

Occupazione *sine titulo* di aree di proprietà privata: conseguenze, responsabilità e possibili soluzioni dopo l'art. 42-bis del DPR 327/2001.

Sommario:

- 1.- Premessa.
2. - Il superamento dell'accessione invertita con l'art. 43 del D.P.R. n. 237/2001 e la successiva pronuncia di illegittimità costituzionale (Corte Cost. n. 293/2010).
3. - Condizioni per la cessazione dell'illecita occupazione: cessione volontaria, restituzione del bene, tutela risarcitoria con rinuncia implicita al diritto di proprietà.
4. - (segue) Condizioni per la cessazione dell'occupazione: usucapione, decreto di espropriazione tardivo, accorpamento al demanio ex art 31 legge 448/1998.
5. - (segue) Condizioni per la cessazione dell'occupazione: l'art. 42 bis del DPR 327/2001.

1. Premessa.

La presenza di aree formalmente intestate ai privati, ma da anni occupate per l'intervenuta realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità è un delicato problema che tuttora investe molti Comuni italiani.

Purtroppo il trascorrere del tempo, anche lungo, non sana queste situazioni perché, come la giurisprudenza degli ultimi anni ha più volte ribadito, l'occupazione di un'area di proprietà privata per l'esecuzione di un'opera pubblica non seguita da un valido atto traslativo (ad esempio, decreto di esproprio o cessione volontaria) costituisce illecito permanente non solo nel caso di occupazione usurpativa, ma anche laddove l'occupazione, inizialmente disposta in forza di un atto amministrativo, sia stata annullata o sia divenuta inefficace e non sia intervenuto nel frattempo l'atto acquisitivo della proprietà da parte della Pubblica Amministrazione.

Le conseguenze del protrarsi di questa situazione sono gravi e potenzialmente molto dannose per l'ente pubblico e la comunità amministrata.

Come vedremo più avanti, infatti, al proprietario del bene sul quale sia stata eseguita l'opera pubblica, fino a quando non intervenga un valido atto di trasferimento della proprietà a favore dell'ente pubblico, è sempre riconosciuto il potere di agire in giudizio per la restituzione dell'area e per il suo ripristino a spese dell'Amministrazione.

Come solennemente affermato dalla Suprema Corte, infatti, *«l'illecito spossessamento del privato da parte della p.a. e l'irreversibile trasformazione del suo terreno per la costruzione di un'opera pubblica non danno luogo, anche quando vi sia stata dichiarazione di pubblica utilità, all'acquisto dell'area da parte dell'Amministrazione ed il privato ha diritto a chiederne la restituzione salvo che non decida di abdicare al suo diritto e chiedere il risarcimento del danno. Il privato, inoltre, ha diritto al risarcimento dei danni per il periodo, non coperto dall'eventuale occupazione legittima, durante il quale ha subito la perdita delle utilità ricavabili dai terreno e ciò sino al momento della restituzione ovvero sino al momento in cui ha chiesto il risarcimento del danno per equivalente, abdicando alla proprietà del terreno.»*¹

Si tratta, com'è agevole intendere, di un'eventualità tra le peggiori che si possano immaginare per una Pubblica Amministrazione e per i soggetti che a suo tempo hanno determinato la situazione illegittima o non abbiano provveduto a ricondurla nell'alveo della legalità.

2. Il superamento dell'accessione invertita con l'art. 43 del D.P.R. n. 237/2001 e la successiva pronuncia di illegittimità costituzionale (Corte Cost. n. 293/2010).

Per scongiurare questa evenienza, agli inizi degli anni ottanta, la giurisprudenza aveva elaborato l'istituto dell'accessione invertita, che attraverso un'applicazione esasperata dell'art. 934 del codice civile², prevedeva che, per effetto dell'irreversibile trasformazione dell'area conseguente alla realizzazione dell'opera pubblica, l'amministrazione acquistasse a titolo originario la proprietà dell'area, mentre il diritto del privato si estingueva convertendosi nel diritto al risarcimento del danno. In più, trattandosi di un danno derivante da illecito extracontrattuale, il diritto al risarcimento – secondo tale indirizzo giurisprudenziale – era soggetto a prescrizione quinquennale ai sensi dell'art. 2947 del codice civile³.

