

Espropri *online*

l'espropriazione per pubblica utilità

rivista bimestrale
fondata e diretta da Paolo Loro

anno 3 numero 3
maggio giugno 2009

VINCOLO CIMITERIALE E POTERI DI PIANIFICAZIONE COMUNALE DOPO LA LEGGE 166 DEL 2002

Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal Comune di Prato il 3 aprile 2009

RAFFAELLO GISONDI

Sommario: Premessa | 2. Rapporti fra vincolo cimiteriale e pianificazione urbanistica | 3. Il potere di riduzione della fascia di rispetto | 3.1 Riduzione del vincolo per la realizzazione di opere pubbliche o interventi urbanistici | 3.2 Riduzione del vincolo per consentire la realizzazione di opere leggere: riflessi sulla natura assoluta o relativa del vincolo cimiteriale | 4. Interventi sull'esistente ammessi in vincolo cimiteriale: ammissibilità di una loro regolamentazione attraverso il PRG

1. Premessa

Dopo la completa ricostruzione storica della disciplina del vincolo cimiteriale compiuta dal precedente relatore, nel mio intervento vorrei invece analizzare più nello specifico le novità apportate all'art. 338 del TU leggi sanitarie dalla legge 166 del 2002, mettendo a fuoco le problematiche salienti che riguardano questo istituto alla luce della sua nuova disciplina.

Tratterò, quindi, in primo luogo dei rapporti fra vincolo cimiteriale e pianificazione urbanistica, mi occuperò poi del nuovo modo in cui la norma configura il potere di riduzione della fascia di rispetto. Farò ancora alcune considerazioni in merito alla dibattuta questione della natura assoluta o relativa del vincolo alla luce della nuova disciplina e chiuderò dedicando qualche cenno al potere comunale di pianificazione delle aree che vi ricadono.

2. Rapporti fra vincolo cimiteriale e pianificazione urbanistica

La giurisprudenza ha sempre ritenuto che la fascia di rispetto cimiteriale costituisca una limitazione legale della proprietà che opera ex sé, indipendentemente dalla sua recezione nel PRG o in altro strumento urbanistico. Il vincolo è istituito direttamente dalla legge per la tutela di superiori interessi pubblici e non può essere in alcun modo derogato dal piano regolatore comunale. Pertanto, un'eventuale difforme previsione del PRG non sarebbe in alcun modo idonea ad affievolirne l'efficacia, dovendo l'obbligo di distanza dal cimitero considerarsi prevalente su ogni diversa destinazione delle aree che vi ricadono (TAR Liguria 626/03, Cass. 9503/98, CDS, V, 519/06).

L'originaria formulazione dell'art. 338 del TU delle leggi sanitarie, teneva rigidamente distinto il potere di pianificazione urbanistica anche da quello di riduzione del vincolo cimiteriale. Quest'ultimo, infatti, era attribuito al Prefetto il quale lo esercitava su proposta del Consiglio Comunale, previo parere della autorità sanitaria.

Le modifiche introdotte dall'art. 28 della L. 166/02 hanno, almeno in apparenza, ridotto le distanze fra i due procedimenti.

Infatti, il potere di riduzione del vincolo è stato attribuito direttamente al Consiglio Comunale, che è il medesimo organo competente ad adottare il PRG. Inoltre, anche gli stessi presupposti per poter addivenire alla riduzione della fascia di rispetto sembrano coincidere con scelte pianificatorie relative alla localizzazione di un'opera pubblica o alla programmazione di un intervento urbanistico.

Nonostante queste coincidenze, però, gli aspetti urbanistici relativi alla localizzazione dell'opera o dell'intervento, devono essere anche oggi

tenuti distinti dalle valutazioni proprie del procedimento di riduzione del vincolo cimiteriale.

Infatti, il procedimento di riduzione del vincolo continua a caratterizzarsi per la natura sanitaria dell'interesse primario perseguito come è testimoniato dal fatto che esso non può positivamente concludersi senza il parere favorevole della competente azienda sanitaria locale. A tale interesse primario l'art. 28 della legge 166/02 ha affiancato anche una considerazione degli interessi paesaggistici.

In entrambi i casi, tuttavia, le valutazioni che il Consiglio Comunale e la ASL sono chiamati a compiere non riguardano gli aspetti afferenti la localizzazione urbanistica dell'opera (come la sua necessità, accessibilità, i suoi riflessi sugli insediamenti limitrofi, etc.), che si presumono già valutati a monte in altra sede, ma la compatibilità della sua presenza con la vicinanza del cimitero.

Il procedimento di riduzione del vincolo non può quindi sostituire o assorbire quello urbanistico relativo alla localizzazione dell'opera o dell'intervento che si decida di realizzare ad una distanza inferiore dai 200 dal perimetro cimiteriale.

Ammettere ciò significherebbe sottrarre importanti decisioni relative all'assetto del territorio al procedimento classico di adozione ed approvazione degli strumenti urbanistici e, quindi, alla possibilità di tutti i cittadini di presentare osservazioni.

Inoltre, la riduzione della fascia di rispetto non potrebbe valere come apposizione del vincolo preordinato all'espropriazione data la tipicità degli atti amministrativi che, secondo gli artt. 9 e 10 del TU per le espropriazioni, possono avere tale effetto (in tal senso TAR Catanzaro 1469/08).

Sarei invece più possibilista sul fatto che il procedimento di riduzione del vincolo possa svolgersi contestualmente a quello di adozione ed approvazione del PRG.

Nulla vieta, a mio avviso, che la ASL possa essere chiamata a pronunciarsi sulla ammissibilità della riduzione in questa fase, purché, l'opera o l'intervento urbanistico che l'Amministrazione intende localizzare nella fascia di rispetto siano sufficientemente individuati, posto che, come meglio vedremo, oggi non può più considerarsi ammissibile una generalizzata diminuzione della distanza cimiteriale che non sia collegata alla necessità di realizzare ivi specifiche opere o interventi.

