazione resistente. Qualora manchi un provvedimento amministrativo o giurisdizionale di acquisizione al patrimonio pubblico del bene, allora, opera il principio di diritto comune dell'accessione diretta, secondo cui la costruzione appartiene al proprietario del suolo. L'articolo 43 del d.p.r. n.327 del 2001, inoltre, in quanto norma processuale, incidente sui poteri di condanna del giudice, deve potersi applicare (in assenza di deroghe espresse e riguardando l'articolo 57 solo i procedimenti amministrativi e non quelli giurisdizionali) a tutti i processi in corso, e perciò si applica anche al caso in esame, a prescindere dall'epoca in cui è stata ultimata l'opera (cfr. Tar Bologna, sentenza n.2160 del 2003). »

§§

Adozione > discrezionalità

Consiglio di Stato, Sezione IV, decisione n.1858 del 27/03/2009

Relatore : Greco Presidente : Trotta

In ipotesi di occupazione illegittima dei beni (nel caso di specie) per effetto dell'annullamento degli atti del procedimento, rimane riservata all'Amministrazione la scelta se effettuarne la restituzione o emanare il provvedimento acquisitivo ex art. 43 TU, con conseguente risarcimento del danno.

« A fronte di ciò - e con ciò si viene al secondo rilievo censurato nella sentenza impugnata - del tutto irrilevante è la circostanza fattuale dell'irreversibile trasformazione che abbia interessato medio tempore i suoli dell'appellante, in tutto o in parte: infatti, come correttamente argomentato da parte appellante, fin da quando l'istituto della c.d. "accessione invertita" è stato espunto dal nostro ordinamento a causa della sua acclarata incompatibilità comunitaria, la giurisprudenza si è consolidata nel senso che all'annullamento degli atti espropriativi impugnati consegue l'obbligo dell'Amministrazione di restituire i terreni occupati, nonché l'obbligo di risarcire il danno da illegittimo spossessamento (cfr. ex plurimis Cons. Stato, Ad. Plen., 29 aprile 2005, nr. 2; C.g.a.r.s., 22 marzo 2006, nr. 97; Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2005, nr. 2095). Su tale obbligo può bensì incidere l'esercizio da parte dell'Amministrazione della facoltà di acquisizione c.d. sanante ai sensi dell'art. 43 del d.P.R. 8 giugno 2001, nr. 327, ma in assenza di espresso provvedimento di acquisizione adottato in base a tale normativa le determinazioni del giudice, a seguito dell'annullamento degli atti della procedura di esproprio, devono avere a oggetto in primo luogo la restituzione dell'immobile illegittimamente espropriato (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2007, nr. 86). Si aggiunge anche che l'eventuale impossibilità pratica di restituito in integrum, a causa dell'irreversibile trasformazione del fondo nelle more intervenuta, potrà semmai essere affrontata in sede di giudizio di ottemperanza, potendo il ricorrente vittorioso, anche in tale sede, optare per il risarcimento per equivalente in luogo della restituzione specifica (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., nr. 2/2005, cit.; Cons. Stato, sez. IV, 30 gennaio 2006, nr. 290); al tempo stesso, tuttavia, non si esclude che, ove il ricorrente sia già al corrente dell'irreversibile trasformazione e non

sia più interessato alla restituzione specifica, egli possa già con la domanda di annullamento chiedere, in alternativa alla restituzione del fondo, anche il risarcimento per equivalente (cfr. Cons. Stato, sez. V, nr. 2095/2005, cit.). Alla luce dei principi testé richiamati, non pare dubbio che la domanda di risarcimento del danno avanzata dall'odierno appellante vada accolta, e con riguardo alla determinazione dell'importo dovuto (che dipende dall'esercizio o meno del potere di acquisizione ex art. 43 d.P.R. nr. 327/2001, pur ancora astrattamente possibile), e non potendosi effettuare in questa sede di cognizione una valutazione di merito riservata al Comune, appare opportuno fissare un termine perentorio affinché l'Amministrazione, previ gli eventuali accertamenti in ordine alla parte dei suoli che abbia subito un'irreversibile trasformazione, opti per la restituzione al sig. F. della parte residua ovvero per l'acquisizione della stessa, con il conseguente risarcimento del danno ai sensi del citato art. 43 (salva la possibilità di una restituzione integrale, peraltro solo ipotetica, apparendo improbabile che il Comune intenda sobbarcarsi la riduzione in pristino anche della parte di suoli irreversibilmente trasformata). »

Consiglio di Stato, Sezione IV, decisione n.915 del 17/02/2009
Relatore : Aureli Presidente : Trotta

Il provvedimento di acquisizione ex art. 43 DPR 327/201, costituisce espressione di potere discrezionale.

« Sott'altro concorrente profilo, l'invocata tutela del diritto di proprietà ad opera di parte appellante, conduce all'esame dei principi Cedu, rispetto ai quali a suo avviso, non vi sarebbe conformità della norma di cui è stata fatta applicazione con il provvedimento impugnato. Il testo unico sulle espropriazioni è stato redatto da una commissione speciale del Consiglio di Stato che ha dovuto superare i numerosissimi e delicati problemi che investono l'istituto espropriativo. Per l'attinenza alla controversia in esame, si può segnalare quello che negli ultimi tempi ha particolarmente impegnato non solo la dottrina ma anche la giurisprudenza internazionale (Corte europea dei diritti dell'Uomo), comunitaria (Corte di giustizia dell'Unione europea) e costituzionale (la nostra Corte costituzionale): l'accessione invertita. Sono ben noti i concetti di occupazione appropriativa, di occupazione usurpativa e di accessione invertita. Quest'ultimo è stato fortemente stigmatizzato dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo, la quale aveva ritenuto il quadro normativo e giurisprudenziale italiano non aderente alla Convenzione europea in quanto un comportamento illecito o illegittimo non può fondare l'acquisto di un diritto, per cui l'accessione invertita contrasta con il principio di legalità, inteso come preminenza del diritto (Cons.di Stato, Sez.IV, 30 12 2008 n. 6636); fermo restando che spetta all'ordinamento interno l'individuazione dei mezzi di tutela in relazione a fattispecie nelle quali l'acquisizione del bene sia divenuta sine titulo. Tali argomentazioni hanno trovato attuazione all'interno del nostro ordinamento con la regolamentazione introdotta dal D.P.R. 327/2001, il cui art. 43 disciplina in modo estremamente innovativo la fattispecie dell'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico, consentendo il passaggio dall'accessione invertita all'acquisizione sanante. Illuminante al riguardo è il parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato sullo schema di testo unico (29 marzo 2001, n. 4), che pone in luce la essenzialità della riforma, perché l'ordinamento deve adeguarsi ai principi costituzionali ed a quelli generali del diritto internazionale sulla tutela della proprietà (mentre prima non lo era, perché in contrasto con l'art. 1 del prot. 1 della CEDU, come più volte affermato dalla Corte europea). Il primo comma dell'art. 43 prevede che, valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni (c.d. acquisizione sanante). L'atto di acquisizione può essere adottato anche quando l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, il decreto di esproprio o l'atto dichiarativo della pubblica utilità dell'opera sia stato annullato in sede giurisdizionale. Tale norma, pertanto, ha introdotto il principio secondo cui l'autorità amministrativa può acquisire al patrimonio pubblico anche un bene occupato senza titolo idoneo, purché ciò avvenga sulla base di un