¹ Cass., Sez. Unite, 19 gennaio 2015, n. 735

² Com'è noto, l'art. 934 del codice civile contempla tra i possibili modi di acquisto della proprietà privata a titolo originario l'accessione, che attribuisce al proprietario dell'area anche la proprietà di "qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo" (quod solo inaedificatur solo cedit).

³ Questo filone giurisprudenziale venne inaugurato dalla sentenza delle Sezioni Unite 26 febbraio 1983, n. 1464. Successivamente in giurisprudenza si affermò la distinzione tra occupazione appropriativa e occupazione usurpativa, distinzione che, avviata dalle Sez. Unite 10 giugno 1988, n. 3940, si consolidò, dopo varie oscillanti pronunce non sempre coerenti ed univoche, verso la fine degli anni novanta (si vedano, tra le altre, Cass., Sez I, 18 febbraio 2000, n. 1814 e Cass., Sez I, 20 giugno 2000, n. 1841).

L'elaborazione pretoria dell'accessione invertita, se da un lato, salvaguardava l'interesse alla conservazione dell'opera pubblica realizzata, dall'altro lato conferiva a un fatto illecito (l'occupazione *sine titulo*, originaria o sopravvenuta) l'idoneità a generare l'acquisto del diritto di proprietà a prescindere o anche contro la volontà del privato, legittimando così quella che è stata poi qualificata come espropriazione indiretta.

Si trattava in tutta evidenza di una ricostruzione eccessivamente sbilanciata a favore della pubblica amministrazione e a danno del diritto di proprietà che, per la sua contrarietà ai principi fondamentali dell'ordinamento nazionale e comunitario, non poteva resistere nel tempo.

E infatti, l'istituto di conio pretorio dell'occupazione appropriativa (o acquisitiva o accessione invertita) alla fine cadeva sotto i colpi inferti dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), che con due sentenze del 30 maggio 2000 giudicavano detto istituto e, a maggior ragione, quello dell'occupazione usurpativa, come incompatibili con l'art. 1 del protocollo 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in quanto contrari al fondamentale diritto di proprietà.

Le pronunce della CEDU avevano un'influenza decisiva sul legislatore che, per porre rimedio ai non infrequenti casi di occupazioni illegittime perpetrate dalla pubblica amministrazione, nel 2001 introduceva con l'art. 43 del T.U. sulle espropriazioni (DPR 8 giugno 2001, n. 327, d'ora in poi indicato per brevità come "T.U. espropri") l'istituto dell'acquisizione sanante, che segnava il superamento dell'occupazione acquisitiva elaborata dalla richiamata giurisprudenza.

Detto articolo disciplinava due distinte situazioni:

- a) nella prima, l'autorità occupante, valutati gli interessi in conflitto, poteva disporre di sua iniziativa dell'acquisizione del bene al suo patrimonio indisponibile, determinando la misura del risarcimento dei danni da corrispondere al proprietario;
- b) nella seconda, l'amministrazione convenuta in giudizio poteva neutralizzare l'azione restitutoria del privato chiedendo al giudice "*la condanna al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo*".

L'istituto così elaborato dal legislatore, tuttavia, non aveva lunga vita perché, a parte le perplessità sulla sua compatibilità con i principi costituzionali e comunitari a tutela del diritto di proprietà, con sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 4 ottobre 2010, veniva dichiarato costituzionalmente illegittimo per eccesso di delega.

3. Condizioni per la cessazione dell'illecita occupazione: cessione volontaria, restituzione del bene, tutela risarcitoria con rinuncia implicita al diritto di proprietà.

Il vuoto normativo creato dalla richiamata declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 43 T.U. 327/2001 viene colmato dal legislatore con l'introduzione, ad opera dell'art. 42-bis del T.U. espropri⁴, di un nuovo istituto di acquisizione coattiva, di carattere non retroattivo, utilizzabile a determinate condizioni dall'autorità per far cessare l'illecita occupazione.

Come vedremo tra breve, anche il citato art. 42-bis ha generato (e continuerà a generare anche nei prossimi anni) una copiosa produzione giurisprudenziale, ma il riconoscimento della sua legittimità costituzionale, operato dal giudice delle leggi con la sentenza n. 71 dell'11 marzo 2015, ha portato nella tormentata materia qualche elemento di certezza.

