

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA
AGGIORNATO AL 30 NOVEMBRE 2011

MARIANNA CAPIZZI

Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 2 novembre 2011, n. 5844.

Sulla differenza tra occupazione acquisitiva e usurpativa, sui criteri di quantificazione del danno da occupazione illegittima e sulla risarcibilità del danno non patrimoniale subito dal privato in conseguenza della utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico.

L'occupazione appropriativa o acquisitiva è un istituto di derivazione giurisprudenziale oggi disciplinato dall'articolo 43 del T.U.

Prima dell'introduzione di detta norma, la giurisprudenza riteneva che ai fini della configurazione dell'occupazione acquisitiva occorresse: l'emanazione una dichiarazione di pubblica utilità dell'opera che indicasse il termine entro cui doveva essere emanato il decreto di esproprio; un successivo decreto di occupazione avente efficacia limitata ad un quinquennio, cui seguiva l'effettiva occupazione del terreno; il protrarsi dell'occupazione medesima oltre il quinquennio stabilito dal decreto di occupazione (o l'annullamento dello stesso da parte del giudice o in via di autotutela da parte dell'amministrazione); la realizzazione dell'opera pubblica da parte dell'Ente procedente nel corso dell'occupazione illegittima. Per effetto di tale realizzazione, l'opera passava in proprietà della P.A. (ecco perché tale tipo di occupazione viene detta acquisitiva o appropriativa).

Presupposti per la configurazione di questo tipo di occupazione erano, dunque, due: l'illegittimità dell'occupazione che, pertanto, costituiva a tutti gli effetti un illecito della P.A. (e che poteva discendere da varie ragioni: mancanza del decreto di occupazione o successivo annullamento giurisdizionale dello stesso

o inefficacia dello stesso per scadenza dei termini di efficacia, ecc..) e l'effettiva realizzazione dell'opera di pubblica utilità sull'area illegittimamente occupata che determinava il passaggio di proprietà della stessa in capo alla P.A.

I due effetti principali dell'occupazione appropriativa erano, di conseguenza: l'acquisto della proprietà da parte della P.A. derivante dalla realizzazione dell'opera pubblica, nonché la nascita del diritto in capo al legittimo proprietario del terreno di ottenere il risarcimento del danno patito, derivante dal comportamento illecito della P.A., come tale fonte di responsabilità risarcitoria di tipo acquiliano.

In particolare, come chiarito dalla giurisprudenza, il primo effetto si realizzava allorché la trasformazione del suolo attuata dall'espropriante risultasse irreversibile, ove per *“trasformazione irreversibile”* doveva intendersi, secondo unanime giurisprudenza, *“né il semplice inizio dell'opera, né necessariamente il termine dell'opera in tutte le sue componenti; si realizza detta situazione quando, anche prima dell'ultimazione dei lavori, siano state poste in essere opere che abbiano trasformato fisicamente l'immobile occupato facendogli perdere definitivamente i caratteri originari”*.

Quanto, invece, al secondo effetto, la giurisprudenza si divideva tra quanti ritenevano che l'occupazione costituisse un illecito istantaneo che si consumava nel momento della radicale trasformazione del suolo occupato, e quanti, al contrario, la consideravano un illecito permanente che si compiva con il mantenimento da parte della P.A. della situazione lesiva: la prima tesi, che era quella maggiormente condivisa, faceva coincidere l'inizio del decorso della prescrizione con la radicale trasformazione del suolo occupato; per la seconda tesi, invece, la prescrizione decorreva istante per istante fino a quando permaneva la situazione lesiva.

Come evidenziava la Corte di Cassazione, il procedimento di occupazione acquisitiva era esattamente opposto a quello previsto dall'articolo 934 c.c.: secondo quest'ultima norma, *“superficies solo cedit”*, dunque il proprietario del suolo acquista tutto quello che viene costruito sul suo terreno; nella

procedura occupativa, al contrario, era il costruttore (la P.A.) ad acquisire il suolo altrui sul quale aveva costruito.

Nel 2000, la Corte europea dei diritti dell'uomo, con due sentenze coeve e gemelle ha contestato: il meccanismo stesso dell'occupazione acquisitiva, in quanto basato su un comportamento amministrativo illecito, nonché il sistema di concessione del risarcimento al privato a causa della sua non automaticità. La Corte, in particolare, ha contestato la circostanza che mentre l'indennità di espropriazione veniva automaticamente offerta al privato da parte della stessa P.A., il risarcimento a seguito di occupazione appropriativa dipendeva dalla richiesta del privato che aveva il dovere di attivarsi entro il termine di prescrizione quinquennale.

