

L'ACQUISIZIONE SANANTE EX ART. 43 T.U. IN TEMA DI ESPROPRIAZIONE: IERI "VIA D'USCITA LEGALE" PER LE OCCUPAZIONI *SINE TITULO*, OGGI *MONSTRUM* GIURIDICO, BANDITO DALL'ORDINAMENTO GIURIDICO NAZIONALE

della Dott.ssa Valentina Pavone

L'A., dopo aver ricostruito il panorama normativo vigente in tema di occupazioni illegittime di fondi di soggetti privati da parte della pubblica amministrazione, illustra le peculiarità dello strumento dell'acquisizione sanante, previsto nell'art. 43 del d.P.R. n. 327/2001, e, analizzandone le criticità, dà conto della recente pronuncia della C. cost., 8.10.2010, n. 393, che ne ha sancito l'incostituzionalità

La Costituzione italiana (art. 42) riconosce e tutela il diritto di proprietà dei privati, rinviando alla fonte legale il compito di definirne i modi di acquisto e di godimento, da un lato, e i limiti nell'esercizio, dall'altro, al fine di "assicurare la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti".

Lo stesso legislatore costituente individua il procedimento di esproprio quale strumento legale idoneo a comprimere l'esercizio del diritto di proprietà.

L'espropriazione per pubblica utilità è oggi disciplinata nel d.P.R. 8.6.2001, n. 327, recante disposizioni legislative e regolamentari in materia, che costituisce il paradigma dei c.d. testi unici di nuova generazione, aventi cioè una duplice funzione: in primo luogo quella di riordinare e razionalizzare la normativa del settore e in secondo luogo quella di introdurre disposizioni normative nuove che si rendano necessarie al coordinamento e all'armonizzazione dell'intera normativa.

Il principio di legalità dell'azione amministrativa nell'ambito dei procedimenti ablatori è stato ribadito dal legislatore nazionale nell'art. 2 del T.U., a norma del quale la compressione del diritto di proprietà, per effetto delle procedure volte all'espropriazione di pubblica utilità, può essere disposta solo nei casi previsti dalla legge e da fonti regolamentari.

A dispetto di ciò, la prassi amministrativa è stata contrassegnata da forme di esproprio di fatto, avvenute, cioè, attraverso la costru-

zione di opere pubbliche su aree acquisite *sine titulo*, ovvero al di fuori dell'iter procedimentale stabilito per l'emanazione del provvedimento d'esproprio, e illecitamente trasformate, proprio per effetto della costruzione dell'opera.

La giurisprudenza civile ha ribattezzato tali comportamenti illegittimi con due diversi *nomen*, per descrivere due forme di occupazione da parte della pubblica amministrazione delle aree dei privati, diverse per presupposti e per conseguenze in punto di tutela giurisdizionale attivabile: si è parlato di occupazione acquisitiva/appropriativa (o accessione invertita) e di occupazione usurpativa.

L'occupazione acquisitiva/appropriativa (o accessione invertita) è un istituto di origine pretoria, il cui *leading case* si rinviene nella pronuncia della Cass. sez. un. 26.2.1983, n. 1464, che deriva da un procedimento espropriativo contrassegnato da un'anomalia. Il procedimento ablatorio, infatti, inizia con una valida dichiarazione di pubblica utilità e si conclude irregolarmente, poiché, senza alcun decreto di esproprio, la pubblica amministrazione acquisisce l'area, irreversibilmente trasformata per effetto della costruzione dell'opera.