formale provvedimento amministrativo fondato sulla “valutazione degli interessi in conflitto” e con il riconoscimento al privato del ristoro del danno. Il provvedimento di acquisizione, che assorbe la dichiarazione di pubblica utilità ed il decreto di esproprio, costituisce espressione di potere discrezionale e deve indicare in che modo sono stati acquisiti, ponderati e valutati gli interessi in conflitto, nel senso che l'amministrazione procedente non deve considerare soltanto la astratta idoneità dell'opera a soddisfare esigenze di carattere generale ma, in ragione della natura eccezionale della procedura, deve compiere una esaustiva ponderazione degli interessi in conflitto dando conto con una congrua motivazione della sussistenza attuale di un interesse pubblico specifico e concreto. Per effetto di tale norma, in caso di illegittimità o assenza della procedura espropriativa e di realizzazione dell'opera pubblica, l'unico rimedio per evitare la restituzione dell'area è l'emaneazione di un provvedimento ex art. 43, in assenza del quale l'amministrazione non può addurre l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica quale causa di impossibilità oggettiva, di impedimento alla restituzione dell'area, sicché solo il detto atto di acquisizione comporta l'ablazione del diritto di proprietà. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 2/2005, ha ritenuto che l'istituto dell'acquisizione c.d. sanante previsto dall'art. 43, commi 1 e 2, D.P.R. n. 327 del 2001 può ritenersi conforme ai parametri imposti dalla Corte europea ed ai principi costituzionali in quanto: - l'acquisto del bene avviene per effetto di un provvedimento tipizzato dalla legge e con efficacia ex nunc, per cui è rispettata l'esigenza di preminenza del diritto; - l'esercizio della discrezionalità è circondato da particolari cautele la cui osservanza può essere sindacata in sede giurisdizionale; - è in ogni caso assicurato il risarcimento del danno; - in assenza di provvedimento, la restituzione dell'area non può essere impedita, se non per autonoma scelta del privato che rinunci alla restituzione. La soluzione normativa del problema, adottata con l'art. 43, soprattutto a seguito delle precisazioni - e, delle limitazioni - poste dalla decisione dell'Adunanza Plenaria, ha avuto condivisione da parte del Consiglio d'Europa (riunione del Comitato dei Ministri del 14 febbraio 2007), che ha valutato positivamente la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons.di Stato Sez. IV 3 aprile 2007 n. 2582), che ha sopperito ad alcune incertezze dell'art. 43, ed ha auspicato che tale giurisprudenza sia seguita dalle altre giurisdizioni italiane ed ha incoraggiato le autorità italiane ad adottare le altre misure necessarie per eliminare la prassi dell'espropriazione indiretta e per garantire la conformità al principio di legalità di tutte le occupazioni di aree da parte dell'amministrazione. Alla luce delle considerazioni che precedono, il motivo, con il quale si dubita della legittimità costituzionale dell'c.d. acquisizione sanante, deve essere respinto. »

Consiglio di Stato, Sezione IV, decisione n.5998 del 04/12/2008

Relatore : De Felice Presidente : Vacirca

L'obbligo di provvedere non può derivare all'amministrazione dal dettato dell'articolo 43 DPR 327/2001, considerata da un lato l'ampia discrezionalità che caratterizza le scelte dell'amministrazione, e dall'altro lato l'immediata possibilità di attivazione del rimedio restitutorio, nell'ambito del cui giudizio ben può ricorrersi, da parte dell'amministrazione, alla soluzione dell'acquisizione sanante.

La c.d. acquisizione sanante ex art. 43 DPR 327/2001 costituisce espressione di un ampio potere discrezionale attribuito alla pubblica amministrazione, da esercitare previa apposita e puntuale valutazione degli interessi in conflitto.

« Nella specie, tuttavia, l'obbligo di provvedere (non necessariamente in senso positivo) non può derivare all'amministrazione dal dettato dell'articolo 43 su menzionato, che prevede l'alternativa del risarcimento del danno o della acquisizione sanante. Tale obbligo di provvedere non sussiste, considerata da un lato la ampia discrezionalità che caratterizza le scelte dell'amministrazione, che non si trova al cospetto di un immediato obbligo di provvedere (in un senso o nell'altro) e dall'altro lato la immediata possibilità di attivazione del rimedio restitutorio, nell'ambito del cui giudizio ben può ricorrersi, da parte dell'amministrazione, alla soluzione della acquisizione sanante. Nella