Sulla base di queste decisioni, il legislatore italiano è intervenuto inserendo una apposita disposizione, l'art. 43 del T.U., in cui, recependo i rilievi formulati dalla Corte europea, ha rimediato all'automaticità del meccanismo dell'accessione invertita. In base al sistema pregresso, infatti, la mera realizzazione dell'opera pubblica comportava automaticamente l'impossibilità della restituzione al privato del bene occupato ed il suo acquisto in capo alla P.A. L'articolo 43 citato ha prescritto, invece, che l'acquisto della proprietà del terreno deve essere preceduto dall'emanazione di un provvedimento discrezionale, il c.d. atto di acquisizione, in cui la P.A. renda noti gli scopi di interesse pubblico che giustificavano l'utilizzazione del bene e disponga l'acquisizione dello stesso da parte della P.A. e il risarcimento dei danni al privato.

In mancanza di questo atto, il privato può chiedere la restituzione del bene illegittimamente occupato e il risarcimento del danno; pertanto, nonostante la realizzazione dell'opera pubblica, il proprietario mantiene il diritto a conseguire la restituzione, quale risarcimento in forma specifica, al posto del risarcimento per equivalente.

L'introduzione dell'articolo 43 ha, dunque, lasciato inalterati gli effetti dell'occupazione appropriativa (acquisto della proprietà in capo alla P.A. e diritto al risarcimento dei danni in capo all'espropriato); al contempo, ne ha

mutato i presupposti: non più illegittimità del comportamento della P.A. e realizzazione dell'opera, ma realizzazione dell'opera ed emanazione di un atto di acquisizione sanante.

La mediazione provvedimentale espressamente prevista dall'articolo 43, inoltre, consente da un lato di rendere il meccanismo acquisitivo non più controverso e dai confini incerti, ma regolato dalla legge e perfettamente aderente alle prescrizioni internazionali; dall'altro, di considerare possibile il sindacato giurisdizionale sul provvedimento discrezionale conclusivo del procedimento stesso. L'originario proprietario può, infatti, impugnare l'atto con cui la P.A. ha acquisito il bene investendo il giudice del compito di vagliare la legittimità del potere discrezionale esercitato da parte della P.A.

Diversamente dall'occupazione appropriativa, in quella usurpativa la P.A. occupa il terreno e realizza l'opera pubblica in totale assenza di una dichiarazione di pubblica utilità.

In tale ipotesi, anche se l'opera è stata realizzata, dovrà essere restituita al privato proprietario del terreno; non si realizza, cioè, l'effetto acquisitivo a favore della P.A., a meno che il proprietario non abbia alcun interesse a conseguire l'opera ormai realizzata e preferisca percepire dall'Ente espropriante una somma a titolo di risarcimento del danno. In tal caso, qualora il proprietario opti per il risarcimento, accettandolo in alternativa alla restituzione, la P.A. acquisisce il bene e il proprietario perde il diritto di chiederne la restituzione (Cass Civile 30 Gennaio 2001, n.1266).

Come ha evidenziato la Corte di Cassazione *“È il caso di sottolineare che, rispetto all'occupazione appropriativa, la c.d. occupazione usurpativa, configurabile in mancanza (originaria o sopravvenuta) di una dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, si differenzia sostanzialmente dalla prima in quanto l'acquisizione del bene alla mano pubblica non consegue automaticamente all'irreversibile trasformazione di esso, ma è logicamente e temporalmente successiva, dipendendo da una scelta del proprietario usurpato che implicitamente rinuncia al diritto dominicale optando per una tutela*

risarcitoria in luogo della pur possibile tutela restitutoria (Cass. 18 febbraio 2000 n. 1814)” (Cass. Civ. 4451/2001).

Orbene, i principali profili problematici attinenti i due istituti in esame riguardano: l’individuazione del giudice competente a decidere le controversie sorte a seguito dell’una e dell’altra ipotesi occupativa, la natura dell’illecito dei due tipi di occupazione (utile al fine di stabilire il *dies a quo* di decorrenza del termine di prescrizione dell’illecito amministrativo), nonché il criterio in base al quale calcolare il risarcimento danni spettante al privato in ciascuna ipotesi.

Complesso l’iter normativo e giurisprudenziale che ha caratterizzato l’evolversi del sistema di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo nelle controversie occupative. L’articolo 34 del d.lgs. n. 80/1998 prevedeva che *“Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica ed edilizia”*. 2 2. *Agli effetti del presente decreto, la materia urbanistica concerne tutti gli aspetti dell’uso del territorio. 3. Nulla è innovato in ordine: a) alla giurisdizione del tribunale superiore delle acque; b) alla giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell’adozione di atti di natura espropriativa o ablativa”*. L’articolo 34, dunque: al primo comma devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutta la materia dell’urbanistica e dell’edilizia, ivi compresi i comportamenti della P.A.; al secondo comma specificava che ai fini della sua applicazione la materia urbanistica dovesse essere intesa in senso ampio, come comprensiva di tutti gli aspetti concernenti l’uso del territorio; infine, disponeva il mantenimento della giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità conseguenti ai provvedimenti ablatori.