Allo stato attuale, infatti, l'occupazione senza titolo di un'area di proprietà privata per la realizzazione di un'opera pubblica, che come detto in premessa integra un illecito permanente (e non un illecito istantaneo ad effetti permanenti) ⁵, può cessare solo per effetto:

- a) di un accordo con il proprietario per la cessione volontaria;
- b) della restituzione dell'area, previa rimessione in pristino;
- c) della rinuncia del proprietario al suo diritto, implicita nella richiesta di risarcimento dei danni;
- d) di una compiuta usucapione da parte dell'occupante che ha trasformato il bene con la realizzazione dell'opera pubblica;
- e) dell'emanazione del provvedimento di acquisizione coattiva ex art. 42-bis T.U. espropri da parte dell'autorità che occupa illecitamente il bene.

L'accordo col proprietario per la cessione volontaria del bene resta la soluzione preferibile sotto molteplici aspetti. Naturalmente laddove a questo accordo si pervenga per porre fine ad una perdurante controversia è bene valutare e giustificare con adeguata motivazione gli eventuali profili transattivi, onde evitare addebiti per responsabilità contabile legata ad ingiustificati esborsi di danaro pubblico. Giova rilevare comunque che l'accordo per la cessione volontaria del bene è soggetto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se è ricollegabile all'esercizio di un potere espropriativo, perché

⁴ L'art 42-bis è stato introdotto nel T.U. sulle espropriazioni, dall'art. 34, comma 1, del D.L. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 15 luglio 2011, n. 111.

⁵ Si vedano per tutte Cass, Sez. Unite. N. 735/2015 cit, e Cons.Stato, Ad.Plen. 19 febbraio 2016, n. 2.

rappresenta in buona sostanza un accordo sostitutivo del provvedimento finale di esproprio⁶.

La restituzione dell'area ad opera del giudice amministrativo si può oggi ottenere esercitando l'azione di condanna disciplinata dall'art. 30 del D.Lgs. n. 104/2010 (cod. proc. amm.), che al comma 2 ribadisce che, sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno per equivalente o in forma specifica. Al riguardo la giurisprudenza⁷ è ferma nel ritenere che la scelta fra le due modalità di tutela risarcitoria spetti esclusivamente al danneggiato, senza che il danneggiante possa in alcun modo influire su di essa, ed è piuttosto rigorosa sull'applicazione delle eccezioni alla reintegrazione in forma specifica previste dall'art. 2058, comma 2, cod. civ. (per l'ipotesi in cui questa risulterebbe eccessivamente onerosa per il debitore) e dall'art. 2933, comma 2, cod. civ. (per il caso in cui il ripristino comporti pregiudizio per l'economia nazionale). In applicazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, è invece definitivamente abbandonato l'indirizzo che, in passato, considerava sussistenti i presupposti di cui alle norme appena citate per il solo fatto della realizzazione di un'opera pubblica con irreversibile trasformazione del suolo occupato. Già dal 2005, infatti, seguendo le indicazioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo l'Adunanza Plenaria⁸ ha chiarito che il giudice chiamato a decidere su una controversia risarcitoria da occupazione sine titolo deve in prima battuta disporre la restituzione del suolo abusivamente occupato (beninteso ove ciò sia richiesto dal danneggiato), e solo in via eccezionale, previa valutazione in concreto della sussistenza dei presupposti di cui ai ricordati artt. 2058 e 2933 cod. civ., può subordinatamente condannare l'amministrazione al risarcimento per equivalente⁹. Più precisamente, è stato ritenuto che i presupposti del comma 2 dell'art. 2058 cod. civ. possano sussistere quando il danneggiato non si sia limitato a chiedere la restituzione del suolo, ma abbia chiesto anche il ripristino dello status quo ante: così, ad esempio, si è esclusa la risarcibilità in forma specifica laddove sia dimostrato che i costi della riduzione in pristino sarebbero

⁶ Sulle delicate questioni di giurisdizione che possono insorgere sull'applicazione degli accordi per la cessione volontaria di beni utilizzati per opere di pubblico interesse, si rinvia al TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 13 luglio 2016, n. 991 ed ai richiami giurisprudenziali ivi contenuti. Nella citata sentenza del TAR Brescia si legge, tra l'altro, che la giurisdizione esclusiva è limitata ai soli casi in cui l'accordo svolga effettivamente la stessa funzione di un provvedimento e non si estende ove si controverta soltanto del pagamento dell'indennità convenuta (Cass. SS. UU. 6 dicembre 2010 n°24687), oppure per le controversie sui contenuti ulteriori che l'accordo può avere, ad esempio l'esercizio di una servitù costituita con l'accordo (Cons. Stato 20 agosto 2013, n. 4179).

