

LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 293/2010: CONSEGUENZE DELLA DECLARATORIA DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLA NORMA SULLA C.D. ACQUISIZIONE SANANTE

dell'Avv. Domenico Tomassetti

Possibili contrasti giurisprudenziali in materia di occupazioni illegittime in seguito alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art.43 del d.P.R. n.327/2001

La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 43 del d.P.R. n. 327/01 (Testo Unico sulle Espropriazioni), di cui alla sentenza della C. cost. n. 293 dell'8.10.2010, ha privato la pubblica amministrazione di uno strumento legale (c.d. acquisizione sanante) per potere comunque addivenire al risultato dell'acquisizione del bene privato al patrimonio indisponibile della PA anche in presenza di un procedimento di espropriazione illegittimo (c.d. occupazione illegittima) ovvero divenuto inefficace.

Per meglio descrivere il vuoto normativo lasciato dalla espunzione dall'ordinamento giuridico di tale disposizione legislativa, è opportuno sintetizzare il concetto di occupazione illegittima nonché i meccanismi elaborati dalla giurisprudenza per consentire alla amministrazione, comunque, di acquisire il bene immobile privato nonostante il procedimento di espropriazione presenti delle patologie e non sia, quindi, conforme a legge.

E' chiaro, infatti, che un procedimento ablatorio, per essere conforme, in primo luogo, all'art. 42 cost., deve innanzitutto essere sorretto da un concreto interesse pubblico che giustifichi l'esproprio (*id est* il sacrificio del diritto dominicale del privato) e, ovviamente, deve essere eseguito nel rispetto della legge. Diversamente non si giustificerebbe la *ratio* del regime indennitario, in luogo di quello risarcitorio, nei confronti del privato inciso previsto dal medesimo art. 42 cost. che, come noto, presuppone l'esercizio di un'attività lecita e non *contra ius*, nonché la dichiarata prevalenza del pubblico interesse sul diritto di proprietà.

Pertanto occorre innanzitutto distinguere tra espropri legittimi (che danno luogo ad in-

dennità in seguito all'adozione del decreto di esproprio ovvero in seguito alla cessione volontaria di cui all'art. 20 del d.P.R. n. 327/01) ed occupazioni illegittime che, in via di principio, dovrebbero condurre al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c. ovvero, al più, secondo le regole del c.d. contatto sociale qualificato (ed applicazione dei principi della responsabilità contrattuale).

Orbene, una occupazione è sicuramente illegittima quando manchi *ab initio* il potere di espropriare (carezza di potere in astratto produttiva di nullità ai sensi dell'art. 21 *septies* della l. n. 241/90 e s.m.i.) ovvero quando il potere si è esaurito (per decorso dei termini) ovvero quando sono stati annullati giurisdizionalmente (e con effetto retroattivo) gli atti del procedimento.

In questi casi, la giurisprudenza parla di c.d. occupazione usurpativa e non ammette l'acquisizione del fondo neanche quando questo sia stato irreversibilmente trasformato nella sua destinazione, con conseguente condanna dell'amministrazione procedente al risarcimento del danno (*restitutio in integrum* e ristoro della perdita di disponibilità del bene durante lo spossessamento); inoltre, laddove l'occupazione sia *sine titulo* e sprovvista di potere, verrà anche meno la giurisdizione esclusiva del g.a. sancita dall'art.133 c.p.a., potendosi definire, tali atti ablatori, meri comportamenti nemmeno mediamente riconducibili all'esercizio del potere pubblico di esproprio (Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., I, 16.7.2010, n.16750 del; Sez. Un., 9.6.2004, n.10978; TAR Veneto, 12.8.2004, n.2664).

Tuttavia, nella maggioranza dei casi, la PA pone in essere delle occupazioni illegittime non *sine titulo*, ma in presenza di una dichia-

razione di pubblica utilità che, oltre a radicare la giurisdizione in capo al G.A. ove non sia nulla e/o inesistente, consente una valida instaurazione del procedimento di ablazione che scade in una fase patologica il più delle volte solo in conseguenza della mancata adozione del decreto di esproprio, ma dopo aver prodotto la irreversibile trasformazione della destinazione del fondo ove insiste l'opera realizzanda.