In sede di applicazione della suddetta norma si erano posti in giurisprudenza due problemi interpretativi: quello della delimitazione della materia urbanistica e quello della identificazione della nozione di comportamento.

Per quanto attiene al primo aspetto, la giurisprudenza attribuì ben presto a detta espressione una accezione estensiva, che faceva rientrare nella nozione di urbanistica anche le fattispecie ablatorie poste in essere dalla P.A. per la realizzazione di opere pubbliche. Quanto all'identificazione della nozione di comportamento, la giurisprudenza tendeva a distinguere i medesimi a seconda del loro legame con l'attività provvedimentale, con l'esercizio della funzione amministrativa. In particolare, secondo una tesi estensiva, tutti i comportamenti della P.A. a prescindere dal loro collegamento con un'attività di tipo provvedimentale erano stati devoluti dal legislatore alla giurisdizione del G.A. Secondo l'orientamento più restrittivo, invece, ai fini dell'individuazione del giudice competente era necessario operare un'importante distinzione: i comportamenti collegati all'attività provvedimentale, costituendo manifestazione del potere pubblico, rientravano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Fra questi veniva inserita a pieno titolo l'occupazione acquisitiva che, a causa del necessario collegamento con una dichiarazione di pubblica utilità, veniva considerata un'attività esecutiva di provvedimenti. Viceversa, i comportamenti completamente svincolati da ogni tipo di provvedimento, rilevando come meri atti materiali, erano ricondotti alla giurisdizione del G.O. Trovava collocazione in tale ambito l'occupazione usurpativa caratterizzata, a differenza di quella acquisitiva, dall'assenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità.

Il sistema di riparto di giurisdizione delineato nel decreto legislativo n. 80/1998 venne, tuttavia, dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte Costituzionale nel corso del 2004. Nella celeberrima sentenza n. 204/2004 la Corte: ritenne illegittimo l'articolo 34 nella parte in cui, in materia di urbanistica e di edilizia, attribuiva al G.A. la giurisdizione non solo sugli atti e i provvedimenti della P.A., ma anche sui comportamenti; affermò l'inaccettabilità del sistema di riparto di materie tra G.O. e G.A. delineato

nell'articolo 34 e ribadì che il criterio cardine per il riparto di giurisdizione tra G.O. e G.A. era quello della c.d. causa petendi, cioè della natura della situazione giuridica fatta valere in giudizio, qualificando il G.O. quale giudice naturale dei diritti soggettivi e il G.A. quale giudice naturale degli interessi legittimi; inoltre, sostenne il carattere eccezionale della giurisdizione esclusiva del G.A. che poteva sussistere solo in particolari materie caratterizzate dall'esistenza di un intreccio inestricabile tra diritti soggettivi e interessi legittimi oltre che dalla circostanza che la P.A. agisse come Autorità: *“Tale necessario collegamento delle "materie" assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive - e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa - è espresso dall'art. 103 laddove statuisce che quelle materie devono essere "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo”*.

Se, dunque, la giurisdizione esclusiva poteva essere giustificata solo dall'inerenza della «particolare materia» all'esercizio di poteri autoritativi, ci si è chiesti se i comportamenti che la Corte Costituzionale aveva ritenuto non potessero essere ricompresi nella giurisdizione amministrativa esclusiva in materia urbanistica, in quanto del tutto disancorati dall'esercizio di poteri pubblicistici, non fossero a ben vedere altro che quei comportamenti che già la giurisprudenza non aveva ritenuto afferenti alla materia urbanistica perché privi di un qualche collegamento (stretto o più ampio) con l'esercizio della funzione pubblica, oppure se la Corte non avesse inteso estromettere del tutto l'attività non provvedimentale dalla sfera riconducibile alla giurisdizione esclusiva.

Nel primo caso, gli effetti della sentenza n. 204/04 sarebbero stati pressoché nulli, mantenendo sostanzialmente inalterato il quadro precedente; nel secondo caso, invece, l'effetto della sentenza della Corte sarebbe stato dirompente,

privando in pratica di rilievo la previsione di una giurisdizione esclusiva in materia urbanistica, giacché il giudice amministrativo già conosce ordinariamente degli atti e dei provvedimenti amministrativi nella propria giurisdizione generale di legittimità.