L'INDENNITA' DI ESPROPRIO PER LE CAVE

Profili estimativi di criticità nella giurisprudenza in materia

Publicato su EOL in data 6 aprile e 6 maggio 2009

NICOLA MORANO * GIANLUIGI DE MARE **

Sommario: *Premessa ed obiettivi* | 1. *L'intervallo temporale di riferimento per la stima dell'indennità* | 2. *Le componenti di valore esterne al reddito da sfruttamento minerario* | 3. *La stima dell'indennità di esproprio per una cava destinata a discarica* | 4. *Conclusioni* | 5. *Bibliografia*

Premessa ed obiettivi

Lo schema dicotomico basato sull'alternatività tra aree edificabili e non edificabili, già introdotto dal comma 3 dell'art. 5 bis della legge 359/92 e poi assorbito integralmente dall'articolo 37 del DPR 327/01, era stato interpretato in modo dichiaratamente conservativo negli anni '90, quando la Cassazione (2856/96, 3717/98, 4921/98, 2929/98) aveva escluso dalla categoria dei suoli edificabili quelli destinati a verde o ad at-

* Professore Ordinario di Estimo presso la Facoltà di Ingegneria dell'Università degli Studi di Salerno. Il lavoro presentato è da attribuire in parti uguali ai due autori.

** Professore Associato di Estimo presso la Facoltà di Ingegneria dell'Università degli Studi di Salerno.

trezzature, associando il principio di edificabilità quasi esclusivamente a quella residenziale abitativa. Tra la fine del secolo uscente e il nuovo, l'orientamento della giurisprudenza è cambiato, a seguito anche della Sentenza della Corte Costituzionale 179/99, indirizzandosi verso l'attribuzione sostanziale del connotato di edificabilità a tutte quelle zone urbane in cui le trasformazioni previste dallo strumento pianificatorio possono essere realizzate anche dal privato. Con i conseguenti effetti in termini di apprezzamento dell'indennità, per i terreni edificabili basata sulla correlazione con il valore di mercato. Per le aree edificate, invece, l'indennità di esproprio è stata storicamente sempre uguale a tale valore. Coincidenza riconosciuta pur anche per le indennità di esproprio da elargire nel caso di ablazione di cave, con la specifica giustificazione logico-estimativa in base alla quale l'immobile vale per quel che rende.

Il sillogismo disciplinare tuttavia cela non pochi punti critici nell'applicazione a casi concreti di stima.

In primo luogo vi è il problema della definizione dell'intervallo temporale entro cui sviluppare l'accumulazione dei redditi prevedibili, periodo che è ordinariamente condizionato da almeno due fattori: l'esaurimento naturale del filone minerario e la durata dell'autorizzazione a coltivare la cava. La combinazione di questi due elementi produce una casistica articolata, che in *extrema ratio* può condurre addirittura alla contraddittoria attribuzione del titolo di cava per terreni sovrastanti giacimenti potenziali, ma non sfruttati né autorizzati.

Inoltre, ad oggi, la giurisprudenza nega la possibilità di ricomprendere nell'indennità componenti legate al valore del soprassuolo e dell'area di sedime. Profilo questo che contrasta in termini teorici con l'assunto originario dell'art. 39 L.2359/1865, il quale si richiama esplicitamente e senza limitazioni al *valore venale* del bene, cui la stessa Corte di Cassazione (sentenza 12354/99) si riferisce direttamente nella definizione della logica ermeneutica del caso; e che, per di più, crea idiosincrasia con situazioni reali nelle quali il flusso di redditi generabile dal bene registra addendi differenziali connessi al valore del soprassuolo e al valore residuo dell'area in dipendenza di scelte pianificatorie incidenti sul *capital gain*.

Alla luce delle questioni delineate è condotta la disamina delle principali pronunce della Corte di Cassazione dagli anni '60 ad oggi, al fine di comparare le soluzioni giuridiche adottate con i criteri estimativi ivi richiamati.

Lo sviluppo di un caso studio, relativo alla stima dell'indennità di esproprio per una cava destinata ad ospitare una discarica pubblica, conclude il lavoro.

1. *L'intervallo temporale di riferimento per la stima dell'indennità*

L'indennità di esproprio di una cava in attività, è detto nella sentenza Cass. 12354/99, deve «essere determinata, in conformità a quanto disposto dall'art. 39 della legge 2359/1865, in funzione del valore venale del bene correlato alle sue caratteristiche essenziali e alla sua destinazione economica». In particolare, spiega la sentenza, «la cava viene tenuta in considerazione quale strumento di produzione del reddito correlato alla estrazione del materiale per tutto il tempo (e solo per il tempo) della sua prevista utilizzabilità, e tale reddito costituisce il razionale riferimento da tener presente ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione dovuta per l'ablazione di tale fonte reddituale».

E' chiaro pertanto che l'indennità di esproprio va commisurata alla somma dei redditi ritraibili nel periodo di possibile ulteriore utilizzabilità della cava rispetto alla data di effettiva occupazione.

Nel problema estimativo, evidentemente, assume rilievo decisivo la definizione della durata che la cava avrebbe in assenza dell'evento espropriativo. In proposito, nella sentenza della Cass. 1975/00 si legge che «Se il valore della cava ai fini dell'indennizzo è correlato – secondo la giurisprudenza di questa Corte – ai redditi prodotti e producibili per tutto il tempo (e solo per il tempo) della sua utilizzabilità, ne discende che la prognosi di sviluppo temporale in discorso deve correlarsi tanto alla durata giuridica (l'autorizzazione) e naturale (l'esaurimento) della cava quanto alla permanenza di una sua redditività, essendo escluso che assuma rilevanza, ai fini che occupano, il periodo nel quale la cava possa essere coltivata in regime di costi eccedenti i ricavi».