In altri termini la fattispecie della occupazione acquisitiva è contrassegnata dall'esistenza della dichiarazione di pubblica utilità, dal successivo decreto di occupazione d'urgenza, dalla trasformazione irreversibile del fondo per la costruzione dell'opera, implican-

te la perdita del diritto di proprietà per accessione invertita, appunto, e dalla scadenza del termine di occupazione legittima senza l'emanazione del provvedimento finale, ovvero senza decreto di esproprio. La giurisprudenza civile ravvisa, inoltre, un'ulteriore ipotesi di occupazione acquisitiva, anche laddove manchi, dopo la dichiarazione di pubblica utilità, il provvedimento di occupazione d'urgenza e si verifichi l'irreversibile trasformazione dell'area. Tra le due ipotesi illustrate ciò che muta è il momento dal quale può farsi decorrere il termine di prescrizione del diritto del privato ad ottenere il risarcimento dei danni subiti per effetto della perdita del proprio diritto di proprietà: quando manca il decreto di occupazione d'urgenza, l'acquisto a titolo originario avviene nel momento di irreversibile trasformazione del fondo, quindi da tale momento decorre il termine di prescrizione; quando l'opera è ultimata nel corso dell'occupazione legittima, per la presenza del decreto d'occupazione d'urgenza, il termine di prescrizione decorre dal termine di scadenza del periodo di occupazione legittima.

L'occupazione acquisitiva è divenuta un nuovo modo di acquisto a titolo originario della proprietà del fondo del privato in favore del soggetto pubblico, sulla base del meccanismo dell'accessione civilistica di cui all'art. 936 operante a contrario (di qui la denominazione accolta dalla dottrina di accessione invertita).

La norma dell'art. 936, rubricata "*opere fatte da un terzo con materiali propri*", è ispirata al principio espresso nel brocardo latino *quidquid inaedificatur solo coedit*, in base al quale il proprietario del fondo acquisisce la proprietà sulle opere costruite da un terzo, salvo il divieto generale dell'indebito arricchimento di cui al c.c. 2041, per il quale a nessuno è consentito accrescere il proprio patrimonio con danno altrui. Quando il terzo assume la qualificazione giuridica di pubblica amministrazione tale meccanismo, secondo la ricostruzione della giurisprudenza del giudice civile, opera con un'inversione, poiché viene attribuita al soggetto pubblico, terzo nella fattispecie, la titolarità del proprietà del suolo, originariamente del privato.

L'occupazione usurpativa, anch'essa di o-

rigine pretoria, è un istituto che si configura quando l'occupazione del suolo viene posta in essere in mancanza di dichiarazione di pubblica utilità. Tale circostanza prende corpo laddove il provvedimento *de quo* manchi *ab initio*; quando venga meno per effetto di una pronuncia giurisdizionale di annullamento; ovvero quando venga meno per inefficacia, determinata dalla scadenza dei termini per inizio dei lavori. In questo caso manca il formale legame teleologico tra l'opera costruita e l'interesse pubblico. Non opera il meccanismo di acquisizione del diritto di proprietà, poiché il nesso teleologico tra l'opera e l'interesse pubblico, se esistente, non si fonda su di un provvedimento amministrativo, formale espressione della funzione amministrativa, ma solo su di un mero fatto materiale. L'acquisizione del diritto di proprietà sull'area usurpata si configura come un effetto eccezionale, derivante o da una precisa volontà del privato che preferisce il risarcimento dei danni alla retrocessione del bene o da ragioni legate alla eccessiva onerosità delle operazioni di rimozione dell'opera, ai sensi dell'art. 2058, o da ragioni di opportunità, legate alla constatazione che la restituzione dell'area inciderebbe su interessi circoscritti alla realtà locale, ai sensi dell'art. 2933 c.c..

L'individuazione del giudice avente giurisdizione sulle controversie derivanti dalle occupazioni illegittime, aventi natura acquisitiva e usurpativa, non è stata un'operazione semplice, poiché la problematica si è fondata su di un dato normativo in continua evoluzione.