Ciò che è stato necessario stabilire, dunque, per una migliore comprensione della incidenza in concreto della sentenza della Consulta n. 204/2004 sui singoli comportamenti dell'amministrazione in materia urbanistica, è se tutta l'attività materiale posta in essere dall'amministrazione pubblica potesse essere ricondotta alla nozione di «comportamento», che la Corte Costituzionale aveva inteso far rientrare nella giurisdizione del giudice ordinario, o se essa comprendesse solo quell'attività materiale che non costituisce esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi e che non fosse quindi riconducibile, nemmeno mediatamente, all'esercizio del potere autoritativo della P.A.

Il nuovo articolo 133 del Codice del Processo Amministrativo, recependo in toto le indicazioni contenute nelle suddette sentenze della Corte Costituzionale oggi statuisce che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: *“le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario per quelle riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa”*.

La norma indicata, tuttavia, nel recepire pianamente le indicazioni della Corte Costituzionale, non ha risolto i dubbi interpretativi sorti in giurisprudenza successivamente alle pronunce suddette. Sicchè, salvo ulteriori pronunce, possono considerarsi ancor oggi validi gli approdi pretori formati dopo le sentenze 204 e 281 del 2004 della Corte Costituzionale.

A tal proposito, la giurisprudenza è concorde nel devolvere al giudice ordinario: le fattispecie in cui la dichiarazione di pubblica utilità manca del tutto, le controversie concernenti la determinazione dell'indennità di esproprio

e le controversie concernenti la determinazione dell'indennità derivante dalla reiterazione dei vincoli preordinati all'esproprio.

La giurisprudenza è altresì concorde nel devolvere al giudice amministrativo: le controversie concernenti la legittimità del decreto di esproprio emanato in presenza di una dichiarazione di pubblica utilità valida e le controversie relative all'occupazione acquisitiva in cui la dichiarazione di pubblica utilità sia stata emessa e poi successivamente annullata in sede amministrativa o giurisdizionale perché anche in tal caso si è in presenza di un concreto riconoscibile atto di esercizio del potere, pur se poi lo stesso si è rivelato illegittimo e per effetto dell'annullamento ha cessato retroattivamente di esplicare i suoi effetti. Con la conseguenza che in entrambi i casi spetta al giudice amministrativo disporre le diverse forme di tutela che l'ordinamento appresta per le situazioni soggettive sacrificate dall'esercizio illegittimo del potere ablativo e, tra queste forme di tutela, rientra anche quella risarcitoria, in forma specifica o per equivalente.

Giurisprudenza amministrativa e ordinaria non sono, invece, concordi relativamente a due ipotesi: le fattispecie in cui il provvedimento contenente la dichiarazione di p.u. sia radicalmente nullo (art.23 della legge 241 del 1990) fra cui nella casistica giudiziaria ha assunto particolare rilevanza la fattispecie in cui lo stesso non contenga l'indicazione dei termini per l'inizio ed il compimento delle espropriazioni e dell'opera, richiesta dall'art.13 della legge 2359 del 1865 e rispondente alla necessità di rilievo costituzionale (art. 42 comma 3 della Cost.) di limitare il potere discrezionale della pubblica amministrazione, al fine di evitare di mantenere i beni espropriabili in stato di soggezione a tempo indeterminato, nonché all'ulteriore finalità di tutelare l'interesse pubblico a che l'opera venga eseguita in un arco di tempo valutato congruo per l'interesse generale per evidenti ragioni di serietà dell'azione amministrativa. In tal caso, mentre la giurisprudenza ordinaria ha ritenuto che la giurisdizione sia del g.o. in quanto in tal caso il comportamento della pubblica amministrazione deve considerarsi un vero e proprio comportamento materiale, non riconducibile neanche mediatamente all'esercizio del potere

amministrativo, la giurisprudenza amministrativa ha sostenuto la tesi opposta ritenendo che la d.p.u. sia non nulla ma illegittima e, dunque, idonea a fondare un vero e proprio potere della P.A. Del pari controverse le fattispecie in cui in seguito all'emanazione di un decreto di occupazione, l'Amministrazione abbia protratto la stessa oltre il termine indicato dalla dichiarazione di pubblica utilità senza emanare il relativo decreto di esproprio. In tal caso, mentre la giurisprudenza ordinaria ritiene che la scadenza del termine indicato nella dichiarazione di pubblica utilità determini una frattura tra il comportamento occupativo e il comportamento della Pubblica Amministrazione, con la conseguenza che la controversia relativa al risarcimento del danno appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, il Consiglio di Stato ritiene che la scadenza del termine per l'emanazione del decreto di esproprio non muta la giurisdizione del giudice amministrativo in quanto il comportamento occupativo è sorto, comunque, in esecuzione di un provvedimento amministrativo e la scadenza del termine non determina il venir meno di questo potere, ma solo la illegittimità del medesimo.