Non spiega quindi, la sentenza, se il periodo di ulteriore utilizzabilità della cava debba essere la durata giuridica o la durata naturale nel caso in cui i due termini non coincidano. Certo, se la durata naturale si conclude prima della giuridica, è sulla prima che necessariamente va definita la stima. L'aspetto che invece la sentenza sottolinea è quello della perma-

LE ZONE AGRICOLE

Publicato su EOL in data 20 gennaio 2009

NICOLA CENTOFANTI

Sommario: I rapporti tra l'indice di edificabilità e la destinazione agricola | La variante di piano e trasformazione dell'area agricola in edificabile | Gli effetti della modifica da parte del peep della destinazione agricola originaria | La scadenza del vincolo. Effetti. | L'espropriazione parziale. Il pregiudizio subito dall'azienda

I rapporti tra l'indice di edificabilità e la destinazione agricola

Il principio che caratterizza il sistema indennitario è fondato sulla *summa divisio* tra suoli edificabili e suoli non classificabili come edificabili cui è attribuito un sistema differenziato di determinazione delle indennità ablatorie.

Il sistema di stima dell'indennità di espropriazione delle aree agricole predisposto della L. n. 865 del 1971, artt. 15 e 16 è rimasto in vigore pur dopo le note decisioni 5/1980 e 223/1983 della Corte Costituzionale ed è stato recepito dal t.u. espr.

Le disposizioni risultano complementari ed inscindibili, danno vita ad un complesso omogeneo, e concorrono tutte a fissare la disciplina per le dette espropriazioni.

L'art. 15, considera la situazione del bene espropriato e fissa le circostanze ad esso relative che assumono rilevanza giuridica ai fini della valutazione del fondo in funzione della determinazione dell'indennità: le colture in esso effettivamente praticate e l'incidenza dell'espropriazione sull'esercizio dell'azienda agricola. L'art. 16, dal suo canto, fissa il parametro esterno al quale occorre fare riferimento per la valutazione dell'area espropriata.

L'indennità deve corrispondere al valore agricolo del fondo, determinato sulla base dei parametri costituiti non solo dal valore medio cioè ottenuto sulla media dei valori concretamente individuati nell'anno solare precedente al provvedimento ablativo dei terreni, ubicati nell'ambito della medesima regione agraria, nei quali erano effettivamente praticate le colture altrettanto effettivamente praticate nel fondo espropriato.

Tale sistema trova conferma nell'art. 5 bis, D.L. 11 luglio 1992, n. 333, conv. in L. 8 agosto 1992, n. 359, ed è ribadito dal t.u. espr. 327/2001.

Esso è da ritenere tuttora vigente, pur all'esito della dichiarazione d'incostituzionalità dei primi due commi della suddetta disposizione e della incongruità del criterio della semi somma, che la legge prevedeva, appunto, per i soli suoli edificabili.

La sentenza n. 348 del 24.10.2007 della Corte costituzionale ha inciso solo sul sistema indennitario di questi ultimi, ma non ha toccato né il criterio del valore agricolo medio - che il titolo II della L. 22 ottobre 1971, n. 865, dopo le dichiarazioni di incostituzionalità degli anni '80, riserva ai suoli con destinazione agricola - né la necessità stessa di distinzione tra suoli edificabili e non edificabili, posto che l'art. 5 bis, comma 4, che per la determinazione dell'indennità di questi ultimi rinvia alla legge 865/1971, non è stato interessato dalla pronuncia d'incostituzionalità.

La ragione per la quale è concepito un sistema indennitario differenziato - secondo una linea valida già in passato, da quando gli interventi della Corte costituzionale hanno determinato il sistema a doppio binario - è insita nella previsione che la necessità di procurarsi spazi da destinare ad uso pubblico interferisca con la realtà della programmazione territoriale, secondo la tipologia delle zone funzionali in cui la pianificazione urbanistica ripartisce il territorio comunale: sicché la necessità di realizzazione di impianti, che nasca successivamente alla pianificazione e richie-

da l'acquisizione di aree, attiva il meccanismo indennitario fondato sulla generale bipartizione.

Le aree agricole sono classificabili fra le aree non edificabili.

Con riguardo alla determinazione dell'indennità di espropriazione (e di conseguenza, anche di asservimento), la circostanza che ad un'area, destinata a verde privato, lo strumento urbanistico attribuisca un modesto indice di fabbricabilità non autorizza a farne derivare una presunzione di destinazione del verde a servizio o a pertinenza e a considerarlo come inedificabile (Cass. civ., sez. I, 18 giugno 2007, n. 14058).

L'indice di fabbricabilità infatti definisce solo l'entità dell'edificazione che può gravare sulla superficie della zona, ma non è idonea a determinare la natura agricola od edificatoria del suolo, dovendosi piuttosto far riferimento alla destinazione prevista per gli edificandi edifici e potendosi pertanto considerare agricole solo quelle aree in cui sono consentite unicamente costruzioni a carattere rurale e comunque utilizzabili a tale fine.

Preso atto della impossibilità di far riferimento, per giudicare la natura del terreno, unicamente agli indici di fabbricabilità si deve considerare, da una parte, che l'edificabilità non si identifica né si esaurisce in quella residenziale abitativa ma comprende tutte quelle forme di trasformazione del suolo non precluse in linea di principio alla iniziativa dei privati e che sono riconducibili alla nozione tecnica di edificazione (Cass. civ., Sez. Un., 173/2001) e, dall'altra, che può ritenersi agricola un'area destinata a parco privato qualora risulti - a seguito di una verifica basata sulla destinazione del suolo - che le costruzioni realizzabili siano solo quelle a carattere rurale o comunque utilizzabili a tale fine.

La variante di piano e trasformazione dell'area agricola in edificabile

Le aree agricole prospicienti il centro edificato sono destinate in buona parte ad essere utilizzate per i procedimenti di urbanizzazione.

La giurisprudenza ritiene che la localizzazione di un singolo impianto pubblico in zona agricola, in virtù dell'approvazione del progetto, non comporta, ai fini indennitari, l'acquisizione della natura edificabile da parte delle aree che sono assoggettate ad esproprio al fine di realizzazione dell'opera. (Cass. civ., sez. I, 25 giugno 2003, n. 10073).

