

**Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 16 marzo 2012, n. 1514.**

Sul danno risarcibile in caso di occupazione illegittima ex articolo 42 bis del d.p.r. 327/2001.

Di particolare interesse la pronuncia in esame che affronta uno dei temi più spinosi della materia degli espropri: gli effetti e la quantificazione del danno da occupazione illegittima.

Come noto, il procedimento espropriativo si conclude legittimamente solo se entro il termine previsto nella dichiarazione di pubblica utilità interviene il decreto di esproprio o il contratto di cessione. Solo in presenza di questi due atti emanati nel termine suddetto, il procedimento espropriativo determina l'acquisizione della proprietà in favore della amministrazione espropriante.

Per giurisprudenza unanime non può, invece, riconoscersi effetto traslativo all'accordo sull'ammontare dell'indennità di esproprio intervenuto tra amministrazione e proprietario del bene. Una diversa soluzione violerebbe non solo il principio di tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi, stante la chiara intenzione dell'ordinamento giuridico di riconoscere efficacia traslativa solo al decreto di esproprio o al contratto di cessione, ma anche il principio dell'autonomia negoziale delle parti, in quanto si attribuirebbe efficacia reale ad un atto negoziale che, nell'intenzione delle parti, è preordinato a produrre solo effetti obbligatori.

Dunque, nell'ipotesi in cui entro il termine previsto nella dichiarazione di pubblica utilità non intervengano il decreto di esproprio o il contratto di cessione, l'Amministrazione è indiscutibilmente tenuta alla riduzione in pristino e alla restituzione del bene al legittimo proprietario. Conclusione necessaria anche nell'ipotesi in cui si sia già realizzata l'opera pubblica, non potendo farsi derivare alcun effetto traslativo da un mero comportamento amministrativo, per di più illegittimo.

Tuttavia, il vecchio testo dell'articolo 43 del testo Unico sugli espropri, prevedeva che se entro il termine indicato nella dichiarazione di pubblica utilità non fosse intervenuto il decreto di esproprio o l'accordo di cessione e l'Amministrazione avesse, nel frattempo, realizzato l'opera, l'ente espropriante avrebbe potuto evitare la condanna restitutoria tramite l'emanazione di un atto di acquisizione idoneo a produrre l'effetto traslativo.

Inoltre, si aggiungeva, se detto atto di acquisizione non fosse stato emanato e il privato avesse adito il giudice per ottenere la restituzione del bene, era facoltà dell'Amministrazione chiedere una condanna risarcitoria al posto di quella restitutoria e potere del giudice accogliere tale richiesta, fermo l'obbligo dell'Amministrazione di emanare l'atto di acquisizione, necessario per produrre l'effetto traslativo di un bene ancora di proprietà del privato.

L'articolo 43 è stato, tuttavia, dichiarato costituzionalmente illegittimo da parte della Corte Costituzionale nella sentenza 8 ottobre 2010, n. 293 per eccesso di delega e, dunque, per contrasto e con l'articolo 76 della Costituzione. Secondo la Corte, infatti, la legge-delega aveva conferito, sul punto, al legislatore delegato il potere di provvedere soltanto ad un coordinamento formale relativo a disposizioni vigenti, mentre l'istituto previsto e disciplinato dalla norma impugnata è connotato da numerosi aspetti di novità rispetto alla disciplina espropriativa oggetto delle disposizioni espressamente contemplate.

Venuto meno l'articolo 43 del T.U. si è posto in giurisprudenza il problema relativo alle conseguenze riconducibili alla realizzazione di un'opera pubblica seguita dallo svolgimento di una procedura espropriativa non corretta o, addirittura, non preceduta da una dichiarazione di pubblica utilità: secondo un primo orientamento espresso dal T.a.r. Lecce nella sentenza n. 2683 dell'8

ottobre 2010, l'acquisto della proprietà in capo alla Pubblica Amministrazione si sarebbe potuto giustificare in virtù del principio di specificazione sancito nell'articolo 940 c.c.: se qualcuno adopera un bene altrui per formare una nuova cosa, ne acquista la proprietà pagando al proprietario il prezzo della materia. Secondo una diversa soluzione prospettata dalla sentenza del T.a.r. Napoli del 18 gennaio 2011, n. 262 avrebbe dovuto trovare applicazione in questi casi il più generale principio "quod edificandum solo cedit" (art. 934 c.c.): la proprietà dell'immobile spetta al privato che può decidere di chiedere la restituzione del bene, oltre al risarcimento. In particolare, ha rilevato il Collegio, *"ove un terzo abbia eseguito opere con materiali propri su fondo altrui, il proprietario di quest'ultimo può scegliere se acquisirne la proprietà ovvero obbligare il terzo a rimuoverle; una volta che la rimozione non sia stata chiesta nel termine di sei mesi di cui all'art. 936, ultimo comma, il proprietario acquista a titolo originario ed ipso iure la proprietà delle opere realizzate in virtù del principio generale dell'accessione, poiché l'obbligazione al pagamento del valore dei materiali e del prezzo della mano d'opera ovvero dell'incremento di valore - che insorge a suo carico a norma dell'art. 936, comma 2, c.c. - ha natura di indennizzo e non di prestazione sinallagmatica, e non costituisce quindi condizione per la pienezza dell'atto di acquisto"*.