Del pari complesso ed articolato il dibattito sulla quantificazione del risarcimento nell'ipotesi di occupazione appropriativa.

Originariamente la giurisprudenza affermava che il criterio di quantificazione del danno risarcibile nell'ipotesi di occupazione appropriativa era diverso da quello utilizzabile per la determinazione dell'indennità di esproprio e doveva individuarsi nel valore venale del bene sottratto.

In contrasto con tale orientamento, la legge n. 549/1995 ha modificato l'articolo 5 bis della legge n. 359/1992, estendendo i parametri fissati dallo stesso art. 5 bis per il calcolo dell'indennità espropriativa, al calcolo del risarcimento del danno nell'ipotesi di occupazione acquisitiva.

La norma è stata, però, tacciata di illegittimità costituzionale per contrasto con l'articolo 3 e 42 della Costituzione a causa della mancata considerazione delle caratteristiche specifiche strutturali dell'occupazione acquisitiva rispetto all'ordinaria espropriazione. Detta disciplina, infatti, regolava in modo uguale situazioni profondamente diverse: da una parte una legittima procedura

espropriativa, dall'altra una vicenda nascente da un comportamento illecito della P.A.

A seguito di tale pronuncia il legislatore, con la legge n. 662/1996 aveva introdotto una disciplina che differenziava il trattamento economico dell'occupazione rispetto a quello previsto per l'espropriazione. In base alle nuove regole, il risarcimento da occupazione veniva quantificato calcolando la somma sulla base dell'articolo 5 bis (media tra il valore venale del bene e il suo reddito dominicale), applicandovi un incremento del 10% ed escludendo l'applicazione del meccanismo incentivante della riduzione del 40% previsto per il caso di contestazioni giudiziarie delle somme determinate dalla P.A.

Questo sistema era anche stato dichiarato costituzionalmente legittimo da parte della Corte Costituzionale la quale aveva sottolineato la sua idoneità a superare l'irragionevolezza del precedente sistema: *“La valutazione dell'incremento (non irrisorio, né meramente apparente) a favore del privato danneggiato, risultante nella norma denunciata - nei termini sottolineati - rispetto alla previsione largamente riduttiva della precedente norma colpita da dichiarazione di illegittimità costituzionale, vale ad escludere quella irragionevolezza ritenuta nella precedente formulazione normativa, e fondata essenzialmente sulla predetta coincidenza (ora eliminata con apprezzabile differenziazione) di indennità in caso di illecito e di procedura legittima dell'amministrazione”* (Corte Costituzionale n. 148/1999).

Da ultimo, la sentenza della Corte Costituzionale n. 349/2007 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma suddetta poiché *“non prevedendo un ristoro integrale del danno subito per effetto dell'occupazione acquisitiva da parte della pubblica amministrazione, corrispondente al valore di mercato del bene occupato, è in contrasto con gli obblighi internazionali sanciti dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU e perciò stesso viola l'articolo 117, primo comma della Costituzione”*.

La Corte Costituzionale ha, infatti, ricordato che la Corte di Giustizia ha affermato in applicazione dell'art. 1 del protocollo addizionale della CEDU, il principio secondo cui *“quando si tratta di esproprio isolato che non si situa in*

un contesto di riforma economica, sociale o politica e non è legato ad alcuna altra circostanza particolare, non sussiste alcun obiettivo legittimo di pubblica utilità che possa giustificare un rimborso inferiore al valore commerciale...al fine di escludere la violazione della norma convenzionale occorre, dunque, sopprimere qualsiasi ostacolo per l'ottenimento di un indennizzo avente un rapporto ragionevole con il valore del bene espropriato”.

Tale principio, affermato anche con specifico riguardo alla occupazione acquisitiva, ha determinato l'affermazione dell' *“illegittimità, nella fattispecie in esame, di un ristoro economico che non corrisponda al valore reale del bene...”*.