specie parte appellante riferisce di non avere più coltivato l'instaurato giudizio civile, per cui non è dato a questo giudice conoscere se si sia in presenza di eventuali preclusioni processuali. Se non può più trovare applicazione l'istituto della accessione invertita perché contrario al principio di legalità e, escludendosi la prescrizione del diritto al risarcimento del danno, il privato ha diritto di chiedere la restituzione dell'immobile in pristino stato, e l'amministrazione non ha altra scelta, se vuole evitare la restituzione, che adottare il provvedimento di acquisizione sanante di cui all'articolo sopra menzionato. L'articolo 43 però prevede (primo comma) che l'amministrazione debba provvedere eventualmente per la acquisizione, valutati gli interessi in conflitto. Il comma 3 prevede che in caso di azione per la restituzione, possa essere disposta, su richiesta della amministrazione, la condanna al risarcimento del danno per equivalente, escludendo la restituzione (in tal senso è coerente il successivo comma 4 sui poteri del giudice di escludere la restituzione senza limiti di tempo). Pertanto, l'ordinamento da un lato attribuisce un immediato rimedio di tutela, al fine della azionabilità del diritto (soggettivo) alla restituzione; dall'altro lato, la ampia discrezionalità che caratterizza nella specie la scelta della amministrazione di eventualmente acquisire ex art. 43 il bene non consente di ritenere immediatamente azionabile il rimedio del silenzio-inadempimento, non potendosi ritenere che il comune debba adottare - nei limiti e tempi del rimedio speciale - una determinazione espressa, di segno positivo o negativo, sulla diffida dell'interessato che solleciti la emanazione di eventuale - e ampiamente discrezionale - provvedimento di acquisizione sanante ex art. 43 DPR 327 del 2001. 3. Il Comune non deve quindi adottare - a seguito dell'esperimento del rimedio del silenzio-inadempimento - una determinazione espressa, di segno positivo o negativo, sulla diffida dell'interessato che sollecita la restituzione oppure, in alternativa, l'emanazione di eventuale provvedimento di acquisizione ai sensi dell'art. 43 DPR 327 del 2001. La c.d. acquisizione sanante costituisce espressione di un ampio potere discrezionale attribuito alla pubblica amministrazione da esercitare previa apposita e puntuale valutazione degli interessi in conflitto (C. Stato, IV, 28 aprile 2006 n. 2402) posto che il relativo ed eventuale provvedimento ex art. 43 deve infatti non solo valutare la pubblica utilità dell'opera, secondo i parametri consueti, ma deve anche considerare che il potere acquisitivo in parola, avente in qualche misura valore sanante della illegittimità della procedura espropriativa, anche se solo ex nunc e di natura eccezionale, non può risolversi in una mera alternativa alla procedura ordinaria (Ad. Pl. C. Stato, 29 aprile 2005, n2). Pertanto, conseguentemente, l'amministrazione non ha il dovere di provvedere, pur sollecitato con il rimedio del silenzio-inadempimento, esistendo immediatamente il rimedio alternativo della azione restitutoria, che può essere evitata dall'amministrazione con il provvedimento acquisitivo. »

Consiglio di Stato, Sezione IV, decisione n.4660 del 26/09/2008
Relatore : Carella Presidente : Vacirca

Spetta all'Amministrazione appropriante, valutati gli interessi in conflitto, adottare il provvedimento di acquisizione e di compensazione in via risarcitoria (art. 43 comma 1 TU); né, a tanto, può sostituirsi il giudice amministrativo, salvo che a ciò sia richiesto da soggetti terzi (comma 3) pubblici o privati, interessati all'utilizzazione del bene per scopi di interesse pubblico.

« Tuttavia, così dando risposta agli appellanti ed all'Azienda appellata, con evidenza la fattispecie di causa, essendo anteriore all'entrata in vigore del T.U. sulle espropriazioni n°327 del 2001, resta governata dalla legge fondamentale n°2359 del 1865. Infatti, come è noto, l'art.57 del citato D.P.R. stabilisce l'inapplicabilità delle norme del detto decreto ai progetti per i quali alla data di entrata in vigore (30 giugno 2001) sia intervenuta dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza (in tal caso continuano ad applicarsi tutte le normative vigenti a tale data). Del resto, a prescindere da ciò, in ogni caso nella fattispecie non avrebbero potuto trovare applicazione le norme di cui al richiamato art.43, posto che spetta all'Amministrazione appropriante (comma 1), valutati gli interessi in conflitto, di adottare il relativo provvedimento di acquisizione e di compensazione in via risarcitoria; né, a tanto, può sostituirsi il giudice amministrativo, salvo che a ciò

sia richiesto da soggetti terzi (comma 3) pubblici o privati interessati all'utilizzazione del bene per scopi di interesse pubblico (Cons. St., IV, 22 giugno 2006, n.3878; V, 3 maggio 2005, n.2095). Ne deriva, dunque, che in vicenda occorre fare riferimento alle normative anteriori all'entrata in vigore del T.U. sulle espropriazioni e secondo i consolidati orientamenti in materia della giurisprudenza amministrativa. »

§§

Adozione, discrezionalità > Istanza > Silenzio

TAR Sicilia, Sezione II Palermo, sentenza n.50 del 14/01/2009

Relatore : Tulumello Presidente : Monteleone

L'emanazione del provvedimento acquisitivo ed art. 43 DPR 327/2001 rientra nell'ambito della discrezionalità dell'amministrazione intimata, sicché detta attività provvedimentale non appare suscettibile di sollecitazioni giustiziali mediante il ricorso al rimedio processuale di cui all'art. 2 della L. 241/1990.

« Non rimane allora, verificata la ricostruzione in fatto della fattispecie, (anche a seguito della disposta istruttoria), che accogliere la domanda nei sensi che seguono, secondo l'indirizzo dominante nella giurisprudenza amministrativa: La determinazione dell'importo dovuto dall'amministrazione intimata (che dipende dall'esercizio o meno del potere di acquisizione), non potendosi effettuare in questa sede di cognizione una valutazione di merito riservata al Comune, il collegio ritiene di fissare un termine perentorio affinché esso disponga l'acquisizione delle aree ai proprietari, con il conseguente risarcimento del danno ai sensi dell'art. 43 del testo unico sugli espropri (salva la possibilità della restituzione della disponibilità degli immobili). Valutata la complessità del caso e in applicazione dell'art. 35 del decreto legislativo n. 80 del 1998, il collegio dispone che: a) entro il termine di novanta giorni (decorrente dalla comunicazione o dalla previa notifica della presente decisione), il Comune intimato e la parte ricorrente possono addivenire ad un accordo, in base ai quali la proprietà sia trasferita al Comune e alla parte ricorrente sia corrisposta la somma specificamente concordata ovvero riconosciuta come equivalente utilità; b) ove tale accordo non sia raggiunto entro il termine, il Comune intimato - entro i successivi sessanta giorni - potrà emettere un formale e motivato decreto, con cui disporrà l'acquisizione delle aree al suo patrimonio indisponibile, ai sensi dell'art. 43 del testo unico (salva la possibilità di restituire la materiale disponibilità delle aree, col risarcimento del danno relativo al periodo della loro mancata utilizzazione). L'emanazione di un simile provvedimento rientra naturalmente nell'ambito della discrezionalità dell'amministrazione intimata, sicché detta attività provvedimentale non appare suscettibile di sollecitazioni giustiziali mediante il ricorso al rimedio processuale di cui all'art. 2 della l. 241/1990 (in questo senso T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, sentenza 2635/2008): tuttavia, proprio in quanto l'amministrazione è titolare di uno spazio di valutazione discrezionale circa l'an dell'emanazione del provvedimento, essa assume su di sé la relativa responsabilità, anche contabile, connessa all'omesso esercizio del potere di perfezionamento della fattispecie. Per la quantificazione del danno, anche nel caso di emanazione dell'atto di acquisizione ex art. 43, l'Amministrazione darà applicazione alle disposizioni vigenti alla data della medesima quantificazione, senza dare rilievo all'art. 55 del testo unico (il cui contenuto precettivo è venuto meno con la sentenza della Corte Costituzionale n. 349 del 2007). »

