

Consiglio di Stato, sentenza 11 febbraio 2011, n.924

Sull'onere della prova del danno da occupazione illegittima di un'area.

Il normale svolgimento del procedimento ablatorio prevede che, intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità, la P.A. proceda alla determinazione ed all'offerta dell'indennità e, successivamente, alla adozione del provvedimento di esproprio il quale produce l'effetto traslativo della proprietà espropriata e consente al soggetto procedente di occupare il bene per iniziare l'esecuzione dell'opera.

Detto iter, tuttavia, è alquanto lungo e articolato e spesso non si concilia con l'esigenza pubblica di pervenire rapidamente alla realizzazione dell'opera sia per soddisfare gli interessi collettivi sottesi, sia per rispettare la tempistica dei finanziamenti disponibili.

Per questa ragione si è progressivamente diffusa la prassi, oggi disciplinata dall'articolo 22 bis del T.U. sugli espropri, di procedere all'occupazione provvisoria prima del formale rilascio del decreto di esproprio al fine di assicurare l'immediato avvio dei lavori e il rispetto dei termini finali di realizzazione dell'opera.

In sostanza, nell'ambito del procedimento espropriativo si inserisce un sub procedimento di occupazione che, prima dell'introduzione dell'articolo 22 bis citato ad opera del d.lgs. n. 302/2002 si articolava nella emanazione di una dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, di una successiva dichiarazione di indifferibilità ed urgenza e di un successivo decreto di occupazione. Il nuovo articolo 22 bis non prevede significative innovazioni rispetto alla disciplina precedente. L'unica differenza consiste nella mancata previsione della dichiarazione di indifferibilità ed urgenza che deve ritenersi implicitamente contenuta nel decreto di occupazione o nella dichiarazione di pubblica utilità. Dunque, le fasi principali di questa particolare procedura sono: 1) emanazione di una dichiarazione di pubblica utilità dell'opera; 2) emanazione di un successivo decreto di occupazione; 3) effettiva e materiale occupazione del terreno e realizzazione dell'opera pubblica; 4) emanazione del decreto di esproprio entro 5 anni successivi al decreto di occupazione.

Orbene, se entro detto termine non viene emanato il decreto di esproprio, il bene occupato deve essere rilasciato e deve tornare al suo legittimo proprietario. Se nel frattempo, però, è stata realizzata l'opera pubblica, il rimedio della restituzione al privato sarebbe in contrasto con la realizzazione della funzione sociale per cui l'opera è stata compiuta. Per risolvere tale contrasto la giurisprudenza ha elaborato la diversa figura dell'occupazione appropriativa.

Per l'ipotesi di occupazione d'urgenza il d.p.r. 327/2001, al 5° comma dell'articolo 22 bis riconosce al proprietario dell'area interessata dall'occupazione il diritto di percepire un'indennità idonea a risarcire il medesimo della perdita della

disponibilità del bene prima dell'intervento del formale decreto di esproprio: *“Per il periodo intercorrente tra la data di immissione in possesso e la data di corresponsione dell'indennità di espropriazione o del corrispettivo, stabilito per l'atto di cessione volontaria è dovuta l'indennità di occupazione, da computare ai sensi dell'articolo 50, comma 1”*.

Il successivo comma 6 dispone, tuttavia, che: *“Il decreto che dispone l'occupazione ai sensi del comma 1 perde efficacia qualora non venga emanato il decreto di esproprio nel termine di cui all'articolo 13”*.

Dunque, nell'ipotesi in cui l'Amministrazione espropriante non emani il decreto di esproprio entro il termine di cinque anni dalla dichiarazione di pubblica utilità, il comportamento dell'Amministrazione stessa diventa *sine titulo*, dunque illegittimo ed idoneo a determinare una richiesta di risarcimento del danno da parte del privato.

Nella sentenza indicata in epigrafe il Consiglio di Stato afferma, tuttavia, che perché il proprietario dell'area interessata dall'occupazione possa legittimamente avanzare richiesta di risarcimento del danno deve provare l'effettiva apprensione del bene da parte dell'Amministrazione in quanto: *“la materia espropriativa è quella che in cui, più di ogni altra ed anzitutto sul piano sostanziale, gli aspetti materiali dell'esecuzione dei provvedimenti, non rivestendo minor rilievo rispetto a quelli giuridici, si intrecciano con questi ultimi, sino al punto da prendere, in alcuni casi, il sopravvento, con relevantissime implicazioni, anche sul piano civilistico, in ordine all'assetto definitivo da darsi alla proprietà oggetto dei procedimenti ablatori; e che proprio in relazione a ciò particolare attenzione va adibita agli aspetti dell'efficacia dei relativi provvedimenti ablatori, a buona parte dei quali non a caso il legislatore riconosce carattere recettizio, ed alle vicende della loro esecuzione”*.

E', dunque, onere del privato dimostrare l'elemento del danno ingiusto idoneo a fondare una domanda risarcitoria ammissibile e detto pregiudizio si sostanzia, nell'ipotesi di procedimento d'occupazione d'urgenza, nella materiale ed effettiva occupazione dell'area da parte dell'Ente espropriante. La prova del pregiudizio in questione va fornita, aggiunge il Collegio, con la produzione dell'avviso di immissione in possesso, del successivo verbale attestante lo stato di consistenza che avrebbe dovuto essere redatto contestualmente a tale immissione o, al più, con documenti endoprocedimentali idonei a comprovare in modo inequivoco

l'avvenuta presa in possesso del terreno. Non possono, al contrario, ritenersi sufficienti eventuali dichiarazioni sostitutive di atto notorio o rilievi aerofotogrammetrici dell'area in questione asseritamente risalenti all'epoca dei fatti di causa in quanto non idonei a comprovare la materialità dell'apprensione dell'area.

Né, conclude il Collegio, l'acquisizione della prova della effettiva occupazione può ritenersi onere del giudice amministrativo per il principio, vigente nel processo amministrativo, dell'onere del principio di prova. Questo, infatti, che comporta l'onere per il ricorrente di presentare almeno un indizio di prova perché il giudice possa esercitare i propri poteri istruttori (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2009, n. 6118), è *“contemplato dal “sistema” proprio in quanto il ricorrente, di per sé, non ha la disponibilità delle prove, essendo queste nell'esclusivo possesso dell'amministrazione ed essendo quindi sufficiente che egli fornisca un principio di prova”*.

Viceversa, conclude il Collegio, *“la disciplina contenuta nell'art. 2697 cod. civ. (corrispondente, ora, all'art. 64, comma 1, cod. proc. amm.) secondo la quale spetta a chi agisce in giudizio indicare e provare i fatti, deve trovare integrale applicazione anche nel processo amministrativo ogniqualvolta non ricorra tale disuguaglianza di posizioni tra Pubblica Amministrazione e privato, come - per l'appunto - nel caso di specie, laddove si verte esclusivamente sulla spettanza, o meno, di un risarcimento del danno: con la conseguenza che, a pena di un'inammissibile inversione del regime dell'onere della prova, non è consentito al giudice amministrativo di sostituirsi alla parte onerata quando quest'ultima si trovi nell'impossibilità di provare il fatto posto a base della sua azione (cfr., al riguardo, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 10 novembre 2010 n. 8006)”*.