Oscillante anche l'orientamento giurisprudenziale relativo al tipo di responsabilità configurabile in capo alla P.A. e al termine di prescrizione per farla valere: inizialmente, in una sentenza del 1983 la Corte di Cassazione aveva accolto la tesi secondo cui l'occupazione andava considerata un illecito della P.A. da cui discendeva una responsabilità di tipo risarcitorio che, secondo le regole ordinarie, si prescriveva nel termine di cinque anni. La tesi della prescrizione quinquennale è stata messa in discussione da una successiva sentenza della Cassazione secondo cui nell'occupazione potevano essere distinti due momenti diversi: l'occupazione del terreno e la costruzione dell'opera pubblica. Il primo momento era illecito e non poteva in alcun modo essere alla base di un acquisto a favore della P.A.; il secondo momento, invece, era lecito e produceva, contemporaneamente, l'effetto acquisitivo a favore della P.A. e quello estintivo a danno del proprietario, non potendo coesistere il diritto di proprietà privata con quella pubblica. Dalla natura lecita del fatto derivava, come naturale corollario, che il privato non maturava un diritto al risarcimento del danno da fatto illecito, ma piuttosto un diritto di credito su una somma che corrispondeva al controvalore del bene perduto e che, come qualsiasi altro diritto personale di credito, si prescriveva nel termine di dieci anni ex art. 2946 c.c.

Per sanare questo contrasto ermeneutico è intervenuta la Corte di Cassazione a Sezioni Unite che, nella sentenza n. 12546/1992 ha riaffermato la tesi della

derivazione dal comportamento illecito della P.A., della natura aquiliana della responsabilità e della durata quinquennale del termine di prescrizione della stessa.

Sul *dies a quo* di decorrenza di questa azione la giurisprudenza si divideva tra quanti ritenevano che l'occupazione costituisse un illecito istantaneo che si consumava nel momento della radicale trasformazione del suolo occupato, e quanti, al contrario, la consideravano un illecito permanente che si compiva con il mantenimento da parte della P.A. della situazione lesiva: la prima tesi, che era quella maggiormente condivisa, faceva coincidere l'inizio del decorso della prescrizione con la radicale trasformazione del suolo occupato; per la seconda tesi, invece, la prescrizione decorreva istante per istante fino a quando permaneva la situazione lesiva. Tuttavia, sul punto è intervenuta la Corte di Cassazione a Sezioni Unite che ha stabilito che in caso di occupazione legittima divenuta illegittima a seguito della scadenza dei termini o a seguito di annullamento della dichiarazione di pubblica utilità, la prescrizione comincia a decorrere dalla fine dell'occupazione legittima, in virtù del principio generale per cui la prescrizione decorre dal momento in cui il diritto può essere fatto valere (art.2935 c.c. v. Cass. Civ. Sez. Unite n. 485/1999).

Orbene, al quadro normativo e giurisprudenziale sopra delineato, occorre aggiungere il recente intervento della Corte Costituzionale che, nella sentenza 8 ottobre 2010, n. 293 ha dichiarato l'articolo 43 del d.p.r. n. 327/2001 costituzionalmente illegittimo per eccesso di delega.

In conseguenza di detta pronuncia, l'art. 34 del Decreto Legge n. 98 del 6 luglio 2011, convertito con legge n. 111 del 15/07/2011, ha introdotto nel Testo Unico per le Espropriazioni l'art. 42 bis che, in sostituzione dell'art. 43 abrogato dalla Corte Costituzionale, disciplina l'acquisizione, in sanatoria, di beni utilizzati per scopi di interesse pubblico. Le principali modifiche apportate dalla nuova normativa possono così riassumersi.

Anzitutto, il comma 1° dello stesso articolo 42 bis prevede che il bene è acquisito al patrimonio dell'autorità "*non retroattivamente*". Ciò comporta che, contrariamente alla interpretazione della norma sinora fornita dalla

giurisprudenza volta ad estendere in via retroattiva l'ambito di applicazione temporale della disciplina di cui all'art. 43, la stessa non è operante in presenza di un giudicato che abbia già disposto la restituzione del bene al legittimo proprietario privato.

Altra differenza rispetto al passato va ravvisata nella previsione, in luogo del risarcimento del danno, di un indennizzo dovuto a fronte del pregiudizio patrimoniale subito dal privato: indennizzo la cui misura, salva diversa previsione di legge, è quantificata nel corrispondente valore venale del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità e, se l'occupazione riguarda un terreno edificabile, sulla base delle disposizioni dell'articolo 37, commi 3, 4, 5, 6 e 7; per quello non patrimoniale la misura è del dieci per cento del valore venale del bene.

L'atto di acquisizione riceve, inoltre, dalla nuova normativa, una più evidente qualificazione pubblicistica: viene, infatti, espressamente qualificato come provvedimento, al fine di sottolinearne la natura autoritativa ed imperativa. Ad ulteriore conferma va peraltro evidenziato che il comma 7° dell'art. 42-bis, innovando rispetto al previgente articolo 43, prevede che la copia integrale dell'atto sia trasmessa alla Corte dei Conti.