Consiglio di Stato, Sezione IV, decisione n.5998 del 04/12/2008

Relatore : De Felice Presidente : Vacirca

L'ampia discrezionalità che caratterizza la scelta dell'Amministrazione di acquisire ex art. 43 DPR 327/2001 il bene, non consente di ritenere immediatamente azionabile il rimedio del silenzio-inadempimento, non potendosi ritenere che la P.A. debba adottare, nei limiti e tempi del rimedio speciale, una determinazione espressa, di segno

positivo o negativo, sulla diffida dell'interessato che solleciti l'emanazione del provvedimento.

« Nella specie, tuttavia, l'obbligo di provvedere (non necessariamente in senso positivo) non può derivare all'amministrazione dal dettato dell'articolo 43 su menzionato, che prevede l'alternativa del risarcimento del danno o della acquisizione sanante. Tale obbligo di provvedere non sussiste, considerata da un lato la ampia discrezionalità che caratterizza le scelte dell'amministrazione, che non si trova al cospetto di un immediato obbligo di provvedere (in un senso o nell'altro) e dall'altro lato la immediata possibilità di attivazione del rimedio restitutorio, nell'ambito del cui giudizio ben può ricorrersi, da parte dell'amministrazione, alla soluzione della acquisizione sanante. Nella specie parte appellante riferisce di non avere più coltivato l'instaurato giudizio civile, per cui non è dato a questo giudice conoscere se si sia in presenza di eventuali preclusioni processuali. Se non può più trovare applicazione l'istituto della accessione invertita perché contrario al principio di legalità e, escludendosi la prescrizione del diritto al risarcimento del danno, il privato ha diritto di chiedere la restituzione dell'immobile in pristino stato, e l'amministrazione non ha altra scelta, se vuole evitare la restituzione, che adottare il provvedimento di acquisizione sanante di cui all'articolo sopra menzionato. L'articolo 43 però prevede (primo comma) che l'amministrazione debba provvedere eventualmente per la acquisizione, valutati gli interessi in conflitto. Il comma 3 prevede che in caso di azione per la restituzione, possa essere disposta, su richiesta della amministrazione, la condanna al risarcimento del danno per equivalente, escludendo la restituzione (in tal senso è coerente il successivo comma 4 sui poteri del giudice di escludere la restituzione senza limiti di tempo). Pertanto, l'ordinamento da un lato attribuisce un immediato rimedio di tutela, al fine della azionabilità del diritto (soggettivo) alla restituzione; dall'altro lato, la ampia discrezionalità che caratterizza nella specie la scelta della amministrazione di eventualmente acquisire ex art. 43 il bene non consente di ritenere immediatamente azionabile il rimedio del silenzio-inadempimento, non potendosi ritenere che il comune debba adottare - nei limiti e tempi del rimedio speciale - una determinazione espressa, di segno positivo o negativo, sulla diffida dell'interessato che solleciti la emanazione di eventuale - e ampiamente discrezionale - provvedimento di acquisizione sanante ex art. 43 DPR 327 del 2001. 3. Il Comune non deve quindi adottare - a seguito dell'esperimento del rimedio del silenzio-inadempimento - una determinazione espressa, di segno positivo o negativo, sulla diffida dell'interessato che sollecita la restituzione oppure, in alternativa, l'emanazione di eventuale provvedimento di acquisizione ai sensi dell'art. 43 DPR 327 del 2001. I.a c.d. acquisizione sanante costituisce espressione di un ampio potere discrezionale attribuito alla pubblica amministrazione da esercitare previa apposita e puntuale valutazione degli interessi in conflitto (C. Stato, IV, 28 aprile 2006 n. 2402) posto che il relativo ed eventuale provvedimento ex art. 43 deve infatti non solo valutare la pubblica utilità dell'opera, secondo i parametri consueti, ma deve anche considerare che il potere acquisitivo in parola, avente in qualche misura valore sanante della illegittimità della procedura espropriativa, anche se solo ex nunc e di natura eccezionale, non può risolversi in una mera alternativa alla procedura ordinaria (Ad. Pl. C. Stato, 29 aprile 2005, n2). Pertanto, conseguentemente, l'amministrazione non ha il dovere di provvedere, pur sollecitato con il rimedio del silenzio-inadempimento, esistendo immediatamente il rimedio alternativo della azione restitutoria, che può essere evitata dall'amministrazione con il provvedimento acquisitivo. »

TAR Campania, Sezione I Salerno, sentenza n.127 del 12/02/2007

Relatore : Liguori Presidente : De Leo

Sussiste l'obbligo del Comune di emettere un provvedimento espresso a fronte dell'istanza con cui il privato assegnatario di terreno, ha richiesto la attivazione del potere riconosciuto all'Ente dall'art. 43 d.p.r. 327/2001 (provvedimento acquisitivo previo risarcimento del danno), ai fini di sanare l'occupazione illegittima di suolo alieno avvenuta per errore della procedura espropriativa.