⁷ Tar Lazio, sez. II, 16 aprile 2010, n. 7262

⁸ Cons. Stato, Ad. Pl., 29 aprile 2005, n. 2.

⁹ Tar Salerno, sez. II, 13 luglio 2010, n. 10331; id., 21 gennaio 2010, n. 836; Tar Veneto, sez. I, 23 maggio 2008, n. 1557; Tar Toscana, sez. I, 14 settembre 2006, n. 3976

superiori al valore dell'opera realizzata sul suolo¹⁰. Più restrittiva è stata la giurisprudenza quanto alla possibile applicazione dell'art. 2933, comma 2, cod. civ., escludendo che possa esservi pregiudizio all'economia nazionale quando l'opera da demolire incida unicamente sulla realtà locale, e ammettendo l'impossibilità della riduzione in pristino soltanto per le opere che siano fonti di produzione e distribuzione della ricchezza.¹¹

Può accadere, però, che il proprietario agisca non per la restituzione dell'area illecitamente occupata, ma per il **risarcimento del danno patito**, ipotesi questa che in giurisprudenza è ormai pacificamente assimilata a una **rinuncia con effetti abdicativi al diritto di proprietà** del suolo illegittimamente occupato.¹²

Non altrettanto pacifico, però, è la modalità di acquisto dell'area a seguito di detta rinuncia. Sul punto, l'orientamento prevalente, ancorato alle indicazioni della già richiamata Adunanza Plenaria n. 2/2016, insiste nel ritenere che la rinuncia implicita nella richiesta della sola tutela risarcitoria abbia carattere abdicativo, ma non traslativo. Conseguentemente secondo questa teoria, il risarcimento del danno subito dal proprietario dell'area che abbia agito solo per la tutela per equivalente determina la cessazione dell'illecita occupazione, ma non il trasferimento della proprietà in capo all'Amministrazione occupante, che dovrà a tal riguardo provvedervi o in via negoziale o azionando l'art.42-bis, senza corrispondere peraltro ulteriori indennizzi, già sostituiti dal risarcimento stabilito dal giudice¹³.

A questo indirizzo si contrappone quello recentemente richiamato dal TAR Brescia, ad avviso del quale *“l'espressa limitazione della pretesa al quantum risarcitorio (con l'abbandono di ogni proposito di restituzione) realizza gli effetti della dismissione volontaria e unilaterale dei beni di loro appartenenza. Pertanto, l'acquisto della proprietà in capo al soggetto pubblico si realizza a prescindere dall'adozione di un formale atto di acquisizione sanante, potendo costituire oggetto di trascrizione l'atto di rinuncia (nella specie, il ricorso introduttivo notificato - cfr. art. 2643 n. 5 del c.c.) ovvero il provvedimento di liquidazione che assume la predetta dichiarazione unilaterale a presupposto”*¹⁴.

¹⁰ Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3561.

¹¹ Cons. Stato, nr. 3561/2011.

¹² Tra le tante, si vedano Cons. Stato, Sez. IV, 11 luglio 2016, n. 3065, Cass. Sez. Unite, 19 gennaio 2015, n. 735.

¹³ Si veda per tutti T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II – 14/11/2016 n. 2176)

¹⁴ TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 28 dicembre 2016, n. 1780

4. (segue) Condizioni per la cessazione dell'occupazione: usucapione, decreto di espropriazione tardivo, accorpamento al demanio ex art 31 legge 448/1998.

Tra le situazioni idonee a determinare la cessazione dell'illecita occupazione, la giurisprudenza fino a poco tempo includeva anche la **compiuta usucapione** da parte dell'occupante che aveva trasformato l'area con la realizzazione dell'opera pubblica.