Ancora, il comma 4° dell'art. 42-bis prevede un contenuto più ricco del provvedimento di acquisizione rispetto quanto originariamente previsto dal comma 2° dell'art. 43 t.u. sulle espropriazioni. Come in passato, esso deve recare: a) l'indicazione delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area e, se possibile, la data dalla quale essa ha avuto inizio; b) la liquidazione non più del risarcimento bensì dell'indennizzo. Oltre a ciò, l'autorità, deve fornire un idoneo supporto motivazionale relativamente alle ragioni attuali ed eccezionali di interesse pubblico sottese alla sua adozione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative.

Diversa, inoltre, la disciplina della notificazione dell'atto al proprietario: il nuovo articolo 42 bis non specifica, come avveniva nell'art. 43, che la stessa deve avvenire nelle forme degli atti processuali civili. Nessun riferimento,

nella nuova norma, neanche alla trascrizione dell'atto presso la conservatoria dei registri immobiliari a cura dell'amministrazione procedente e la sua trasmissione in copia all'ufficio istituito ai sensi dell'articolo 14, comma 2.

Diverso anche l'effetto prodotto dal provvedimento di acquisizione: il nuovo art. 42-*bis* subordina il passaggio di proprietà del bene al verificarsi della condizione sospensiva del pagamento delle somme dovute ai sensi del comma 1°, ovvero del loro deposito effettuato ai sensi dell'articolo 20, comma 14.

Una speciale disciplina viene dettata per l'acquisizione sanante avente ad oggetto un terreno che sia stato utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata o convenzionata ed il terreno destinato ad essere attribuito per finalità di interesse pubblico in uso speciale a soggetti privati, al fine di sancire non solo che in tali ipotesi sono applicabili i commi precedenti, bensì precisando che il provvedimento è di competenza dell'autorità che ha occupato il terreno e che la liquidazione forfettaria dell'indennizzo per il pregiudizio non patrimoniale è pari al venti per cento del valore venale del bene.

Premesso quanto sopra, può procedersi ad esaminare gli aspetti contemplati dal Consiglio di Stato ed i principi giuridici dal medesimo stabiliti nella pronuncia indicata in epigrafe.

Sono tre le statuizioni contenute nella pronuncia esaminata.

La prima riguarda il criterio di riparto tra occupazione appropriativa e usurpativa. Tralasciando qualsiasi considerazione di carattere descrittivo e teorico, il Collegio rileva come ormai tra le suddette figure non intercorra alcuna differenza sostanziale essendo entrambi illeciti permanenti, affidati alla giurisdizione del giudice amministrativo (salvo il caso in cui una dichiarazione di pubblica utilità manchi del tutto, per il quale la giurisdizione è del giudice ordinario): *“Il Collegio deve precisare, preliminarmente, che la distinzione tra occupazione appropriativa ed usurpativa (quella realizzata in assenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità), invocata dagli appellanti per ottenere una diversa misura del risarcimento del danno, ha perso di significato sia con riferimento alla giurisdizione (nel senso che residuano al giudice ordinario le*

sole ipotesi in cui ab origine manchi del tutto una dichiarazione di pubblica utilità dell'opera) che alla decorrenza del termine di prescrizione trattandosi nei due casi di un illecito permanente come affermato dalla più recente giurisprudenza amministrativa (aderendo alle argomentazioni svolte in più occasioni dalla Corte europea dei diritti umani e, di recente, Cons. St., sez. IV, 27 giugno 2007 n. 3752, 16 novembre 2007, n. 5830 e 30 novembre 2007, n. 6124)”.

L'unico elemento di differenziazione ancora esistente, aggiunge il Collegio, *“riguarda invero l'individuazione del dies a quo di commissione dell'illecito posto che, in caso di occupazione usurpativa, esso va fatto decorrere dal momento dell'immissione in possesso da parte dell'amministrazione mentre, in caso di occupazione appropriativa, dalla scadenza del termine di occupazione legittima del terreno (ciò rileva al fine di individuare il momento in cui misurare il valore venale ai fini della quantificazione del risarcimento del danno)”*.

Il secondo aspetto preso in esame dal Collegio riguarda la possibilità di estendere il criterio di quantificazione del danno stabilito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 349/2007 anche alle fattispecie occupative realizzatesi prima dell'emanazione della pronuncia medesima. Positiva la risposta del Supremo Consesso amministrativo che osserva: *“In altre parole, la sentenza della Corte costituzionale 24 ottobre 2007, n. 349 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 5-bis, comma 7-bis, d.l. n. 333 del 1992, convertito con modificazioni dalla l. n. 359 del 1992, introdotto dall'art. 3 comma 65 l. n. 662 del 1996, in quanto non prevedeva un risarcimento del danno da occupazione acquisitiva da parte della p.a. pari al valore venale del bene deve ritenersi direttamente applicabile al caso di specie, a prescindere dalla qualificazione dell'occupazione in termini di occupazione acquisitiva o usurpativa. Infatti, poiché le sentenze della Corte costituzionale sono retroattive e hanno quindi efficacia anche rispetto ai rapporti antecedenti che non siano, ovviamente, esauriti per il fatto di essere regolati da provvedimenti ormai passati in giudicato, il giudice chiamato a risolvere le controversie*