« Va sottolineato che l'art. 43 D.P.R. 327/2001 prevede al co. 1 che "Valutati gli interessi in con-

flitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni", precisando al co. 5 che "Le disposizioni di cui ai precedenti commi si applicano, in quanto compatibili, anche quando un terreno sia stato utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata nonché quando sia imposta una servitù di diritto privato o di diritto pubblico e il bene continui ad essere utilizzato dal proprietario o dal titolare di altro diritto reale". Ciò posto, va osservato che ormai costituisce ius receptum il riconoscimento della legittimazione del privato ad agire giudizialmente avverso il silenzio mantenuto dalla P.A. in relazione alla presentazione di un'istanza, quando sia ravvisabile un obbligo giuridico per l'Amministrazione stessa di attivare conseguenzialmente i suoi specifici poteri; come accade, ad esempio, nella fattispecie tipica in cui un proprietario fondiario, lamentando l'esecuzione di abusi in un fondo limitrofo, invochi l'adozione da parte della Pubblica Amministrazione delle sanzioni e misure repressive edilizie previste dalla legge. Il paradigma è, nel caso che ci occupa, invero del tutto analogo, poiché anche qui i ricorrenti - avendo uno specifico interesse, costituito dal vedere regolarizzata l'avvenuta ricostruzione fuori sito del loro immobile, erroneamente effettuata dal Comune all'uopo delegato, dopo l'intervenuta assegnazione in loro favore del suolo per la delocalizzazione - hanno chiesto l'attivazione del potere che la legge (e, in particolare, l'art. 43 D.P.R. 327/2001) attribuisce all'Amministrazione appunto per sanare situazioni in cui un bene immobile sia destinato ad un utilizzo pubblico (o, come nella presente fattispecie, a finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata), sebbene in assenza di valido ed efficace titolo ablatorio: cioè quello di emettere un provvedimento di acquisizione del bene al proprio patrimonio indisponibile, previo risarcimento del danno al proprietario. Anche nel presente caso, quindi, deve dirsi che la S. e il V. avessero titolo quanto meno a pretendere un provvedimento espresso sulla loro richiesta circostanziatamente presentata, in difetto del quale risulta ritualmente costituito, ai sensi dell'art. 2 co. 4 bis L. 241/1990, il silenzio-rifiuto di provvedere, per cui hanno proceduto all'impugnazione di questo, finalizzata a costringere l'Amministrazione comunale (titolare del potere in discussione) ad emettere un provvedimento espresso (susceptibile, a sua volta, di eventuale impugnazione, ove ritenuto illegittimo - cfr. Cons. di Stato sez. V, n° 677/2004; Cons. di Stato sez. V, n° 808/2003).»



Adozione, discrezionalità > Responsabilità in caso di mancata adozione

TAR Puglia, Sezione III Bari, sentenza n.458 del 04/03/2009

Relatore : Ravasio Presidente : Urbano

In ipotesi di occupazione illegittima del bene ove è stata realizzata l'opera pubblica, ove l'Amministrazione ometta di far valere le prerogative che l'art. 43 D.P.R. 327/01 le assegna, i funzionari responsabili potranno essere chiamati a risponderne avanti la Corte dei Conti.

« Il Collegio non ritiene di doversi discostare dal menzionato orientamento, ed in particolare non ritiene, per le ragioni che seguono, che le argomentazioni poste a sostegno di esso siano superabili da quanto si legge nella pronuncia del Consiglio di Stato, sezione IV, 19/12/2007 n. 6560. Anzitutto la restituzione può essere impedita su domanda riconvenzionale della Amministrazione, così come prevede l'art. 43 D.P.R. 327/2001: va al proposito ricordato che la possibilità per l'Amministrazione di ritenere il bene, così come la possibilità di emettere il decreto di acquisizione sanante, è legata alla sussistenza di alcuni requisiti, in mancanza dei quali non può essere emesso il decreto di acquisizione sanante e non può neppure essere pronunciata la sentenza di cui all'art. 43 comma 4. Continuare ad affermare che la restituzione non può mai aver luogo ove l'Amministrazione abbia nel frattempo realizzato l'opera, significa andare oltre il dettato legislati-

vo, ed ammettere implicitamente che la ritenzione del bene o il decreto di acquisizione sanante possano aver luogo anche fuori dai casi stabiliti dall'art. 43 D.P.R. 327/2001. In ogni caso non è chi non veda che se l'Amministrazione non emette il decreto di acquisizione sanante, o non chiede in giudizio di poter continuare ad utilizzare il bene, evidentemente ciò è dovuto al venir meno della sua utilità, di guisa che non si vede perché non si debba disporre, su richiesta del privato, la restituzione con riduzione in pristino ed optare per una tutela risarcitoria, che in tal caso sarebbe per l'Amministrazione più onerosa della restituzione e della riduzione in pristino. In secondo luogo si deve considerare che ove effettivamente ricorra l'esigenza di salvaguardare l'economia pubblica il Giudice, come chiaramente specificato nei sopra ricordati pronunziamenti, può disporre che l'opera venga conservata e si continui ad utilizzarla secondo la sua destinazione, con obbligo per l'Amministrazione di corrispondere al legittimo proprietario un congruo canone d'affitto, salvo che il privato non ritenga di utilizzarla direttamente, in ogni caso conformemente alla sua destinazione pubblica. Quanto allo spreco di denaro pubblico che si avrebbe per effetto della riduzione in pristino e/o della restituzione del terreno e dell'opera, si deve dire che l'Amministrazione può evitarlo, o almeno contenerlo in buona parte, in primis esercitando le prerogative che le vengono attribuite dall'art. 43 D.P.R. 327/2001, e poi anche svolgendo azione di indebito arricchimento ai sensi dell'art. 2041 c.c., allo scopo di recuperare il valore dell'opera realizzata sul terreno del privato. Nel caso di emissione di decreto di acquisizione sanante o di pronuncia di sentenza ai sensi dell'art. 43 comma 4 D.P.R. 327/01, il risarcimento dovuto al privato, che in teoria deve considerare anche il valore delle opere che insistono sui terreni, di fatto può essere decurtato del valore medesimo in forza del principio della "compensatio lucri cum damno". Il Collegio ritiene insomma che la maggior parte dei problemi che si possono astrattamente porre nel caso di restituzione di terreni illegittimamente utilizzati per la realizzazione di opere pubbliche siano in realtà superabili con gli strumenti che l'Ordinamento Giuridico già oggi mette a disposizione del Giudice e, prima ancora, della Amministrazione; non senza dimenticare che ove questa ometta di far valere le prerogative che l'art. 43 D.P.R. 327/01 le assegna, i funzionari responsabili potranno essere chiamati a risponderne avanti la Corte dei Conti. Per le sovra esposte ragioni il Collegio non ritiene di doversi discostare dall'orientamento assunto con la sentenza nn. 2176 e 2131/2008. Le domande tendenti al riconoscimento del diritto al risarcimento del danno commisurato al valore venale dei fondi occupati devono quindi essere rigettate. »



Assenza di alternative

TAR Sicilia, Sezione III Catania, sentenza n.813 del 29/04/2009
Relatore : Trebastoni Presidente : Ferlisi

L'art. 43 del T.U. testualmente preclude che l'Amministrazione diventi proprietaria di un bene in assenza di un titolo previsto dalla legge. Secondo tale disposizione, infatti, l'Amministrazione può divenire proprietaria o al termine del procedimento espropriativo, che si conclude sul piano fisiologico con il decreto di esproprio o con la cessione del bene espropriando oppure, quando vi è una patologia, e il bene è stato "modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento", quando è emesso il decreto di acquisizione in previsto.