Si sosteneva, in sostanza, che grazie all'istituto dell'usucapione l'Amministrazione poneva termine all'indefinito protrarsi di una situazione di incertezza, caratterizzata, per un verso, da un utilizzo *sine titulo* di un bene ancora privato ma di fatto in mano pubblica, e, per altro verso, dalla possibilità di un perpetuo esercizio, da parte del privato, di un'azione di rivendicazione e di risarcimento del danno.

L'orientamento favorevole all'usucapibilità del bene occupato senza titolo (con comportamento di mero fatto) o per effetto di un provvedimento al quale non abbia fatto seguito nei termini prescritti un atto traslativo è stato, ad esempio, sostenuto con dovizia di argomentazioni dalla sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana n. 432 del 30 aprile 2013, con richiami anche a precedenti giurisprudenziali favorevoli a questa tesi ¹⁵.

Tuttavia, che l'area illegittimamente occupata e trasformata possa essere acquisita per effetto dell'usucapione è ipotesi sicuramente accattivante, ma valutata con estremo sfavore dagli ultimi arresti giurisprudenziali.

La giurisprudenza più recente, infatti, è su posizioni decisamente avverse alla possibilità di usucapire un bene occupato *sine titulo*, non esitando a giudicare una generalizzata applicazione dell'istituto come *“esecizio di equilibrismo interpretativo dal quale debbono essere prese le distanze”*.¹⁶

¹⁵ Nella richiamata sentenza della CGARS si legge, tra l'altro *“È proprio l'avvenuta usucapione ventennale del bene espropriato illegittimamente, quindi, che la giurisprudenza dei TAR ha costantemente indicato quale limite temporale alla possibilità di intraprendere un'azione di risarcimento del danno da parte del privato (T.A.R. Lazio, Roma, II, 14 aprile 2011, n. 3260; T.A.R. Sicilia, Palermo, 1 febbraio 2011, n. 175; T.A.R. Sicilia, Palermo, III, 21 gennaio 2011, n. 115) precisando anche che il possesso ventennale ininterrotto estingue non solo ogni sorta di tutela reale spettante al proprietario del fondo ma anche quelle obbligatorie tese al risarcimento dei danni subiti poiché retroagendo gli effetti della usucapione, quale acquisto a titolo originario, al momento dell'iniziale esercizio della relazione di fatto con il fondo altrui, «viene meno “ab origine” il connotato di illiceità del comportamento della P.A. che occupava “sine titulo” il bene poi usucapito (cfr. Cass. civile, sez. II, 24 febbraio 2009 n. 4434)» (T.A.R. Palermo, III, 6 dicembre 2011, n. 2278 e negli stessi termini Cass., 8 settembre 2006 n. 19294).”*

A favore dell'usucapibilità di una strada si veda anche T.A.R. Campania, Salerno, Sezione I, 4 febbraio 2016 - N. 325

¹⁶ Cons. di Stato, Sez. IV, 26 agosto 2015, n. 3988.

Chiamata a pronunciarsi sulla controversa questione, l'Adunanza Plenaria,¹⁷ alla fine, ha precisato che l'acquisto per usucapione di un bene occupato *sine titulo* è possibile “solo nei ristretti limiti perspicuamente individuati dal Consiglio di Stato allo scopo di evitare che sotto mentite spoglie, si reintroduca una forma surrettizia di espropriazione indiretta in violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale della Cedu (Sez. IV, n. 3988 del 2015 e n. 3346 del 2014)” e, quindi; a condizione che:

- a) sia effettivamente configurabile il carattere non violento della condotta (ad esempio perché l'occupazione del bene è avvenuto in forza di un provvedimento amministrativo);
- b) si possa individuare il momento esatto della *interversio possessionis*¹⁸;
- c) si faccia decorrere la prescrizione acquisitiva dalla data di entrata in vigore del t.u. espr. (30 giugno 2003), perché solo l'art. 43 del medesimo T.U. aveva sancito il superamento dell'istituto dell'occupazione acquisitiva e dunque solo da questo momento potrebbe ritenersi individuato, ex art. 2935 c.c., il “...giorno in cui il diritto può essere fatto valere”.