Per ovviare a tale disfunzione del sistema - anche prima dell'entrata in vigore del citato art.43 T.U. espropriazioni - la giurisprudenza ha enucleato il concetto di "*accessione invertita*", che afferisce alla c.d. occupazione appropriativa, ove la dichiarazione di pubblica utilità può ritenersi sussistente ma diviene inefficace (Cfr., *ex plurimis*, Cass. Civ., Sez. Un., 26.2.1983, n.1464) ovvero alla c.d. occupazione acquisitiva, che presuppone una dichiarazione di pubblica utilità valida ed efficace, nel senso che sorregge la prevalenza dell'interesse pubblico (Cfr., *ex plurimis*, Cass. Civ., Sez. Un., 10.6.1988, n. 3940).

Orbene, con particolare riferimento alla occupazione acquisitiva, si afferma il verificarsi dell'acquisto della proprietà del fondo a titolo originario da parte della PA purché questo, con la costruzione dell'opera pubblica, sia stato irreversibilmente trasformato dalla sua destinazione originaria, nonostante non sia stato adottato un formale decreto di esproprio che trasferisca la proprietà, sacrificata così alla pubblica utilità esclusivamente in ragione della prevalenza dell'interesse pubblico sul diritto dominicale del privato.

In altri termini, anziché dare applicazione letterale alle norme sull'accessione di cui all'art. 934 e ss. c.c. (per le quali ciò che insiste ovvero è costruito, anche da terzi, sul fondo appartiene al proprietario dello stesso) si dà prevalenza indiscussa all'interesse pubblico che anima certamente ogni procedimento ablatorio, ma che a ben vedere (cfr. lo stesso art. 43 d.P.R. n. 327/01) deve sempre e comunque essere oggetto di bilanciamento con quello del soggetto ablato, diversamente non avendo senso la stringente normativa, specialmente *in subiecta materia*, della partecipazione del privato al procedimento.

Resta fermo, in tali casi, il diritto al risar-

cimento del danno, essendo stata trasferita la proprietà a seguito di un illecito che la giurisprudenza considera permanente, cioè l'occupazione illegittima (Cfr., *ex plurimis*, CdS, IV, 21.4.2009, n. 2420).

Al riguardo è interessante segnalare che la C. cost. (n. 349/2007 e n. 66/2008) ha affermato l'illegittimità costituzionale delle norme di legge che non ancoravano il *quantum* del risarcimento al valore di mercato del fondo espropriato.

Va, tuttavia, registrato che il fenomeno dell'accessione invertita - fondato come detto sull'intervenuta irreversibile trasformazione del fondo in seguito ad una occupazione illegittima, ma sorretta da valida dichiarazione di pubblica utilità che dà luogo all'acquisizione del fondo alla PA edificante in ragione della prevalenza dell'interesse pubblico - è stata più volte censurato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, che ne ha palesato l'illegittimo contrasto con l'art. 1 del primo protocollo della CEDU (Cfr., *ex plurimis*, CEDU, V, 22.6.2006 n.213).

Proprio in ragione del citato orientamento della CEDU, nella prassi amministrativa ha preso viepiù piede l'utilizzo dell'art.43 del d.P.R. n.327/01, che consente - in tutti i casi di occupazione illegittima (cfr. co. 1), ma, in vero, anche prescindendo dall'irreversibile trasformazione della destinazione del fondo (Cfr., *ex plurimis*, TAR Campania, Sa, I, 10.6.2010, n.8692) - un intervento sanante *ex post* della PA che, *ab externo* del procedimento di esproprio (illegittimo), impone autoritativamente l'acquisizione (c.d. sanante) del fondo del privato, cui vanno risarciti tutti i danni da perdita del diritto dominicale.

