

**Coniglio di Stato, sez. IV, 29 agosto 2012, n. 4650**

Sul potere amministrativo di acquisizione in sanatoria ex art. 42 bis d.P.R. n. 327 del 2001.

L'occupazione appropriativa o acquisitiva è un istituto di derivazione giurisprudenziale oggi disciplinato dall'articolo 42-*bis* del T.U.

In epoca anteriore all'introduzione di detta norma, l'occupazione appropriativa costituiva un modo di acquisto a titolo originario della proprietà in capo alla Pubblica

Amministrazione, che si perfezionava con la realizzazione dell'opera pubblica in costanza di un'occupazione illegittima perché protrattasi oltre il termine di cinque anni dall'emanazione del decreto di occupazione. La realizzazione dell'opera pubblica si perfezionava allorché la trasformazione del suolo attuata dall'espropriante risultasse irreversibile, ove per "*trasformazione irreversibile*" si intendeva "*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*".

Presupposti per la configurazione di questo tipo di occupazione erano, dunque, due: l'illegittimità dell'occupazione che costituiva a tutti gli effetti un illecito della P.A. e

l'effettiva realizzazione dell'opera di pubblica utilità sull'area illegittimamente occupata che ne determinava il passaggio di proprietà in capo alla P.A.

In costanza di detti due presupposti si producevano due conseguenze: l'acquisto della proprietà da parte della P.A. 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. e, come tale, fonte di responsabilità risarcitoria di tipo aquiliano.

Discussa la natura dell'illecito commesso dalla P.A. in conseguenza dell'occupazione illegittima: parte pretoria sosteneva la tesi dell'illecito istantaneo che si consumava nel momento della radicale trasformazione del suolo occupato; altra parte sosteneva la tesi dell'illecito permanente che si compiva con il mantenimento da parte della P.A. della situazione lesiva. Le suddette posizioni, lungi dal costituire elucubrazioni meramente teoriche, incidevano sull'individuazione del momento del decorso del periodo di prescrizione: la prima tesi, 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 al permanere della situazione lesiva.

Come rilevato dalla Corte di Cassazione, si trattava di un meccanismo giuridico di acquisto della proprietà esattamente inverso a quello dell'accessione invertita prevista dall'articolo 934 c.c. secondo cui *superficies solo cedit* e in base alla quale è il proprietario del suolo che acquista tutto quello che viene costruito sul suo terreno. Nell'occupazione acquisitiva, infatti, detta appunto anche accessione invertita, per il ribaltamento della regola generale, l'acquisto si determinava a favore del proprietario

della cosa costruita sul suolo (P.A.) piuttosto che a favore del proprietario del suolo. Nel 2000, la Corte europea dei diritti dell'uomo, con due sentenze coeve e gemelle ha contestato, anzitutto, il meccanismo stesso dell'occupazione acquisitiva, basato sull'illiceità di un comportamento della P.A. In secondo luogo ha criticato la non autonomia del sistema di concessione del risarcimento al privato. 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. Secondo la nuova disposizione, la mera realizzazione dell'opera pubblica non comportava automaticamente il suo acquisto in capo alla P.A. e l'impossibilità della restituzione al privato del bene occupato. L'articolo 43 citato ha prescritto, invece, che l'acquisto della proprietà del terreno sarebbe potuto avvenire solo in forza dell'emanazione di un provvedimento discrezionale, il c.d. atto di acquisizione, in cui la P.A. rendesse noti gli scopi di interesse pubblico che giustificavano l'utilizzazione del bene e disponesse l'acquisizione dello stesso da parte della P.A. e il risarcimento dei danni al privato.

In mancanza di questo atto, il privato poteva chiedere la restituzione del bene illegittimamente occupato e il risarcimento del danno. La realizzazione dell'opera pubblica non avrebbe pregiudicato il diritto a conseguire la restituzione, quale risarcimento in forma specifica, al posto del risarcimento per equivalente. La norma, tuttavia, attribuiva all'ente espropriante la possibilità di chiedere la condanna risarcitoria per equivalente al posto di quella restitutoria e al giudice il potere di concederla, fermo l'obbligo dell'ente medesimo di emanare un atto di acquisizione tardivo che segnasse il passaggio del bene in proprietà dell'Amministrazione pubblica.

L'introduzione dell'art. 43 del T.U. non fu necessaria soltanto per conformarsi alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma consentì anche di far aderire il procedimento espropriativo ad una disciplina normativa chiara, nel pieno rispetto del principio di legalità nonché di rendere il potere discrezionale esercitato dalla Pubblica Amministrazione sindacabile dal giudice amministrativo.