Nella pratica ricorrono anche altri due istituti: il **decreto di espropriazione tardivo** e **l'accorpamento al demanio** ai sensi dell'art. 31, commi 21 e 22, della legge 23.12.1998, n. 448.

Sul primo anche di recente la giurisprudenza ha precisato che non si tratta di atto nullo o inesistente, ma di espressione dell'esercizio della potestà amministrativa, idoneo a produrre i propri effetti, che si consolidano in caso di mancata impugnazione del privato che si ritenga leso¹⁹.

Il secondo è istituto ibrido, riconosciuto a favore degli enti locali che, con provvedimento amministrativo possono disporre, a titolo gratuito, l'accorpamento al demanio stradale delle porzioni di terreno ancora di proprietà privata, ma utilizzate ad uso pubblico ininterrottamente da oltre venti anni. Presupposto dell'atto di accorpamento, che viene registrato e trascritto “a titolo gratuito”, è il consenso degli attuali proprietari.

¹⁷ Cons. di Stato, Ad.Plen, del 19 febbraio 2016, n. 2. Una ragionata applicazione dei criteri richiamati dalla citata A.P. si rinviene anche in Corte d'appello Palermo 29 febbraio 2016, n. 401.

¹⁸ Sul punto si veda anche TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, n. 2176/2016, ad avviso del quale con il provvedimento di occupazione del fondo la pubblica amministrazione “detiene e non possiede lo stesso, e ciò vuoi perché, per legge, l'occupazione è finalizzata ad una apprensione del bene soltanto temporanea, in vista della futura emanazione del decreto di esproprio, vuoi, soprattutto, perché essa implica il riconoscimento della proprietà altrui, prevedendo la corresponsione di un'apposita indennità di occupazione ai proprietari, con l'avvertenza che, per il possesso utile ad usucapionem, la P.A. deve dimostrare la sopraggiunta *interversio possessionis*, nei modi previsti dall'art. 1141, comma 2, c.c., secondo le ordinarie regole civilistiche in materia, necessitando a tal fine la manifestazione del dominio esclusivo sulla res, attraverso una attività apertamente contrastante ed inoppugnabilmente incompatibile con il possesso altrui (cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 22 ottobre 2014 n. 1696)”.

¹⁹ Cons. Stato, Sez. IV, 18 novembre 2016, n. 4799

Il richiamato istituto, la cui portata oggettiva è circoscritta ai beni da accorpate al demanio stradale degli enti locali, non è riconducibile a nessuno dei tradizionali modi di acquisto della proprietà, ma alla fine per la sua semplicità di applicazione risulta estremamente efficace per la soluzione di questioni risalenti nel tempo.

5. (segue) Condizioni per la cessazione dell'occupazione: l'art. 42 bis del DPR 327/2001.

Come detto alla situazione di grave incertezza suscitata dalla dichiarazione di incostituzionalità (Corte Cost. n. 293/2010) dell'art. 43 del T.U. espropri sopra commentato, il legislatore ha posto rimedio novellando il T.U. n. 327/2001 con l'art. 42-bis, con il quale sono stati ridefiniti i presupposti, il procedimento e gli effetti dell'acquisizione sanante, in modo da rendere l'istituto pienamente coerente con le pronunce della CEDU intervenute nel corso degli anni.

Si tratta di uno strumento estremamente utile, il cui utilizzo, però, incontra dei limiti sia procedurali che temporali che è bene conoscere per evitare di perdere l'ultima possibilità offerta dall'ordinamento per rimediare a situazioni di grave e perdurante illegittimità, con connesse potenziali responsabilità per danni erariali.

L'attenzione ad un uso accorto e tempestivo dell'acquisizione sanante prevista dall'art. 42 bis del TU n. 237/2001 dev'essere ancora maggiore ove si consideri che la norma ha superato indenne il vaglio della Corte costituzionale, che con la sentenza N. 71 del 30 aprile 2015, oltre a riconoscerne la compatibilità con la trama dei principi del nostro ordinamento costituzionale, ne ha altresì implicitamente delineato i confini e le condizioni per il corretto utilizzo.