« La rilevanza delle disposizioni del legislatore delegato si coglie in tutta la loro portata ove si consideri che esse sono state emesse per consentire all'Amministrazione di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto quando il bene sia stato "modificato per scopi di interesse pubblico" (fermo restando il diritto del proprietario di ottenere il risarcimento del danno), così evitando ulteriori sentenze di condanna da parte della CEDU. Da qui l'enunciazione dei seguenti principi: - l'art. 43 del T.U. espropriazione per p.u., approvato con D.P.R. 8 giugno 2001 n. 327, testualmente preclude che l'Amministrazione diventi proprietaria di un bene in assenza di un titolo previsto dalla legge. Infatti, secondo tale disposizione, l'Amministrazione può divenire proprietaria: 1) o al termine del procedimento espropriativo, che si conclude sul piano fisiologico (con il

decreto di esproprio o con la cessione del bene espropriando); 2) oppure, quando vi è una patologia, e il bene è stato “modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento”, quando è emesso il decreto di acquisizione ai sensi dell’art. 43. - il testo e la ratio dell’art. 43 espropriazione non consentono di ritenere sussistente un termine quinquennale, decorrente dalla trasformazione irreversibile dell’area o dalla realizzazione dell’opera, decorso il quale si verificherebbe la prescrizione della pretesa risarcitoria. Al contrario, l’art. 43 cit. ribadisce il principio per il quale, nel caso di occupazione sine titolo, vi è un illecito il cui autore ha l’obbligo di restituire il suolo e di risarcire il danno cagionato, salvo il potere dell’Amministrazione di fare venire meno l’obbligo di restituzione ab extra, con l’atto di acquisizione del bene al proprio patrimonio (cfr. Cons. St., sez. IV, 30 novembre 2007 n. 6124). I principi desumibili dall’art. 43 risultano rilevanti anche nel presente giudizio, anche se l’occupazione del suolo in questione è stata disposta nel 1999. Infatti, l’art. 43 si riferisce a tutti i casi di occupazione sine titolo, anche a quelle già sussistenti alla data di entrata in vigore del testo unico, in quanto l’art. 57 dello stesso, relativo all’“ambito di applicazione della normativa sui procedimenti in corso”, nel disporre che “le disposizioni del presente testo unico non si applicano ai progetti per i quali, alla data di entrata in vigore dello stesso decreto, sia intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza”, riferendosi ai «procedimenti in corso» ha previsto norme transitorie unicamente per individuare l’ambito di applicazione della riforma in relazione alle diverse fasi “fisiologiche” del procedimento (cfr. Cons. St., sez. IV, 30 novembre 2007 n. 6124). Il medesimo art. 57, invece, non ha limitato, neanche per implicito, l’ambito di applicazione dell’art. 43, che è opposto a quello delle norme che riguardano i «procedimenti in corso» (per la scadenza del termine entro il quale poteva essere emesso il decreto di esproprio, o per l’annullamento di un atto del procedimento ablatorio). In altri termini, l’atto di acquisizione - in quanto emesso ab externo del procedimento espropriativo - non rientra nell’ambito di operatività della normativa transitoria di cui all’art. 57, il quale si propone di evitare che procedimenti avviati in applicazione della disciplina pregressa trovino ulteriore sviluppo e conclusione alla stregua di sopravvenuti assetti (riconoscendosi ultrattività, per tali fasi procedurali, alla precedente disciplina). Ma ove gli atti pregressi siano stati annullati, si tratta, però, non già di stabilire qual è la normativa che disciplina una procedura espropriativa in itinere, ma solo di decidere quale sorte vada riservata ad una res “modificata”, come nella specie, dalla Amministrazione, restata senza titolo nelle mani di quest’ultima dopo l’annullamento degli atti della procedura espropriativa. Non trattandosi di vicenda riconducibile sotto la norma transitoria dell’art. 57, è evidente che non può non trovare applicazione nella specie la disposizione dell’art. 43 che consente, in caso di apprensione e modifica di res sine titolo o con titolo annullato, la possibilità di neutralizzare la domanda di restituzione della parte interessata solo con l’adozione di un atto formale, ex comma 1, preordinato all’acquisizione del bene (con corresponsione di quanto spettante a titolo risarcitorio), o la speciale domanda giudiziale formulata nel processo di cui è parola nello stesso art. 43, comma 3. A seguito dell’annullamento degli atti pregressi, il procedimento sanante si instaura ex nunc e comporta quindi l’applicazione della normativa sopravvenuta (cfr., ex multis, C.G.A., sez. giurisd., 15 giugno 2007 n. 438).»

Consiglio di Stato, Sezione IV, decisione n.2420 del 21/04/2009

Relatore : Romeo Presidente : Trotta

L’Amministrazione può divenire proprietaria del terreno illegittimamente occupato solo con l’emissione di un decreto di acquisizione ai sensi dell’art. 43 DPR n. 327/2001.

« Secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, non è possibile condividere il percorso argomentativo del TAR, che ha fatto decorrere, nella specie, il termine quinquennale di prescrizione dalla data di completamento delle opere realizzate sull’area de qua, giacché, in tal modo, si verrebbe a denegare giustizia a soggetti, che, oltre subire la perdita del loro diritto di proprietà per ragioni di fatto (“espropriazione indiretta”) senza un atto ablatorio, verrebbero ad essere privati dell’adeguato ristoro in termini monetari. La prescrizione non si può, infatti, consi-