relative, appunto, alla quantificazione del danno da occupazione acquisitiva, deve tenere conto della citata sentenza della Corte costituzionale (e, peraltro, della successiva normativa che risulta essere confermativa della stessa) anche se successiva all'occupazione, a meno che le statuizioni relative alla regolamentazioni relative al rapporto tra la p.a. occupante e il soggetto che ha subito l'occupazione medesima non risultino coperte da giudicato. L'applicabilità del precedente criterio di liquidazione, infatti, vulnera i principi del giusto processo e della parità delle parti e violerebbe l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 6 della CEDU ed 1 del Primo Protocollo, poiché la sua applicabilità ai giudizi in corso e la misura dalla stessa stabilita per la quantificazione del danno da occupazione acquisitiva lederebbe il diritto di proprietà, ponendosi in contrasto con i citati art. 6 ed 1, come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, con conseguente violazione di obblighi internazionali assunti dallo Stato (cfr. Corte costituzionale, 14 marzo 2008, n. 66). Pertanto, si deve ritenere che, in tema di risarcimento danni da esproprio, con la pronuncia n. 349 del 2007, la Consulta ha ora abrogato il meccanismo indennitario anche per le occupazioni illegittime anteriori al 30 settembre 2006, per modo che al proprietario deve essere corrisposto il risarcimento del danno, rapportato al pregiudizio arrecato per la perdita di proprietà del bene, ossia al valore venale dello stesso”.

A chiudere la pronuncia in esame il riconoscimento, in favore del privato ricorrente, del risarcimento del danno non patrimoniale previsto dal nuovo articolo 42 bis del d.p.r. 327/2001. Si tratta di un'ipotesi di danno che, precisa il Collegio, va liquidata anche per le fattispecie verificatesi prima dell'entrata in vigore della disposizione contenuta nell'articolo 42 bis, con il metodo equitativo previsto dall'articolo 1226 c.c.: *“Inoltre, devono essere valutati “i danni morali” richiesti dall'appellante sulla base del nuovo art. 42-bis del T.U. Espropriazione n. 327/2001, introdotto dall'art. 34 della cd. “Manovra economica 2011” (D.L. 6 luglio 2011, n. 98), il quale, reintroducendo l'istituto dell'acquisizione sanante, prevede anche che al proprietario sia corrisposto un*

indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, anche con riferimento ai fatti antecedenti (comma 8 del predetto art. 42-bis).

Il riferimento al danno non patrimoniale in tale disposizione costituisce disposizione innovativa, che impone la necessità di opportuna considerazione anche in sede di risarcimento del danno per illecita occupazione; danno patrimoniale che il Collegio ritiene di poter equitativamente determinare, ai sensi dell'art. 1226 c.c., in complessivi euro 50.000,00, atteso anche il valore complessivo del risarcimento”.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 29 novembre 2011, n. 6296

Sulla pregiudiziale amministrativa.

Uno dei temi di certo più dibattuti e controversi che la giurisprudenza ha tentato in vario modo di risolvere dal 1999 ad oggi è quello della c.d. pregiudiziale amministrativa. Il nodo problematico che tale questione presenta si sostanzia nello stabilire se l'azione risarcitoria promossa dal singolo per ottenere il risarcimento del danno patito in conseguenza della lesione di un interesse legittimo (oppositivo o pretensivo) possa essere proposta solo previa proposizione e previo esito positivo di un'azione di annullamento dell'atto amministrativo illegittimo o se, al contrario, tale azione debba considerarsi del tutto autonoma e dunque esperibile anche in assenza del già avvenuto esercizio dell'azione di annullamento.

Al riguardo, è bene innanzitutto evidenziare la presenza di una lunga e tormentata evoluzione giurisprudenziale in cui è possibile individuare, come spartiacque, l'emanazione della l.n. 205/2000 che per la prima volta ha attribuito al G.A. la competenza a decidere in ordine alle questioni afferenti il risarcimento danni e gli altri “diritti patrimoniali consequenziali”.

Dunque, prima dell'emanazione della l.n. 205/2000, la giurisprudenza era concorde nell'attribuire alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione delle azioni tese ad ottenere il risarcimento del danno. Tuttavia, anche all'interno di tale periodo è possibile distinguere due momenti diversi: prima