Sotto la vigenza della l. TAR, testo storico, il privato leso da occupazione acquisita doveva proporre la domanda di risarcimento danni dinanzi al giudice ordinario¹, anche laddove fosse intervenuto dopo la scadenza dei termini di occupazione del fondo il decreto di esproprio, trattandosi in questo caso di provvedimento amministrativo emanato in carenza di potere²; nel caso di occupazione usurpativa era il giudice ordinario a doversi occupare sia della domanda di risarcimento dei danni sia della istanza di retrocessione del bene. Nel

¹ Cfr. *ex plurimis* Cass., sez.un., 2997/1989; Cass., SS.UU., n. 3843/1989.

² Cfr. *ex plurimis* Cass., sez.un., 12206/1990.

quadro normativo venutosi a formare con l'art. 34 del d. lgs. n. 80 del 1998, come novellato dalla l. n. 205/2000, la giurisprudenza maggioritaria³ riteneva sussistente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia per le controversie relative ad ipotesi di occupazione acquisitiva sia per le controversie relative ad ipotesi di occupazione usurpativa, poiché entrambe potevano qualificarsi come comportamenti amministrativi afferenti alla materia dell'urbanistica, rientranti, secondo la formula dell'art. 34 d. lgs. 80/1998, nella sfera giurisdizionale del giudice amministrativo in via esclusiva.

Tale indirizzo giurisprudenziale, detto onnicomprensivo poiché riconduceva tutte le controversie connesse alle distinte ipotesi di occupazione abusiva sotto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁴, è stato confermato con l'entrata in vigore del d.P.R. n. 327/2001: l'art. 53 del d.P.R., prima norma del capo sulla tutela giurisdizionale, ha ribadito, nella sua originaria formulazione, la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le vertenze aventi ad oggetto, oltre che gli atti, i provvedimenti e gli accordi, anche i comportamenti delle pubbliche amministrazioni, conseguenti all'applicazione delle disposizioni contenute nel t.u.

L'articolato normativo del d.P.R. n. 327 si è interessato della prassi delle occupazioni illegittime introducendo l'istituto dell'acquisizione sanante nel disposto dell'art. 43.

Il legislatore del 2001, infatti, al fine di evitare le condanne da parte della CEDU, che aveva cassato la prassi della espropriazione indiretta, ritenendola in violazione del principio di proprietà tutelato dall'art. 1 della Convenzione, ed in coerenza con il principio di legalità affermato in materia, ha dato veste legale alle occupazioni *sine titulo*, contemplando la procedura di acquisizione in sanatoria dell'area illegittimamente occupata, ai

sensi dell'art. 43.

Si tratta di un provvedimento di natura discrezionale che, all'esito di una valutazione comparativa degli interessi coinvolti, può essere disposto dalla pubblica amministrazione che abbia occupato e modificato illegittimamente un immobile per scopi di interesse pubblico, o in assenza di una valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità ovvero in forza di dichiarazione di pubblica utilità annullata, ovvero in assenza di un valido ed efficace decreto di esproprio, ovvero in forza di un decreto di esproprio successivamente annullato.

Tale provvedimento amministrativo con effetto sanante opera, quindi, sia con riguardo alle ipotesi di occupazioni illegittime di natura appropriativa sia con riguardo alle ipotesi di occupazioni illegittime di natura usurpativa: alla prevalenza del principio di conservazione dell'azione amministrativa sulla tutela del diritto di proprietà del privato – che comporta l'acquisizione alla mano pubblica del fondo – fa da contraltare la previsione di un obbligo di risarcimento danni in capo alla pubblica amministrazione.

Il quadro normativo, così delineato, ha subito un'ulteriore modifica per effetto della giurisprudenza della C. cost., intervenuta sulla formulazione dell'art. 34 del d. lgs. n. 80/1998, e, per quanto concerne la tematica espropriativa, dell'art. 53 del d.P.R. n. 327/2001.