derare intervenuta, perché “l’ordinamento italiano non consente che una Amministrazione, mediante un proprio illecito e in assenza di un atto ablatorio, acquisti a titolo originario la proprietà di un’area altrui, sulla quale sia stata realizzata un’opera pubblica o di interesse pubblico (anche se prevista in una dichiarazione di pubblica utilità)”, per cui “anche se l’opera pubblica o di interesse pubblico è ultimata, non comincia a decorrere alcun termine di prescrizione del risarcimento del danno” (la ricostruzione secondo cui la realizzazione delle opere di interesse pubblico comporta l’acquisizione della proprietà del suolo in capo alla pubblica amministrazione, non è conforme ai principi della Convenzione Europea sui diritti dell’uomo, si veda, C. S. n. 5830 del 2007).7. La prescrizione del diritto al risarcimento del danno (statuita dal TAR) non è, dunque, intervenuta, perché il termine di prescrizione non ha la possibilità di decorrere in una situazione (come quella di specie) nella quale il Comune di V. d. S. continua a detenere le aree in questione sine titulo, non avendo fatto applicazione dell’art. 43 del d.p.r. n. 327/2001, che assegna alla p.a. il potere di procedere alla emanazione di un atto di acquisizione (con efficacia sanante ex nunc) delle aree interessate da un procedimento di esproprio non concluso legittimamente. A questo proposito, occorre dire che il mancato ricorso a questa “legale via d’uscita” (ved. dec. cit. n. 5830/2007) comporta che il Comune appellato continua a mantenere le aree illegittimamente occupate, procrastinando nel tempo un illecito, dal quale sorge, a carico del Comune stesso, il conseguente obbligo della restituzione del terreno e del risarcimento del danno medio tempore prodotto. Il Comune di V. d. S. può, quindi, sottrarsi all’obbligo di restituire il terreno illecitamente detenuto, solo con l’emanazione dell’atto di acquisizione, e conseguente risarcimento del danno, ai sensi del più volte citato art. 43 del d.p.r. n. 327/2001. Alla restituzione del terreno, con il conseguente risarcimento del danno, il Comune intimato è, quindi, tenuto sino a quando lo stesso non provvederà alla emanazione di “un atto formale di natura ablatoria e discrezionale (in sostanziale sanatoria), al termine del procedimento legale nel corso del quale vanno motivatamente valutati gli interessi in conflitto” (C.S. n. 5984/2008; n. 5830/2007). Un tale obbligo è, nella specie, conseguente alla rimozione della statuizione sulla intervenuta prescrizione del diritto al risarcimento del danno, dichiarata dal primo giudice nel presupposto (erroneo) che l’irreversibile trasformazione del terreno abbia determinato il momento dal quale fare decorrere il relativo termine quinquennale. L’Amministrazione può divenire proprietaria del terreno in questione solo con l’emissione di un decreto di acquisizione ai sensi del citato art. 43 d.p.r. n. 327/2001, che si riferisce anche alle occupazioni sine titulo già sussistenti alla data di entrata in vigore del testo unico (sulla applicabilità anche in fattispecie - come quella in esame, - in cui l’occupazione d’urgenza risale al 1983, si veda ancora dec. n. 5830/2007). »

Consiglio di Stato, Sezione IV, decisione n.915 del 17/02/2009
Relatore : Aureli Presidente : Trotta

In caso d’illegittimità o assenza della procedura espropriativa e di realizzazione dell’opera pubblica, l’unico rimedio per evitare la restituzione dell’area è l’emanazione di un provvedimento ex art. 43 DPR 327/2001, in assenza del quale l’amministrazione non può addurre l’intervenuta realizzazione dell’opera pubblica quale causa di impossibilità oggettiva, di impedimento alla restituzione.

« Sott’altro concorrente profilo, l’invocata tutela del diritto di proprietà ad opera di parte appellante, conduce all’esame dei principi Cedu, rispetto ai quali a suo avviso, non vi sarebbe conformità della norma di cui è stata fatta applicazione con il provvedimento impugnato. Il testo unico sulle espropriazioni è stato redatto da una commissione speciale del Consiglio di Stato che ha dovuto superare i numerosissimi e delicati problemi che investono l’istituto espropriativo. Per l’attinenza alla controversia in esame, si può segnalare quello che negli ultimi tempi ha particolarmente impegnato non solo la dottrina ma anche la giurisprudenza internazionale (Corte europea dei diritti dell’Uomo), comunitaria (Corte di giustizia dell’Unione europea) e costituzionale (la nostra Corte costituzionale): l’accessione invertita. Sono ben noti i concetti di occupazione appropriativa, di occupazione usurpativa e di accessione invertita. Quest’ultimo è stato fortemente stigmatizzato

dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo, la quale aveva ritenuto il quadro normativo e giurisprudenziale italiano non aderente alla Convenzione europea in quanto un comportamento illecito o illegittimo non può fondare l'acquisto di un diritto, per cui l'accessione invertita contrasta con il principio di legalità, inteso come preminenza del diritto (Cons.di Stato, Sez.IV, 30 12 2008 n. 6636); fermo restando che spetta all'ordinamento interno l'individuazione dei mezzi di tutela in relazione a fattispecie nelle quali l'acquisizione del bene sia divenuta sine titulo. Tali argomentazioni hanno trovato attuazione all'interno del nostro ordinamento con la regolamentazione introdotta dal D.P.R. 327/2001, il cui art. 43 disciplina in modo estremamente innovativo la fattispecie dell'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico, consentendo il passaggio dall'accessione invertita all'acquisizione sanante. Illuminante al riguardo è il parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato sullo schema di testo unico (29 marzo 2001, n. 4), che pone in luce la essenzialità della riforma, perché l'ordinamento deve adeguarsi ai principi costituzionali ed a quelli generali del diritto internazionale sulla tutela della proprietà (mentre prima non lo era, perché in contrasto con l'art. 1 del prot. 1 della CEDU, come più volte affermato dalla Corte europea). Il primo comma dell'art. 43 prevede che, valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni (c.d. acquisizione sanante). L'atto di acquisizione può essere adottato anche quando l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, il decreto di esproprio o l'atto dichiarativo della pubblica utilità dell'opera sia stato annullato in sede giurisdizionale. Tale norma, pertanto, ha introdotto il principio secondo cui l'autorità amministrativa può acquisire al patrimonio pubblico anche un bene occupato senza titolo idoneo, purché ciò avvenga sulla base di un formale provvedimento amministrativo fondato sulla "valutazione degli interessi in conflitto" e con il riconoscimento al privato del ristoro del danno. Il provvedimento di acquisizione, che assorbe la dichiarazione di pubblica utilità ed il decreto di esproprio, costituisce espressione di potere discrezionale e deve indicare in che modo sono stati acquisiti, ponderati e valutati gli interessi in conflitto, nel senso che l'amministrazione precedente non deve considerare soltanto la astratta idoneità dell'opera a soddisfare esigenze di carattere generale ma, in ragione della natura eccezionale della procedura, deve compiere una esaustiva ponderazione degli interessi in conflitto dando conto con una congrua motivazione della sussistenza attuale di un interesse pubblico specifico e concreto. Per effetto di tale norma, in caso di illegittimità o assenza della procedura espropriativa e di realizzazione dell'opera pubblica, l'unico rimedio per evitare la restituzione dell'area è l'emanazione di un provvedimento ex art. 43, in assenza del quale l'amministrazione non può addurre l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica quale causa di impossibilità oggettiva, di impedimento alla restituzione dell'area, sicché solo il detto atto di acquisizione comporta l'ablazione del diritto di proprietà. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 2/2005, ha ritenuto che l'istituto dell'acquisizione c.d. sanante previsto dall'art. 43, commi 1 e 2, D.P.R. n. 327 del 2001 può ritenersi conforme ai parametri imposti dalla Corte europea ed ai principi costituzionali in quanto: - l'acquisto del bene avviene per effetto di un provvedimento tipizzato dalla legge e con efficacia ex nunc, per cui è rispettata l'esigenza di preminenza del diritto; - l'esercizio della discrezionalità è circondato da particolari cautele la cui osservanza può essere sindacata in sede giurisdizionale; - è in ogni caso assicurato il risarcimento del danno; - in assenza di provvedimento, la restituzione dell'area non può essere impedita, se non per autonomia scelta del privato che rinunci alla restituzione. La soluzione normativa del problema, adottata con l'art. 43, soprattutto a seguito delle precisazioni - e, delle limitazioni - poste dalla decisione dell'Adunanza Plenaria, ha avuto condivisione da parte del Consiglio d'Europa (riunione del Comitato dei Ministri del 14 febbraio 2007), che ha valutato positivamente la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons.di Stato Sez. IV 3 aprile 2007 n. 2582), che ha sopperito ad alcune incertezze dell'art. 43, ed ha auspicato che tale giurisprudenza sia seguita dalle altre giurisdizioni italiane ed ha incoraggiato le autorità italiane ad adottare le altre misure necessarie per eliminare la prassi dell'espropriazione indiretta e per garantire la conformità al principio di legalità di tutte le occupazioni di aree da parte dell'amministrazione. Alla luce delle