Il legislatore è nuovamente intervenuto con il d.lgs. n. 28/2011 per colmare il vuoto di disciplina lasciato dalla Corte Costituzionale nel 2010, introducendo il nuovo articolo 42 bis rubricato *"Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico"*.

La nuova disposizione presenta elementi di continuità ed elementi di novità rispetto alla disciplina precedente.

Anzitutto, è stata mantenuta la previsione relativa al potere della P.A. di emettere un atto di acquisizione della proprietà del bene qualora nel termine indicato nella dichiarazione di pubblica utilità non sia stato emanato un decreto di esproprio o non sia intervenuto un accorso di cessione. Il primo comma dell'articolo 42 bis prevede, infatti, che: *"All'autorità amministrativa che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo"*

*della pubblica utilità è attribuito il potere di disporre, valutato gli interessi in conflitto, che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene”.*

Per di più, aggiunge il 2° comma dell'articolo 42 bis, detto atto di acquisizione può essere emanato anche dopo che *“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”* od anche, *“durante la pendenza di un giudizio per l'annullamento degli atti citati, se l'amministrazione che ha adottato l'atto impugnato lo ritira”.*

Ciò detto, tuttavia, la norma omette di disciplinare, a differenza di quanto faceva il vecchio testo dell'articolo 43, l'ipotesi in cui detto atto di acquisizione non venga emanato e le parti agiscano in giudizio per richiedere la riduzione in pristino e la restituzione del bene. A tal proposito, il vecchio articolo 43 prevedeva, come sopra accennato, la possibilità per l'amministrazione procedente di chiedere in giudizio la condanna risarcitoria per equivalente al posto di quella restitutoria, salva la necessità di emettere seppur tardivamente un apposito atto di acquisizione. Il nuovo testo dell'articolo 42 bis nulla dispone a proposito, sicché si potrebbe ipotizzare, stante la lettera della norma, la possibilità per il giudice amministrativo di condannare la Pubblica Amministrazione alla riduzione in pristino e alla restituzione del bene.

Tuttavia, osserva la pronuncia in esame, tale conclusione si porrebbe in radicale contrasto con l'obiettivo del legislatore di mantenere integro il potere dell'amministrazione di emanare un atto di acquisizione della proprietà. Dunque, continua il Collegio, la *ratio* del nuovo articolo 42 bis da un lato e il principio di atipicità delle pronunce di condanna di cui all'articolo 34, lett. c), dall'altro, rendono necessario limitare il potere del giudice ad una condanna generica a provvedere ex articolo 42 bis, comma 1.

A tal punto, continua il Collegio, l'Amministrazione è tenuta a procedere ed è suo potere discrezionale decidere se procedere alla emanazione di un atto di

acquisizione o rinunciare alla proprietà del bene e procedere alla riduzione in pristino e alla restituzione del medesimo al suo legittimo proprietario.

Nel primo caso, conclude il Collegio, l'effetto traslativo dell'atto di acquisizione sarà subordinato al pagamento, da parte dell'Amministrazione: di una somma pari al valore venale del bene a titolo di corrispettivo; di un'ulteriore somma per il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale pari al 10% del valore venale del bene e di un corrispettivo risarcitorio del 5% del valore che l'immobile aveva in ogni anno successivo alla scadenza della dichiarazione di pubblica utilità a titolo di risarcimento da occupazione illegittima.

Nel secondo caso, la riduzione in pristino e la restituzione del bene dovrà essere accompagnata solo dal pagamento di tale ultima posta risarcitoria. Dice il Collegio: “ ... il potere discrezionale dell'amministrazione di disporre l'acquisizione sanante è conservato: l'art. 42 bis infatti regola i rapporti tra potere amministrativo di acquisizione in sanatoria e processo amministrativo di annullamento, in termini di autonomia, consentendo l'emanazione del provvedimento dopo che “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” od anche, “durante la pendenza di un giudizio per l'annullamento degli atti citati, se l'amministrazione che ha adottato l'atto impugnato lo ritira”. Non regola più invece, come innanzi accennato, i rapporti tra azione risarcitoria, potere di condanna del giudice e successiva attività dell'amministrazione, sicchè ove il giudice, in applicazione dei principi generali condannasse l'amministrazione alla restituzione del bene, il vincolo del giudicato eliderebbe irrimediabilmente il potere sanante dell'amministrazione (salva ovviamente l'autonoma volontà transattiva delle parti) con conseguente frustrazione degli obiettivi avuti a riferimento dal legislatore. I principi derivanti dall'interpretazione sistematica delle norme citate e le possibilità insite nel principio di atipicità delle pronunce di condanna, ex art. 34 lett.c. c.p.a., impongono allora una limitazione della condanna all'obbligo generico di provvedere ex art. 42 bis, salvi gli effetti vincolanti degli accertamenti compiuti nella sede giudiziaria in cui esiti sono