Il suddetto articolo 43, tuttavia, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo da parte della Corte Costituzionale, nella sentenza 8 ottobre 2010, n. 293 per eccesso di delega e, dunque, per contrasto 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 a un coordinamento formale relativo a disposizioni vigenti, mentre l'istituto previsto e disciplinato dalla norma impugnata era 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. Un primo orientamento ha ritenuto che l'acquisto della proprietà in capo alla Pubblica Amministrazione si potesse giustificare in virtù del principio di specificazione sancito nell'articolo 940 c.c.. Una diversa impostazione, suggeriva l'applicazione, in questi casi, del più generale principio *quod edificandum solo cedit* (art. 934 c.c.), sicché, la proprietà dell'immobile spettava al privato che poteva decidere di chiedere la restituzione del bene e la riduzione in pristino nel termine di sei mesi di cui all'art. 936, ultimo comma c.c. In mancanza di un'espressa richiesta in tal senso, il proprietario avrebbe acquistato a titolo originario ed *ipso iure* la proprietà delle opere realizzate in virtù del principio generale dell'accessione.

La giurisprudenza era, tuttavia, concorde nel ritenere che, successivamente alla pronuncia di incostituzionalità dell'art. 43 del D.P.R. n. 327 del 2001, restasse fermo il dovere dell'Amministrazione di addivenire a un accordo transattivo con gli interessati, che determinasse il definitivo trasferimento della proprietà dell'immobile. Una volta venuta meno la norma che attribuiva al soggetto pubblico il potere di determinare unilateralmente l'effetto traslativo, dunque, la produzione di quest'ultimo non poteva prescindere dal concorso della volontà dell'espropriato (in tal senso, Cons. Stato, 28 gennaio 2011, n. 676).

Il legislatore è nuovamente intervenuto con il D.Lgs. 3 marzo 2011, n. 28 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 accordo di cessione. Il primo comma dell'articolo 42 *bis* prevede, infatti, che: *“Valutati gli interessi in conflitto, l'autorità 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, può disporre 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”*. La cognizione della domanda di corresponsione della suddetta indennità spetta al giudice ordinario ai sensi dell'articolo 133, comma 1, lett. f) c.p.a. per il quale non sussiste la giurisdizione esclusiva quando si tratti della determinazione e della corresponsione *“delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa”* (Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2012, n. 1438).

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”* o 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 comporta che, se nel corso del giudizio interviene l'atto di acquisizione, la domanda di restituzione o risarcimento danni va dichiarata improcedibile e avverso il nuovo provvedimento si può agire in sede di cognizione (Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2012, n. 1438).

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, ha osservato la giurisprudenza (da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, sentenza 16 marzo 2012, n. 1514) 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, continua l'orientamento in esame, 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.

Nella pronuncia indicata in epigrafe, il Consiglio di Stato riafferma il principio secondo cui l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica non fa venir meno l'obbligo della Pubblica Amministrazione di restituire al privato il bene illegittimamente appreso, ribadisce l'applicabilità dell'art. 42 *bis* del d.P.R. n. 327 del 2001 anche ai giudizi pendenti al momento della sua entrata in vigore e richiama la sentenza del Consiglio di Stato n. 1514 del 16 marzo 2012 al fine di ribadire che la realizzazione dell'opera pubblica sul fondo illegittimamente occupato legittima il privato ad agire in giudizio per chiedere il risarcimento danni o la restituzione e la riduzione in pristino del fondo. Qualora il privato opti per questa seconda soluzione, non solo il giudice deve limitarsi ad una condanna generica a provvedere *ex* art. 42 *bis*, comma 1, ma resta fermo il potere discrezionale dell'Amministrazione di

emanare, nel corso del processo, un atto di acquisizione sanante. L'articolo 42 bis, infatti, consente l'emanazione del provvedimento 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”* o anche *“durante la pendenza di un giudizio per l'annullamento degli atti citati, se l'amministrazione che ha adottato l'atto impugnato lo ritira”*. Ha riferito, dunque, il Collegio che: *“La realizzazione dell'opera pubblica sul fondo illegittimamente occupato è in sé un mero fatto, non in grado di assurgere a titolo dell'acquisto, come tale inidoneo a determinare il trasferimento della proprietà, per cui solo il formale atto di acquisizione dell'amministrazione può essere in grado di limitare il diritto alla restituzione, non potendo rinvenirsi atti estintivi (rinunziativi o abdicativi, che dir si voglia) della proprietà in altri comportamenti, fatti o contegni. Ne discende (fermo quanto di seguito esposto) che, nelle more dell'introduzione del nuovo art. 42-bis e dopo l'annullamento per illegittimità costituzionale dell'art. 43 T.U. espropriazioni, la giurisprudenza di questa Sezione ha affermato che è obbligo primario dell'amministrazione procedere alla restituzione della proprietà illegittimamente detenuta. Quanto al secondo aspetto, osserva la Sezione che, stante la sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 43 DPR n. 327/2001 (Testo unico espropriazioni), per effetto della sentenza della Corte Costituzionale 4 ottobre 2010 n. 293, non può più essere azionato il meccanismo procedimentale accelerato ivi previsto. D'altra parte, l'amministrazione deve valutare l'attivazione di quanto ora previsto dall'art. 42-bis DPR n. 327/2000, sulla base dei criteri indicati dalla giurisprudenza di questa Sezione (si veda Cons. Stato, sez. IV, 16 marzo 2012 n. 1514)”*.