I GASDOTTI DI INTERESSE LOCALE IN VENETO

Art. 52-sexies del dpr 327/2001. Competenza ai comuni attribuita dallo Stato o attribuibile dalle Regioni? La posizione della Regione Veneto in materia di autorizzazione dei gasdotti di interesse locale

Publicato su EOL in data 20 giugno 2009

VITTORINO FAVARETTO

E' stata pubblicata la legge regionale del Veneto n. 5 del 19 marzo 2009 (BURV 17 marzo 2009 n. 23) per il conferimento di funzioni e compiti amministrativi agli enti locali in materia di autorizzazione dei gasdotti di interesse non nazionale, disciplinando a livello regionale l'applicazione delle integrazioni introdotte al T.U. sulle espropriazioni dal decreto legislativo n. 330 del 27 dicembre 2004 per la realizzazione di infrastrutture lineari energetiche.

Con questo intervento legislativo anche il Veneto si allinea alla totalità delle altre Regioni italiane nella applicazione di tale normativa statale. Allineamento che non significa solo avervi provveduto, anche se a distanza di quattro anni, ma soprattutto aver eliminato una interpretazione applicativa che vedeva il Veneto dissonante rispetto alle altre Regioni in tema di competenza per l'autorizzazione di gasdotti di interesse locale.

Per spiegare tale differenza interpretativa, prima di riprendere brevemente il contenuto del D.Lgs. 330/2004, è opportuno ricordare che in

materia di gasdotti il decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, sulla liberalizzazione del mercato del gas, ha stabilito che i progetti dei gasdotti di trasporto facenti parte della rete nazionale sono approvati e dichiarati di pubblica utilità dal Ministero delle Attività produttive, mentre i gasdotti di distribuzione e i gasdotti di trasporto appartenenti alla rete regionale sono approvati e dichiarati di pubblica utilità dalla Regione (artt. 9 e 30).

Anche per quanto attiene gli elettrodotti le funzioni amministrative non espressamente conservate allo Stato dal decreto legislativo n. 112 del 1998 sono trasferite alle Regioni.

Con il D.Lgs. 330/2004 (G.U. n. 25 del 1-2-2005) vengono approvate disposizioni in materia di espropriazione per pubblica utilità al fine di agevolare la realizzazione di infrastrutture lineari energetiche (gasdotti, elettrodotti, oleodotti e reti di trasporto di fluidi termici, ivi incluse le opere, gli impianti e i servizi accessori connessi o funzionali all'esercizio degli stessi, nonché i gasdotti e gli oleodotti necessari per la coltivazione e lo stoccaggio degli idrocarburi).

Questa integrazione del DPR 327/2001 si presentava come un vero e proprio corpo "autonomo" assumendo la rilevanza di un nuovo capo (Capo II) nel T.U. sugli espropri che si applica, per quando di nuovo essa dispone, ai procedimenti di espropriazione finalizzati alla realizzazione di infrastrutture lineari energetiche (art. 52-bis, comma 6).

Il capo II aggiunto al Titolo III del t.u. peraltro non contiene solo delle disposizioni integrative e correttive dello stesso (es. semplificazione delle procedure di notifica e di pubblicità) applicabili solo alla realizzazione di infrastrutture lineari energetiche ma interviene anche sulla razionalizzazione, l'unificazione e la semplificazione dei procedimenti di approvazione dei progetti di tali infrastrutture.

Rafforza l'onnicomprendività del provvedimento unico, emanato alla fine di un percorso che coinvolge tutti gli enti direttamente e indirettamente interessati e che

1. comprende la valutazione di impatto ambientale, ove prevista dalla normativa vigente, ovvero la valutazione di incidenza naturalistico ambientale di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 settembre 1997, n. 357
2. costituisce variazione degli strumenti urbanistici vigenti e ogni autorizzazione edilizia

3. sostituisce, fatti salvi gli adempimenti previsti dalle norme di sicurezza vigenti, ogni altra autorizzazione, concessione, approvazione, parere e nulla osta comunque denominati necessari alla realizzazione e all'esercizio delle infrastrutture energetiche

4. approva il progetto definitivo, con contestuale dichiarazione di pubblica utilità e le indicazioni di cui all'articolo 16, comma 2, del DPR 327/2001

5. determina l'inizio del procedimento di esproprio di cui al Capo IV del titolo II del t.u..

Il D. Lgs. 330/2004 dava indicazioni procedurali per le reti energetiche nazionali immediatamente cogenti e operava direttamente nei confronti delle Regioni, lasciando loro, nell'ambito della rispettiva potestà legislativa in materia, la scelta di delegare ad altri soggetti, secondo le leggi regionali, il rilascio del provvedimento unico sopra illustrato (artt. 52-bis, comma 7 e 52-sexies, comma 1), attinente le infrastrutture lineari energetiche non facenti parte delle reti energetiche nazionali.

Riservava ai Comuni, senza necessità di alcuna attribuzione da parte della Regione, la competenza delle funzioni amministrative in materia di espropriazione di infrastrutture lineari energetiche che, per dimensioni o per estensione, abbiano rilevanza o interesse esclusivamente locale (52-sexies, comma 2). Era conseguente poi che la indicazione dell'interesse esclusivamente locale poteva essere determinata solo da chi aveva la competenza in materia.

Si può concludere che in materia di competenze il nuovo decreto innova solo il punto in cui affida ai Comuni l'esercizio delle funzioni amministrative in materia di espropriazione di infrastrutture lineari energetiche che, per dimensioni o per estensione, hanno rilevanza o interesse esclusivamente locale, competenza che qualche Regione poteva aver trattato per se o attribuito alle Province.