*irretrattabili. 3.3. In conclusione, nel caso di specie, può ritenersi accertata l'assenza di un valido titolo di esproprio, la modifica del bene immobile e la sua utilizzazione (elementi non contestati). Rimane invece impregiudicata la discrezionale valutazione in ordine agli interessi in conflitto, a seguito della quale, l'ANAS S.p.a., ove ritenga di non restituire gli immobili ai legittimi proprietari previo riduzione nel pristino stato, potrà in via alternativa disporre l'acquisizione del bene. Qualora essa decida per l'acquisizione, dovrà contestualmente liquidare in favore degli appellanti il valore venale del bene al momento dell'emanazione del provvedimento, aumentato del 10% a titolo di forfettario ristoro del pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale arrecato, nonchè il 5% del valore che l'immobile aveva in ogni anno successivo alla scadere della dichiarazione di pubblica utilità (11 aprile 1996) a titolo di occupazione sine titolo, detratto, ovviamente, quanto già corrisposto a titolo di indennità, subordinando, come per legge, l'effetto traslativo all'effettivo pagamento delle somme. Tale ultima posta risarcitoria dovrà essere corrisposta anche nel caso in cui l'amministrazione dovesse optare per la restituzione. In quest'ultimo caso, ove le somme già ricevute dagli appellanti si rivelassero superiori al danno da occupazione, esse dovranno essere restituite per l'eccedenza".*

In materia di espropri interessante, da ultimo, anche la sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 28 febbraio 2012, n. 1133 ove il Supremo Consesso amministrativo ha affrontato un altro aspetto interessante del procedimento espropriativo: il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo nelle controversie in materia di occupazioni illegittime della Pubblica Amministrazione.

Come noto, l'articolo 34 del d.lgs. n. 80/1998, 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.

La formulazione della norma, che riservava alla giurisdizione del G.A. i comportamenti in materia urbanistica, poneva sostanzialmente due problemi interpretativi: la delimitazione della materia urbanistica e l'identificazione della nozione di "comportamento". Per quanto attiene al primo aspetto, la giurisprudenza accolse ben presto una tesi 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", 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 era necessario distinguere i vari tipi di comportamenti della P.A.: 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 giudice ordinario. Trovava collocazione in tale ambito l'occupazione usurpativa caratterizzata, a differenza di quella acquisitiva, dall'assenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità.

Nel corso del 2004, la Corte Costituzionale viene investita due volte della questione di legittimità costituzionale del sistema di riparto di giurisdizione delineato nel decreto legislativo n. 80/1998. Con la sentenza n. 204/2004 la Corte ha ritenuto illegittimo l'articolo 34 nella parte in cui, in materia di urbanistica e di edilizia, attribuiva al giudice amministrativo la giurisdizione non solo sugli atti e i provvedimenti della P.A., ma anche sui comportamenti; ha affermato l'inaccettabilità del sistema di riparto di materie tra giudice ordinario e giudice amministrativo delineato nell'articolo 34 e ha ribadito che

il criterio cardine per il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice ordinario e giudice amministrativo è quello della c.d. causa petendi, cioè della natura della situazione giuridica fatta valere in giudizio, qualificando il giudice ordinario quale giudice naturale dei diritti soggettivi e il giudice amministrativo quale giudice naturale degli interessi legittimi; inoltre, ha sostenuto il carattere eccezionale della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che può sussistere solo in “particolari” materie, particolari in quanto caratterizzate dall’esistenza di un intreccio inestricabile tra diritti soggettivi e interessi legittimi oltre che dalla circostanza che la P.A. agisce come Autorità.

Se, dunque, la giurisdizione esclusiva può essere giustificata solo dall’inerenza della «particolare materia» all’esercizio di poteri autoritativi, ci si è chiesti se i comportamenti che la Corte Costituzionale ha ritenuto non possano 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 riteneva 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.

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, dunque, sembra recepire la tesi secondo cui non tutti i comportamenti, ma solo quelli esecutivi di un provvedimento amministrativo appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo.

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 (Consiglio di Stato, nella sentenza n. 2234 del 10 aprile 2009).

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 (da ultimo, Consiglio di Stato, sentenza 28 gennaio 2011, n. 676); 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 ad alcune ipotesi, tra cui quella in cui 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, 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 giudice ordinario 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. Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato ha, tuttavia, condiviso la prima delle tesi prospettate ed avallando la soluzione proposta dalle Sezioni Unite ha statuito: “ *...secondo la giurisprudenza anche più recente della Corte regolatrice, la dichiarazione di pubblica utilità priva di termini iniziali e finali per l'avvio e compimento dei lavori e delle occupazioni è da ritenere radicalmente nulla, onde l'occupazione costituisce mero comportamento materiale “...in nessun modo ricollegabile ad un esercizio abusivo dei poteri della p.a., sicché spetta al g.o. la giurisdizione sulla domanda risarcitoria proposta dal privato” perché in tal caso essa è “da ritenere emessa in carenza ovvero in difetto assoluto di attribuzione del potere stesso, che comporta nullità del provvedimento dichiarativo della pubblica utilità e degli atti conseguenti della procedura ablatoria” (Cass. Civ., SS.UU.,14 febbraio 2011, n. 3569).*