considerazioni che precedono, il motivo, con il quale si dubita della legittimità costituzionale dell'c.d. acquisizione sanante, deve essere respinto. »

Consiglio di Stato, Sezione IV, decisione n.6243 del 17/12/2008

Relatore : Greco Presidente : Salvatore

Allo scopo di sanare con effetto ex tunc un'occupazione illegittima posta in essere dalla p.a., è previsto dall'ordinamento, quale unico rimedio, la c.d. acquisizione sanante di cui all'art. 43 D.P.R. n. 327/2001, al quale si accompagna l'obbligo dell'amministrazione procedente di corrispondere al privato espropriato il risarcimento del danno.

« Dalla ricostruzione che precede si ricava, ad avviso del Collegio, che ben prima del 16 dicembre 2003 (data nella quale, solo, è intervenuto un titolo, oggi inoppugnabile, per la legittima acquisizione del suolo de quo) il fondo era stato interessato da lavori che ne avevano comportato la radicale trasformazione. Né vale obiettare, come fa l'Amministrazione appellata, che l'ultimazione delle opere sarebbe avvenuta nel vigore della terza procedura di esproprio (non dimostrandosi, peraltro, che essa sia stata successiva al citato decreto nr. 11991 del 2003): infatti, è jus receptum che l'irreversibile trasformazione del suolo non si realizza necessariamente nel momento dell'ultimazione dell'opera pubblica, ma in quello precedente in cui i lavori abbiano determinato una trasformazione del terreno tale da evidenziare in modo oggettivo la nascita dell'opera medesima (cfr. Cass. civ., sez. II, 28 giugno 2002, nr. 9507). Orbene, ad avviso del Collegio la descrizione delle opere realizzate alla data del 5 luglio 2002, di cui al verbale della Polizia Municipale innanzi citato, è già tale da individuare, al di là di ogni incertezza, una trasformazione irreversibile del suolo nel senso testé chiarito. 8.2. Una volta accertata la sicura realizzazione di un pregiudizio per il diritto dominicale degli odierni appellati, è opportuno - anche al fine di sgombrare il campo dalle confusioni cui si è sopra accennato sub 7 - chiarire che appare certa anche la riconducibilità di tale pregiudizio a condotta illecita dell'Amministrazione comunale di M. S., non potendo in alcun modo l'occupazione e la trasformazione de quibus considerarsi sanate dagli atti della successiva procedura di esproprio definitasi col ridetto decreto nr. 11991 del 2003. Infatti, la legittimità degli atti di tale ultima procedura, in conseguenza dell'inammissibilità del ricorso proposto avverso gli atti della stessa, se vale a escludere l'illegittimità delle condotte di occupazione successive al 16 dicembre 2003 e a consolidare definitivamente l'acquisto della proprietà del fondo in capo all'Amministrazione, non può rendere legittima retroattivamente la precedente occupazione sine titolo del fondo medesimo. Ciò si ricava, a tacer d'altro, dalla logica della normativa in subiecta materia, la quale, allo scopo di sanare con effetto ex tunc un'occupazione illegittima posta in essere dalla p.a., conosce l'unico rimedio di cui all'art. 43 D.P.R. 8 giugno 2001, nr. 327 (c.d. acquisizione sanante), al quale non casualmente si accompagna l'obbligo dell'amministrazione procedente di corrispondere al privato espropriato il risarcimento del danno; ne consegue che, ove si consentisse di perseguire il medesimo effetto sanante attraverso un mero rinnovo della procedura espropriativa annullata, ciò si risolverebbe in una sorta di aggiramento dell'obbligo risarcitorio stabilito dal legislatore. Da questi rilievi, e alla luce della ricostruzione in fatto di cui sub 8.1., non può che concludersi nel senso dell'antigiuridicità, ex art. 2043 c.c., dell'occupazione del suolo nel periodo compreso tra il 20 giugno 1998 e il 16 dicembre 2003. »

Consiglio di Stato, Sezione IV, decisione n.5998 del 04/12/2008

Relatore : De Felice Presidente : Vacirca

In caso di occupazione illegittima, il privato ha diritto di chiedere la restituzione dell'immobile in pristino stato, e l'Amministrazione non ha altra scelta, se vuole evitare la restituzione, che adottare il provvedimento di acquisizione sanante di cui all'art. 43 DPR 327/2001.