Orbene, tale istituto - certamente utile all'interesse pubblico di sanare procedimenti ablatori diversamente destinati all'inefficacia (con connessi oneri risarcitori in capo alla PA espropriante) - è stato però dichiarato incostituzionale dalla C.cost. con la sentenza n. 293 dell'8.10.2010.

Al riguardo, non tragga in inganno che l'illegittimità costituzionale sia stata dichiarata per eccesso di delega e violazione dell'art. 76 Cost., in quanto il giudice delle leggi ha formulato un giudizio sulla sostanza dell'art. 43 cit., definendolo un inaccettabile strumento di

sanatoria dall'esterno di procedimenti amministrativi intrinsecamente viziati.

Ciò, infatti, non estrinsecandosi peraltro nelle forme del potere di autotutela, non costituirebbe un'espressione del medesimo *agere publicum* proprio del potere di esproprio, ma sarebbe un nuovo esercizio di potestà pubblicistiche posto in essere in eccessivo squilibrio nei confronti del cittadino (potendo intervenire in qualsiasi momento anteriore al decreto di esproprio, ad esso sostituendosi ma con diversi presupposti) e perciò violativo dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento che devono sorreggere ogni manifestazione dell'azione amministrativa.

D'altronde, che si tratti di istituto la cui ratio è diversa dalla c.d. accessione invertita è chiaro ove si consideri che l'acquisizione sanante è stata prevista anche per l'espropriazione delle servitù, mentre la giurisprudenza ha sempre escluso che possa configurarsi una occupazione acquisitiva (ovvero appropriativa) avente ad oggetto diritti reali *in re aliena* (Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. un., 29.5.1992, n.6477).

Tuttavia, se la dichiarata illegittimità costituzionale dell'art. 43 cit. appare coerente con il sistema, anche internazionale, delle regole di esercizio del potere di esproprio, ciò che non può sfuggire è che esiste, a tutt'oggi, un vuoto normativo in materia che solleva un peculiare e relevantissimo problema: come risolvere i casi, numerosissimi nella pratica, di occupazione illegittima.

La tentazione sarebbe quella di tornare all'antico e di risolvere il tutto con la c.d. accessione invertita, consentendo cioè l'acquisizione d'imperio del fondo a titolo originario con risarcimento del danno in favore del privato proprietario.

Tuttavia, come si è detto, ciò si porrebbe in contrasto con il diritto vivente della CEDU e, a ben vedere, è ormai fermo anche nel nostro ordinamento il principio per cui il sacrificio del diritto di proprietà del privato si possa giustificare solo in virtù, oltre che dell'interesse pubblico, di un procedimento legittimo di esproprio, salvo accordo tra le parti sulla cessione.

Non manca, addirittura, chi ritiene che l'acquisito della proprietà in capo alla PA e-

spropriante non debba avvenire per accessione (invertita), ma per specificazione ai sensi dell'art. 940 c.c. (Cfr. TAR Puglia, Le, 24.11.2010, n. 2683).

Senonchè tale giurisprudenza dimentica che la specificazione riguarda solo cose mobili e, in più, non servirebbe (in vero, come detto, al pari dell'accessione) a sorreggere l'acquisizione ablatoria delle servitù.

Infine l'applicazione automatica dell'istituto della specificazione non consente neppure alcuna valutazione sull'effettiva prevalenza del pubblico interesse, che sarebbe sotteso alla procedura espropriativa.

Non manca poi qualche pronunzia secondo la quale l'accessione di cui agli artt. 934 c.c. vada applicata non in maniera c.d. invertita, bensì letterale (Cfr. TAR Campania, Na, V, 18.1.2011, n. 262).

In quest'ottica, il privato che ha subito un'occupazione illegittima con conseguente irreversibile trasformazione del fondo a seguito di opera pubblica, ha diritto al risarcimento in forma specifica consistente nella *restitutio in integrum* del fondo (nei tempi e nei limiti di cui ai co. 4 e 5 dell'art. 36 c.c.) ovvero ad acquisire la proprietà delle opere costruite nelle modalità di cui al citato art. 936 c.c, cioè pagandone il "*valore dei materiali e il prezzo della manodopera oppure l'aumento di valore recato al fondo*".