La sentenza della Consulta n. 204/2004, intervenendo sul contenuto dell'art. 34, ha chiarito che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sussiste per le controversie derivanti da un comportamento amministrativo in senso proprio, poiché espressione del potere autoritativo della pubblica amministrazione; in linea con tale indirizzo, la sentenza costituzionale 191/2006, incidendo sul disposto dell'art. 53 del d.P.R. n. 327, ha affermato la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo per le controversie aventi ad oggetto comportamenti dell'amministrazione connessi all'esercizio della funzione pubblica, ovvero quando, come nel caso di occupazione acquisitiva, l'occupazione del fondo sia avvenuta *de iure*, in presenza cioè di una dichiarazione di pub-

³ Cfr. *ex plurimis* Cass., sez. un., 15843/2003; Cass., sez. un., 5055/2004; CdS, V, n. 373/2004.

⁴ Non può sottacersi l'indirizzo, seppur minoritario, espresso la Corte di Cassazione che ha dichiarato di propria spettanza le controversie connesse alle fattispecie di occupazione usurpativa, trattandosi di meri comportamenti materiali produttivi di danno ingiusto. Cfr. *ex plurimis* Cass. sez. un. 6.6.2003, n. 9139, in *Urb. e App.*, 2003, 1293

blica utilità, successivamente venuta meno per inefficacia o invalidità.

In altri termini la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste nelle controversie riguardanti le fattispecie di occupazione appropriativa; diversamente sussiste la giurisdizione del giudice ordinario per la risoluzione delle controversie riguardanti le fattispecie di occupazione usurpativa.

La giurisprudenza dei giudici della Consulta ha trovato conferma nelle pronunce dei supremi consessi civili e amministrativi⁵.

L'Ad.Plen. del CdS, con la pronuncia n. 4/2005 e successivamente n. 9 dello stesso anno, ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo in via esclusiva delle controversie connesse ad occupazione acquisitiva, sia laddove tale fattispecie sia originata da inefficacia del decreto d'occupazione d'urgenza sia laddove tale fattispecie sia originata da invalidità del medesimo decreto per effetto di pronuncia giurisprudenziale: nelle due ipotesi la posizione giuridica soggettiva del privato sarà rispettivamente di interesse legittimo e di diritto soggettivo ma la lesione è in entrambi i casi riconducibile ad un comportamento eziologicamente connesso all'esercizio della funzione pubblica, *“pur se in un momento nel quale quest'ultimo risulta ormai mutilato della sua forza autoritativa per la sopraggiunta inefficacia disposta dalla legge per la mancata conclusione del procedimento”*⁶

Il contestato istituto della utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico, conosciuto come acquisizione sanate coattiva, previsto nell'art. 43 del t.u. in materia espropriativa ritorna all'attenzione della Corte costituzionale, che ne ha dichiarato la illegittimità costituzionale, con la pronuncia 8.10.2010, n. 293.

⁵ Cfr. *ex plurimis*, Cass. sez.un., 26793/2008 e CdS, Ad. plen., nn. 4/2005 e 9/2005.

⁶ CdS Ad. Plen., n. 4/2005. Nel medesimo senso cfr. CdS, Ad. Plen., n. 9/2005, che riflettendo su di una ipotesi di occupazione acquisitiva contrassegnata da una dichiarazione di pubblica utilità, annullata per effetto di una pronuncia giurisdizionale, afferma che tale circostanza non recide il legame esistente tra il comportamento della pubblica amministrazione e l'esercizio del potere pubblico, seppur illegittimamente concretizzatosi.

L'eccezione di incostituzionalità dell'art. 43 del d.P.R. n. 327/2001 è stata sollevata dal Tribunale amministrativo regionale per la Campania, con tre ordinanze di identico tenore, nn. 114, n. 115, n. 116 del 2009 – pronunciate nell'ambito di giudizi aventi ad oggetto occupazioni illegittime.

Il TAR campano dubita della legittimità costituzionale di tale norma, per violazione degli artt. 3, 24, 42, 76, 97, 113 e 117, cost..

Con particolare riguardo agli artt. 3, 24, 42, 97 e 113 cost., il Tribunale evidenzia come l'emanazione del provvedimento in parola, diretto ad evitare la restituzione del bene e a sanare la pregressa illegalità, *“avrebbe assunto la natura di strumento «ordinario», attraverso il quale «si legalizza l'illegale»*.