Ma la Regione Veneto con deliberazione della Giunta regionale n. 2607 del 7 agosto 2006, (BUR Veneto n. 81 del 15/09/2006), quindi con provvedimento regolamentare e non legislativo, aveva ritenuto che con l'attribuzione delle funzioni amministrative in materia di espropriazione (art. 52-sexies, comma 2) il D.Lgs. 330/2004 avesse anche conferito al Comune la competenza del procedimento unificato di cui all'art. 52-quater del D.P.R. 327/2001, e pertanto del rilascio dell'unico provvedi-

USUCAPIBILITÀ' DELLO SPAZIO SOVRASTANTE E SOTTOSTANTE AL SUOLO

Pubblicato su EOL in data 3 maggio 2009

PAOLO LORO

E' *vexata quaestio*¹, fin da tempi remoti, se la proprietà del fondo ricomprenda, nei limiti delle facoltà di godimento, lo spazio sottostante e sovrastante, e se tale spazio possa essere oggetto di autonomo dominio a prescindere dal suolo, nonché oggetto di diritti minori, con conseguente operatività dell'usucapione.

Basterà qui considerare che, per esplicita previsione del primo comma dell'articolo 840 del codice civile, la proprietà del suolo si estende al sottosuolo²; tuttavia questa estensione non deve intendersi *usque ad infe-*

¹ Si rimanda per tutti agli approfonditissimi studi di TENELLA SILLANI, cui si debbono alcune citazioni nelle note che seguono.

² D'AVANZO, *Sottosuolo*, NovissD, XVII, Torino, 1970, 1017; CERULLI IRELLI, *Sottosuolo*, ED, XLIII, Milano, 1990, 179. Non è possibile essere proprietari esclusivamente del suolo, considerato come bene autonomo avulso dal sottosuolo (MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1965, 329), perché il "suolo" non è altro che la superficie del sottosuolo (BIONDI, *Cosa* (diritto civile), NovissD, IV, 1025), la sua faccia esterna, il luogo in cui la materia solida cessa di essere tale, la linea di demarcazione tra il "pieno" e il "vuoto", il punto di congiunzione tra materia e spazio. Suolo e sottosuolo costituiscono un corpo unico, un *continuum* inscindibile, un bene materiale suscettibile nella sua unitarietà – entro il limite inferiore convenzionale del possibile interesse – di possesso e dominio. In materia di condominio la giurisprudenza prevalente ritiene che il suolo corrisponda al livello altimetrico del piano campagna: altre pronunce fanno invece riferimento alla superficie su cui poggia l'edificio, anche se sotterranea (art. 1117.1 n.1 c.c.). Secondo alcuni autori il suolo è la superficie ove opera l'accessione, e dunque anche il lastrico solare (SALIS, *La superficie*, *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1958, 20; cfr. GAL-

ros³, bensì fino al punto in cui il proprietario del suolo abbia interesse⁴ ad escludere l'attività di terzi.

GANO, *I diritti reali su cosa altrui, Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1990, 464). Non sembra in ogni caso possibile, alla luce dell'art. 840, supporre l'esistenza, nella colonna di spazio verticale, di molteplici suoli, sottosuoli e soprassuoli.

³ Secondo la cosiddetta teoria *cuius est solum eius est usque ad caelum et usque ad profundum*, non ammettendosi l'esclusione dalla proprietà del sottosuolo solo perché il proprietario del suolo non abbia voluto o potuto esplorarlo, facendo dunque dipendere l'estensione della proprietà dal grado di attività necessaria per farne uso. « Il diritto di proprietà della terra si estende al sottosuolo senza limiti di estensione: il proprietario ha la facoltà di penetrare con opere di scavo, di sterro, ecc., per ipotesi fino al centro della terra. Non c'è dunque un confine in profondità, come c'è invece orizzontalmente fra predio e predio » Così BRANCA-ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, 7, Bologna, 1992, 167. Cfr., ad esempio, TABEL-OTTOLENGHI-SCALITI, *La proprietà, Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da Bigiavi, Torino, 2, 1981, 58; TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 14, Milano, 1994, 300. La teoria iperbolica "pura", che raffigura la proprietà privata come uno spillo lungo seimila chilometri dalla superficie terrestre all'epicentro del pianeta, è inaccettabile anche solo sul piano meramente ipotetico. Dal punto di vista fisico, basti accennare al fatto che a soli 30 Km di profondità si raggiungono i 900 gradi, temperatura di fusione della roccia nel magma incandescente, che a 100 km di profondità la pressione è tale da comprimere la struttura molecolare del carbonio, che il nucleo terrestre è una impenetrabile sfera di nichel e ferro con una temperatura pari a quella della superficie solare, che con la capacità di trivellazione raggiunta dalla attuale tecnologia non si oltrepassano i 15 chilometri, che le miniere più profonde si attestano, con i più gravosi accorgimenti tecnici, ad un massimo di 3 chilometri, a fronte dei 6.378 chilometri di raggio terrestre. Ma anche sul piano strettamente giuridico la teoria iperbolica, presa alla lettera, non è palesemente sostenibile. Non sono infatti configurabili, negli infera, "proprietà" e di "possesso". La proprietà non può estendersi dove non sia possibile farne uso, dove manca un bene che possa essere goduto e dunque un interesse: « il sottosuolo, che sfugge all'attività dell'uomo e quindi al godimento, è un ignoto, un incerto e non presenta e non può quindi presentare le condizioni dell'utilità, e perciò non entra né può entrare a far parte del *fundus*. Se il diritto nel senso subiettivo è la potestà che si ha sopra un oggetto, ne consegue che quest'oggetto deve essere noto. Il diritto sull'ignoto è inconcepibile, è un assurdo». Così Trib. Vallo di Lucania, 11 luglio 1893, riportato in TENELLA SILLANI, *I limiti verticali della proprietà fondiaria*, Milano, 1994, 273. Non può concepirsi una esistenza puramente "geografica" di un diritto reale di godimento laddove il godimento e la signoria non abbiano alcuna possibilità di manifestarsi (cfr. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, 525, TENELLA SILLANI, cit., 53). Infine la concezione individualistica della proprietà fondiaria, che costituiva il fondamento ideologico della teoria iperbolica, alla luce degli attuali pervasivi limiti legali alla quale essa è sottoposta (a partire dallo stesso secondo comma dell'articolo 840), e alla luce della legislazione mineraria, ha largamente perduto riscontro nel diritto positivo. Quasi tutti gli autori che partono dall'assunto che la proprietà del suolo si estende al sottosuolo, cercano parametri razionali per individuare l'estensione della proprietà. Anche chi continua a sostenere il principio dell'*usque ad infera*, lo tempera di solito considerandolo virtuale, cioè subordinato alle possibilità effettive di raggiungere le profondità incommensurabili: « dovunque si arrivi, la proprietà le va dietro », così BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, a cura di Liserre e Floridia, 2, Torino, 1993, 483. Sul tema, tra i tanti: DE MARTINO, *Della proprietà, Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1976, 182 ss.; GABBA, *Della proprietà usque ad sidera et inferos*. Considerazioni intorno all'art. 440 del codice civile italiano, *Questioni di diritto civile*, I, Torino, 1909, 163 e ss.; MAIORCA, *Lo spazio e i*