Come può agevolmente rilevarsi, trattasi di una interpretazione - peraltro plausibile - che sembra addirittura far prevalere l'interesse privato a quello generale, laddove l'esercizio della funzione amministrativa sia stato illegittimo.

Sembra, pertanto, preferibile seguire il recente orientamento del Consiglio di Stato in s.g. (Cfr. CdS, IV, 28.1.2011, n. 676) secondo cui: (i) non può esistere alcun risarcimento al privato in assenza di perdita del suo diritto dominicale sul fondo irreversibilmente trasformato da occupazione illegittima da parte della PA; (ii) non può farsi applicazione della c.d. accessione invertita in quanto è da escludere che il trasferimento della proprietà possa prescindere, in una fattispecie procedimentale illegittima, dal consenso del privato; (iii) egli potrà anche agire per la *restitutio in integrum*, nonchè potrà chiedere il danno da illegittima

occupazione da calcolarsi sul valore venale del fondo per ogni anno di sofferto spossamento, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

La principale conseguenza di quanto statuito dalla citata decisione del Consiglio di Stato in s.g. è che l'effetto traslativo della proprietà del fondo può avvenire esclusivamente in base ad accordi negoziali, anche *ex art. 11 l. n. 241/90*, tra privato e PA, che prevedranno allora anche un obbligo risarcitorio in capo a quest'ultima, oltre che per la occupazione illegittima nei modi suddescritti sub (iii), anche per la privazione del diritto dominicale, in misura del valore di mercato del bene al momento del perfezionamento della transazione de qua. (in questo senso anche TAR Campania, Sa, II, 14.1.2011, n. 43).

La precipua distinzione introdotta dal Consiglio di Stato in s.g. rispetto al passato è che, in questa ricostruzione, l'acquisto della proprietà non è a titolo originario, proprio in quanto è frutto di un accordo negoziale tra privato e PA (da tenere distinto dalla cessione volontaria dei beni di cui all'art. 20 T.U. espropriazioni che non presuppone alcuna patologia del procedimento di esproprio) alla cui conclusione l'amministrazione è obbligata, se vuole ottenere il risultato che ha giustificato l'originaria dichiarazione di pubblica utilità.

Orbene, come può agevolmente rilevarsi, se l'istituto della c.d. acquisizione sanante - quale generale strumento di acquisto di beni (e diritti) soggetti ad esproprio (nemmeno,

secondo l'opinione dominante, irreversibilmente trasformati dalla loro destinazione originaria) - appariva di sospetta illegittimità, ma allo stesso tempo garantiva un buon grado di certezza sull'esito dei procedimenti di esproprio per pubblica utilità, oggi, alla luce della sua dichiarata incostituzionalità, non esiste una norma che consenta, con altrettanta certezza, di dare una coerente ed unitaria disciplina alle c.d. occupazioni illegittime che, diversamente, potranno essere oggetto di intollerabili (ma, in vero, fisiologici) contrasti interpretativi ed applicativi.

E', pertanto, auspicabile un rapido intervento del legislatore che traduca in atti aventi forza di legge quanto esprime la più autorevole giurisprudenza.

Il legislatore dovrà contemperare il pubblico interesse con il diritto dominicale del privato nella considerazione che non può esservi, nel contatto che interviene tra privato espropriando e PA espropriante, un automatico trasferimento della proprietà nel momento in cui avviene la irreversibile trasformazione del fondo (c.d. accessione invertita), ma che, conformemente al diritto comunitario ed internazionale, allorquando vi sia un'occupazione illegittima, il trasferimento della proprietà deve tornare nella esclusiva disponibilità del privato, libero di accettare, dietro risarcimento del danno, un sacrificio del proprio diritto di proprietà che l'amministrazione non è stata in grado di acquisire legittimamente con gli strumenti di cui dispone nell'esercizio del suo potere ablatorio.

«.....GA.....»