A ciò si aggiunga che dal 2011 ad oggi l'istituto in questione si è arricchito di una serie di pronunce giurisprudenziali che, se conosciute e ben calate nelle singole fattispecie, dovrebbero consentire alle Amministrazioni di evitare errori ed applicare correttamente il rimedio offerto dall'ordinamento.

Proviamo allora a ricostruire in modo sistematico questo istituto, alla luce degli insegnamenti della Corte Costituzionale e delle pronunce dei giudici amministrativi.

L'art. 42-bis riconosce all'autorità che utilizza il bene il potere di disporre l'acquisizione, non retroattiva, al proprio patrimonio indisponibile, contro la corresponsione di un indennizzo patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del 10 per cento del valore venale del bene (comma 1).

Questo potere è esercitabile non solo quando manchi del tutto l'atto espropriativo, ma anche laddove 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 (comma 2).

In più, il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche durante la pendenza di un giudizio per l'annullamento degli atti appena citati, ma a condizione che l'amministrazione che ha adottato il precedente atto impugnato lo ritiri (comma 2, seconda parte).

Per l'eventuale periodo di occupazione senza titolo è computato, a titolo risarcitorio, un interesse del 5 per cento annuo sul valore venale, salva la prova del maggior danno (comma 3, seconda parte).

Il provvedimento di acquisizione deve:

- a) recare l'indicazione delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area, specificando se possibile la data dalla quale essa ha avuto inizio;
- b) essere specificamente motivato in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati;
- c) evidenziare altresì «l'assenza di ragionevoli alternative» alla adozione del provvedimento.

Il pagamento dell'indennizzo, liquidato nel provvedimento, deve essere disposto entro trenta giorni, e la notifica dell'atto al proprietario determina il passaggio del diritto di proprietà, sotto condizione sospensiva del pagamento delle somme dovute ovvero del loro deposito (comma 4)²⁰.

L'autorità che emana il provvedimento deve darne comunicazione, entro trenta giorni, alla Corte dei conti (Sezione Giurisdizionale), mediante trasmissione di copia integrale (comma 7).

Si prevede, infine, che queste disposizioni trovino applicazione anche con riguardo a fatti anteriori all'entrata in vigore della norma, ed anche se vi sia già stato un provvedimento di acquisizione successivamente ritirato o annullato, ferma restando la necessità di rinnovare la valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico a disporre l'acquisizione (comma 8).

²⁰ Va ricordato che l'art. 133, lett. g), del codice del processo amministrativo attribuisce al giudice ordinario la cognizione delle controversie "riguardanti la determinazione della corresponsione delle indennità in conseguenza di atti di natura espropriativa o ablativa"

Come acutamente evidenziato dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 71/2015, il provvedimento adottato ai sensi dell'art. 42-bis sostituisce il regolare procedimento ablativo prefigurato dal T.U. sulle espropriazioni, e si pone, a sua volta, come una sorta di procedimento espropriativo semplificato, che assorbe in sé sia la dichiarazione di pubblica utilità, sia il decreto di esproprio, sintetizzando in un unico atto lo svolgimento dell'intero procedimento.

Secondo la Corte, infatti, l'adozione dell'atto acquisitivo, con effetti non retroattivi, è certamente espressione di un potere attribuito appositamente dalla norma alla pubblica amministrazione. Con l'adozione di tale atto, quest'ultima riprende a muoversi nell'alveo della legalità amministrativa, esercitando una funzione amministrativa ritenuta meritevole di tutela privilegiata, in relazione agli scopi di pubblica utilità perseguiti, sebbene emersi successivamente alla consumazione di un illecito ai danni del privato cittadino.

Si è in presenza, quindi, di una procedura espropriativa che, sebbene necessariamente "semplificata" nelle forme, si presenta "complessa" negli esiti, prevedendosi l'adozione di un provvedimento «specificamente motivato in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione».

Per esercitare legittimamente il potere conferito alla Amministrazione dall'art. 42-bis, verificata l'esistenza dei presupposti previsti dalla norma, occorre prestare attenzione a tre aspetti:

1. l'utilizzo tempestivo di questo eccezionale potere;
2. la garanzia del contraddittorio con il privato;
3. l'adeguata motivazione.

La prima regola è agire tempestivamente.