Invece la colonna di spazio aereo sovrastante – ove è parimenti consentita, nei limiti dello *ius opponendi*⁵ del proprietario del suolo, l'attività dei terzi, giusta il secondo comma dell'articolo 840 – non fa parte del suolo (art. 840), la cui proprietà, lungi dall'innalzarsi *ad sidera*, cioè virtualmente all'infinito⁶, può estendersi verso l'alto unicamente per il principio dell'accessione (art. 934), nella misura in cui, cioè, vi si congiungano costruzioni, e con il limite dell'eventuale altrui proprietà superficaria (artt. 952 e ss.).

Infatti mentre il sottosuolo è un bene tangibile, la colonna d'aria è uno spazio di relazione che può essere occupato, e che consente il movimento, la circolazione, la permanenza di beni, la costruzione, la coltivazione, e in generale il godimento del fondo secondo le sue prerogative e caratteristiche, ma non è un bene direttamente disponibile⁷. La giuri-

limiti della proprietà fondiaria, Torino, 1934. D'AVANZO, cit., 1019; LURASCHI, *Appunti per una nuova interpretazione dell'art. 840 codice civile*, in *Rivista di diritto minerario*, 22, 1971, 114.

⁴ Il limite all'estensione della proprietà nel sottosuolo «deriva dalla natura stessa del diritto, il quale trova de' confini nell'interesse che n'è il sostrato, nell'attività dell'uomo che n'è il soggetto, nella coesistenza sociale in cui esso si attua» N. COVIELLO, *Della superficie*, AG, XLVIII, 1892, 17.

⁵ L'esercitabilità dello *ius opponendi* non presuppone necessariamente la proprietà dello spazio ove ciò avviene: lo *ius opponendi* coincide verso il basso, ma non verso l'alto con la proprietà.

⁶ Anche verso l'alto ha imperversato la teoria dell'iperbole, con un riscontro rispetto alla realtà naturale su cui non mette conto soffermarsi. Cfr. AMBROSINI, *Ordinamento giuridico della navigazione aerea*, NDI, XVII, Torino, 1939, 261; RICCOBONO, *Il diritto sullo spazio aereo secondo il diritto romano*, *Rivista di diritto aeronautico*, 1932, 141; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, traduzione italiana a cura di Fadda e Bensa, I, 2, Torino, 1925, § 168, 118. La maggior parte degli autori contemporanei, o ritiene – nel presupposto che lo spazio sia un bene oggetto di diritti – che la proprietà abbia un confine verso l'alto, facendolo di norma coincidere con il punto ove si perde l'interesse ad opporsi all'attività di terzi di cui al secondo comma dell'art. 840, o ritiene, nel senso sopra esposto, che la proprietà non si estenda affatto verso l'alto perché lo spazio non è un bene oggetto di diritti, ma un luogo di relazione, ove si svolge l'*agere licere* del *dominus fundi* nei limiti dell'articolo 840. Nel primo senso, TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 2007, 549. Cfr. ZATTI-COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, 4, 1993, 216; GALGANO, *Diritto privato*, 7, Padova, 1992, 121; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 9, 1991, 547; DE CUPIS, *Istituzioni di diritto privato*, 4, Milano, 1987, 207. Nel secondo senso SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9, Napoli, 1989, 56; GIORGIANNI, *La distribuzione dell'area fabbricabile fra i condomini del suolo*, *Scritti minori*, Napoli, 1988, 369; TABEL-OTTOLENGHI-SCALITI, cit., 61; PUGLIESE, cit., 592; QUARANTA, *Beni e proprietà in generale*, *Commentario teorico-pratico al codice civile*, diretto da De Martino, Roma, 1970, 385; DE RUGGIERO-MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, 9, I, Milano, 1967, 36; COTTINO, *Occupazione dello spazio aereo e violazione del diritto di proprietà*, *Foro Padano (FP)*, 1950, I, 1203; PUGLIATTI, *Della proprietà*, *Commentario del codice civile*, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1942, 155; LUCCI, *Del diritto di superficie*, in FIORE-BRUGI, *Il diritto civile italiano*, VI, Napoli-Torino, 1927, 135.

⁷ «Così se io permetto al vicino di fare aggetti o sporgenze sul mio, di invadere, come si suol dire, la sfera della mia proprietà, non ho inteso di alienargli lo spazio, ma di permettergli di occuparlo, e questa non è vendita di qualche cosa, ma costituzione di una servitù» SEGRÉ, *Sulla conces-*

INESISTENTE LA DICHIARAZIONE DI PU MANCANTE DELL'IDENTIFICAZIONE DEL DESTINATARIO

TRIBUNALE DI CASSINO del 12/03/2009
Relatore: Simona Rossi - Presidente: Simona Rossi

GIUDIZIO --> GIURISDIZIONE E COMPETENZA --> OCCUPAZIONE ILLEGITTIMA --> ESERCIZIO/CARENZA DI POTERE

Sintesi: Alla luce delle sentenze della Corte Cost. n. 204/2004 e 191/2006, l'attribuzione al G.A. della tutela risarcitoria, che si fonda sull'esigenza di concentrare davanti ad un solo giudice l'intera tutela del cittadino, viene meno solo qualora la P.A., con il comportamento censurato, non abbia attuato, nemmeno mediamente, il proprio potere di cura dell'interesse pubblico; pertanto ove l'amministrazione agisca in carenza di potere ovvero in via di mero fatto, è illegittima la devoluzione in via esclusiva al G.A. in luogo del G.O.