L'esercizio del potere amministrativo in tale circostanza avrebbe messo in discussione le garanzie costituzionali del diritto di proprietà di cui all'art. 42, cost.: l'uso di tale strumento si presta, infatti, ad un concreto abuso poiché ben difficilmente nella pratica è possibile immaginare ipotesi in cui l'amministrazione non possa giustificare il proprio operato, con la necessità di perseguire uno scopo pubblico.

Con riguardo alla non conformità all'art. 117 Cost., il Tribunale, dopo aver richiamato la pronuncia costituzionale n. 349 del 2007, con riguardo al rapporto fra norma statale ed obblighi derivanti dalla CEDU, assume che la norma censurata non sarebbe conforme ai principi della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata e resa esecutiva con l. 4.8.1955, n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952), in base ai quali il diritto di proprietà potrebbe essere acquistato dall'amministrazione soltanto attraverso l'emanazione di un formale provvedimento amministrativo, e all'art. 6 (F) del Trattato di Maastricht (modificato dal Trattato di Amsterdam), in base al quale *«l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà»*

fondamentali, [...] in quanto principi generali del diritto comunitario».

Da ultimo, i remittenti censurano l'art. 43 anche sotto il profilo della non conformità al disposto dell'art. 76, cost., in quanto l'art. 7, co. 2, lett. d) della l. delega 8.3.1999, n. 50 (Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi – l. di semplificazione 1998) avrebbe delegato al Governo il mero “*coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti, apportando, nei limiti di detto coordinamento, le modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa anche al fine di adeguare e semplificare il linguaggio normativo*”.

La C. cost. con la declatoria di incostituzionalità dell'art. 43 parte proprio da quest'ultimo rilievo e, attraverso l'analisi dell'istituto *de quo*, evidenzia come il meccanismo di acquisizione sanante prevista dall'art. 43 d.P.R. n. 327/2001 sia, viceversa, connotato da numerosi aspetti di novità, rispetto sia alla disciplina espropriativa oggetto delle disposizioni espressamente contemplate dalla legge-delega, sia agli istituti di matrice prevalentemente giurisprudenziale. Di qui il vizio di eccesso di delega rilevante *ex art. 76 cost.*

La Corte precisa, inoltre, che la scelta seguita dal nostro legislatore è solo una delle possibili strade percorribili, sulla cui legittimità la stessa Corte non riesce a nascondere

le sue riserve: il legislatore avrebbe potuto conseguire tale obiettivo e disciplinare in modi diversi la materia, ad esempio garantendo la restituzione del bene al privato, in analogia con altri ordinamenti europei.

La Consulta, infine, ricordando le considerazioni svolte dalla Corte di Strasburgo, la quale, infatti, sia pure incidentalmente, ha, a più riprese, affermato che l'espropriazione indiretta si pone in violazione del principio di legalità, perché non è in grado di assicurare un sufficiente grado di certezza e permette all'amministrazione di utilizzare a proprio vantaggio una situazione di fatto derivante da «azioni illegali», e ciò sia allorché essa costituisca conseguenza di un'interpretazione giurisprudenziale, sia allorché derivi da una legge – con espresso riferimento all'articolo 43 del T.U. oggetto di censura –, in quanto tale forma di espropriazione non può comunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione adottata secondo «buona e debita forma»⁷, ribadisce che la mera trasposizione in legge di un istituto, in astratto suscettibile di perpetuare le stesse negative conseguenze dell'espropriazione indiretta, sia insufficiente di per sé a risolvere il grave *vulnus* al principio di legalità, e ne dichiara l'espulsione dal nostro ordinamento giuridico.

⁷ CEDU, Sciarrotta e altri c. Italia, Sez. III, 12.1. 2006, ricorso n. 14793/02.