Se è vero che la norma non prevede termini entro i quali va attivata o perfezionata l'acquisizione ex art. 42-bis, è altrettanto vero che la stessa norma dispone espressamente che l'acquisto della proprietà del bene avvenga *ex nunc*, ossia solo al momento dell'emanazione dell'atto e senza alcun effetto retroattivo.

Ciò comporta la non utilizzabilità dell'istituto in presenza di un giudicato che abbia già disposto la restituzione del bene al privato.

Quindi, prima si agisce ex art. 42-bis, meglio è anche perché la stessa norma prevede che per ogni anno di occupazione dev'essere corrisposto a titolo risarcitorio l'interesse del cinque per cento annuo sul valore venale del bene, salva la prova del maggior danno.

In altre parole il decorso del tempo rende di giorno in giorno più oneroso il trasferimento dell'area ex art. 42-bis.

Queste considerazioni dovrebbero essere sufficienti a smuovere eventuali remore dell'Amministrazione nel tempestivo utilizzo dell'acquisizione sanante ex art. 42-bis.

Non va dimenticato comunque che ove ciò non accadesse, soccorrono le molteplici soluzioni, elaborate dalla giurisprudenza amministrativa, per reagire all'inerzia della pubblica amministrazione autrice dell'illecito: a seconda degli orientamenti, infatti, talvolta è stato posto a carico del proprietario l'onere di esperire il procedimento di messa in mora, per poi impugnare l'eventuale silenzio-rifiuto dell'amministrazione; in altri casi, è stato riconosciuto al giudice amministrativo anche il potere di assegnare all'amministrazione un termine per scegliere tra l'adozione del provvedimento di cui all'art. 42-bis e la restituzione dell'immobile.

Il secondo aspetto da salvaguardare è la garanzia di partecipazione del privato al procedimento destinato a sfociare nel provvedimento di acquisizione sanante ex art. 42-bis.

Su questo punto la Corte Costituzionale con la richiamata sentenza n. 71/2015 ricorda di avere affermato proprio in materia espropriativa *i privati interessati devono essere messi «in condizioni di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico»* (sentenza n. 13 del 1962; sentenze n. 344 del 1990, n. 143 del 1989 e n. 151 del 1986).

Quindi, secondo la Corte il provvedimento disciplinato dall'art. 42-bis non può sottrarsi all'applicazione delle generali regole di partecipazione del privato al procedimento amministrativo, come, infatti, è riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa, che impone la previa comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 della legge n. 241/1990²¹.

In questo modo il privato sarà ulteriormente posto in grado di accentuare il proprio ruolo partecipativo, eventualmente facendo valere l'esistenza delle «ragionevoli alternative» all'adozione dell'annunciato provvedimento acquisitivo, prima fra tutte la restituzione del bene.

Terzo aspetto da tenere nella massima evidenza è l'apparato motivazionale al quale fare ricorso accingendosi ad utilizzare lo strumento dell'art. 42-bis.

²¹ Sulla necessità della previa comunicazione di avvio del procedimento si veda anche TAR Veneto, Sez. II, 16 febbraio 2016, n. 170 e gli altri precedenti giurisprudenziali ivi richiamati.

L'adozione del provvedimento acquisitivo – ricorda la Corte Costituzionale - presuppone una valutazione comparata degli interessi in conflitto, qualitativamente diversa da quella tipicamente effettuata nel normale procedimento espropriativo. E l'assenza di ragionevoli alternative all'adozione del provvedimento acquisitivo va evidenziata con argomentazioni appropriate, dalle quali si possa ricavare che l'adozione dell'atto acquisitivo ex art. 42-bis costituisce *l'extrema ratio* per la soddisfazione di “attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico” richieste dallo stesso art. 42-bis del T.U. delle espropriazioni.

Per essere adeguatamente motivato, il provvedimento ex art. 42-bis dovrà, quindi, chiarire che siano escluse, all'esito di una effettiva comparazione con i contrapposti interessi privati, altre opzioni, compresa la cessione volontaria mediante atto di compravendita, e non sia ragionevolmente possibile la restituzione, totale o parziale, del bene, previa riduzione in pristino, al privato illecitamente inciso nel suo diritto di proprietà.

Marzo 2017

Dott. Mario De Vita - Segretario generale dei Comuni di Camisano Vicentino e Torri di Quartesolo.