Estratto: « In tale contesto è intervenuta la Corte Costituzionale che, con le pronunce n. 204 del 6.7.04 e n. 281 del 28.7.04 ha dichiarato l'illegittimità in parte qua degli art. 33 e 34 del D.Lgs. 80/98, come sostituiti dall'art. 7, L. 205/00 e, con riferimento alla seconda disposizione, nella parte in cui devolveva alla giurisdizione esclusiva del G.A. anziché le sole controversie aventi ad oggetto "gli atti ed i provvedimenti amministrativi", anche quelle afferenti "comportamenti della P.A.", così riportando nella cognizione del G.O. tutte quelle fattispecie, per l'appunto comportamentali della pubblica autorità, non involgenti l'esercizio della pubblica potestà, perché carenti, in astratto od in concreto. Secondo un indirizzo giurisprudenziale di legittimità delineatosi dopo l'arresto della Consulta (cfr., in tal senso, Cass. civ., sez. un., ord., 22.11.04, n. 21944; Cass. civ., sez. un., ord., 17.11.04, n. 21710, Cass. civ., sez. un., 17.11.05, n. 23241), tra i "meri comportamenti" rientravano quelli che si erano concretizzati nell'irreversibile trasformazione del bene privato (c.d. accessione invertita), a seguito di una dichiarazione di pubblica utilità non seguita nei termini di legge, da un formale decreto di esproprio (c.d. occupazione acquisitiva) e le ipotesi di c.d. occupazione usurpativa, ove la trasformazione irreversibile del fondo si produceva in una situazione in cui mancava del tutto - sia ab initio che in via successiva - la dichiarazione di pubblica utilità. Sempre secondo detto indirizzo, ai fini della determinazione della giurisdizione, occorre avere riguardo al c.d. "petitum sostanziale", identificato non tanto in funzione della concreta statuizione richiesta, ma anche e soprattutto in funzione della causa petendi, ossia dell'intrinseca natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio, così riaffermando, come criterio per individuare la giurisdizione, l'alternativa diritto soggettivo - interesse legittimo, che sembrava essere stata abbandonata dal legislatore del 1998 (cfr., tra le altre, Cass. civ., sez. un., ord., 20123/05; Cass. civ., sez. un., 17.11.05, n. 23241). In tale contesto è di nuovo intervenuta la Corte Costituzionale che, con la pronuncia n. 191 dell'11.5.06, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, c. 1, D.Lgs. 8.6.01, n. 325, nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie relative ai "comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati, non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente all'esercizio di un pubblico potere", precisando che nelle ipotesi in cui i provvedimenti causativi di danno ingiusto costituiscono esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi e sono quindi riconducibili all'esercizio di un pubblico potere, la norma si sottrae alla censura di illegittimità costituzionale, costituendo anche tali comportamenti esercizio, anche se viziato, della funzione pubblica della p.a. Da ciò ne discende che l'attribuzione al G.A. della tutela risarcitoria, che si fonda sull'esigenza di concentrare davanti ad un solo giudice l'intera tutela del cittadino, viene meno solo qualora la P.A., con il comportamento censurato, non abbia attuato, nemmeno mediamente, il proprio potere di cura dell'interesse pubblico. Nel caso preso in esame dalla Corte -

ove si discuteva di una irreversibile e radicale trasformazione del fondo a seguito di una valida dichiarazione di pubblica utilità a cui poi non era seguito il decreto di esproprio - si è precisato che qualora il comportamento causativo di un danno ingiusto costituisca esecuzione di un provvedimento amministrativo (dichiarazione di pubblica utilità e/o indifferibilità ed urgenza), tale comportamento è riconducibile all'esercizio del pubblico potere, pur se viziato da illegittimità, con conseguente giurisdizione del G.A. Al contrario, qualora l'amministrazione agisca in carenza di potere ovvero in via di mero fatto è illegittima la devoluzione in via esclusiva al G.A. in luogo del G.O.»

GIUDIZIO --> GIURISDIZIONE E COMPETENZA --> OCCUPAZIONE ILLEGITTIMA --> OCCUPAZIONE APPROPRIATIVA ED USURPATIVA --> OCCUPAZIONE USURPATIVA O SINE TITULO

Sintesi: Secondo i criteri di riparto della giurisdizione affermati dalla Suprema Corte di Cassazione, nell'ambito delle occupazioni illegittime, vanno ascritte nella giurisdizione del GO tutte le forme di occupazione usurpativa, nella quale la trasformazione irreversibile del fondo si determina in carenza di titolo e, cioè, nella mancanza ab initio (c.d. occupazione usurpativa c.d. "pura") di una dichiarazione di PU, mai formalmente o comunque efficacemente dichiarata, nonché di occupazione usurpativa c.d. spuria, che si determina quando la dichiarazione di p.u., validamente posta in essere, venga poi annullata con efficacia ex tunc, ovvero divenga inefficace per inutile decorso dei termini.

Estratto: « Tali criteri discernitivi riparto di giurisdizione sono stati poi riaffermati dalla Suprema Corte di Cassazione (ordinanze n. 13659 del 13.6.06; n. 13660 del 13.6.06; n. 13911 del 15.6.06), ove è stato ribadito che "quante volte si sia in presenza di atti riferibili, oltre che ad una pubblica amministrazione, a soggetti ad essa equiparati ai fini della tutela giudiziaria del destinatario del provvedimento e l'atto sia capace di esplicare i propri effetti perché il potere non trova ostacolo in diritti incompressibili della persona la tutela giudiziaria deve essere chiesta al Giudice amministrativo. Gli potrà essere chiesta la tutela demolitoria e, insieme o successivamente la tutela risarcitoria completava". Soltanto qualora la P.A. abbia agito in via di fatto, ovvero in carenza di potere, cioè ponendo in essere dei meri comportamenti che non abbiano connessione alcuna con l'esercizio del potere autoritativo, si potrà ritenere radicata la competenza del G.O. In particolare, la tutela giurisdizionale contro l'agire illegittimo della pubblica amministrazione spetta al giudice ordinario quante volte il diritto del privato non sopporti compressione per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo ovvero, se lo sopporti, quante volte l'azione della P.A. non trovi risponenza in un precedente esercizio del potere, come, ad esempio, quando la lesione del patrimonio privato sia l'effetto indiretto di un esercizio illegittimo o mancato di poteri, ordinati a tutela del privato (cfr., in termini, Cass. civ., sez. un., n. 13659 del 13.6.06; Cass. civ., sez. un., 4.5.06, n. 10222). Nell'ambito delle occupazioni illegittime, secondo il succitato indirizzo di legittimità - che, di recente, ha trovato ulteriore conferma (cfr., Cass. civ., sez. un., 3723/07; Cass. civ., sez. un., 9847/07; Cass. civ., sez. un., 14794/07 - vanno pacificamente ascritte nella giurisdizione del giudice ordinario tutte le forme di occupazione usurpativa, nella quale la trasformazione irreversibile del fondo si determina in carenza di titolo e, cioè, nella mancanza ab initio (c.d. occupazione usurpativa c.d. "pura") di una dichiarazione di pubblica utilità, mai formalmente o comunque efficacemente dichiarata, per cui la P.A. agisce sin dall'inizio in carenza di potere e, quindi, in assenza dei presupposti di legge per poter validamente incidere sulle posizioni soggettive dei privati così da degradarle ad interessi legittimi. Nella cognizione del giudice ordinario rientra anche - sebbene la questione presenti maggiori profili di problematicità, in quanto essendovi a monte una valida dichiarazione di p.u., poi divenuta illegittima, l'occupazione potrebbe non atteggiarsi a mero comportamento, ma porsi come una condotta esecutiva di un provvedimento, costituente

esercizio sia pure mediatamente riconducibile alla funzione pubblica - la occupazione usurpativa c.d. spuria, che si determina quando la dichiarazione di p.u., validamente posta in essere, venga poi annullata con efficacia ex tunc, ovvero divenga inefficace per inutile decorso dei termini previsti per l'esecuzione dell'opera pubblica. La giurisdizione del giudice ordinario viene giustificata con il rilievo che tali occupazioni - sia che il privato invochi la tutela restitutiva sia che, attraverso un'abdicazione implicita al diritto dominicale, opti per il risarcimento del danno - non possono che ritenersi di mero fatto o in carenza assoluta di poteri autoritativi della p.a. la quale, agendo oltre i termini stabiliti dalla legge, in sostanza tiene un comportamento non diverso di quello di un privato che leda diritti dei terzi, i quali potranno chiedere tutela al giudice ordinario, trattandosi di illecito in nessun modo ricollegabile all'esercizio di poteri amministrativi. Ancora di recente la Suprema Corte, con riferimento ai criteri generali di riparto della giurisdizione, ha ribadito che il criterio di riparto tra g.o. e g.a. si individua nel *petitum* sostanziale come sopra definito e, quindi, essenzialmente, sul binomio diritti - interessi (cfr., Cass. civ., sez. un., 3188/07; Cass. civ., sez. un., 3195/07; Cass. civ., sez. un., 10375/07) ma, nella considerazione dell'estendersi delle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del G.A., ha affermato che dovere dell'interprete sia quello di esaminare, con precedenza sulle altre questioni, se la situazione sostanziale dedotta sia o meno rientrante in una delle particolari materie riservate alla giurisdizione esclusiva e, quindi, riguardo all'urbanistica, se si controverta su aspetti di gestione del territorio e se sia ravvisabile l'esercizio di poteri amministrativi o viceversa un comportamento senza poteri (cfr., Cass. civ., sez. un., 9325/07).»

PUBBLICA UTILITÀ --> DICHIARAZIONE DI P.U. --> EFFETTO

Sintesi: La dichiarazione di PU non può essere considerata un atto meramente preparatorio del procedimento espropriativo, trattandosi invece di atto necessario e presupposto tanto del provvedimento di occupazione d'urgenza che del decreto di espropriazione.

PATOLOGIA --> DICHIARAZIONE DI PUBBLICA UTILITÀ

Sintesi: E' posta in essere in assoluta carenza di potere l'apprensione di un suolo privato da parte della P.A. in forza di una dichiarazione di pubblica utilità che, non contenendo l'esatta identificazione del destinatario dell'atto ablativo e, conseguentemente, non potendosi ritenere rivolta all'effettivo proprietario del bene, né portata a conoscenza di questo, non è in grado di validamente incidere sulla sua posizione giuridica soggettiva e degradarla a mero interesse legittimo.

Sintesi: La dichiarazione di pubblica utilità mancante dell'esatta identificazione del destinatario, deve considerarsi giuridicamente inesistente, mancando di un requisito essenziale dell'atto amministrativo.

GIUDIZIO --> GIURISDIZIONE E COMPETENZA --> OCCUPAZIONE ILLEGITTIMA --> DICHIARAZIONE DI PU --> ASSENZA

Sintesi: Va equiparata alla carenza ab origine del titolo legittimante, una dichiarazione di pubblica utilità giuridicamente inesistente perché mancante di uno dei requisiti essenziali previsti dalla legge (nel caso di specie esatta identificazione del destinatario); ciò in quanto la stessa determina l'incapacità della susseguente occupazione a porsi come espressione dell'interesse pubblico con conseguente natura usurpativa di tale occupazione e giurisdizione del GO.

Estratto: « Nel caso di specie, sulla base del *petitum* sostanziale prospettato dall'attrice, che ha denunciato l'illegittimità della procedura ablatoria posta in essere dall'Ente convenuto, perché, non essendo stato correttamente identificato dall'ente espropriante il destinatario del procedi-