

LA TUTELA RESTITUTORIA IN MATERIA ESPROPRIATIVA: LO STATO DELLA GIURISPRUDENZA ED I NODI ANCORA IRRISOLTI.

Di Giulio Veltri

**Il contributo riprende la relazione tenuta al convegno dell'Associazione art. 111, su "Espropriazione per pubblica utilità", svoltosi a Reggio Calabria l'11 e 12 ottobre 2013.*

IN CORSO DI PUBBLICAZIONE SU www.giustizia-amministrativa.it

1. Interferenze fra la il quantum indennitario e l'evoluzione dell'occupazione appropriativa: la storia di un paradosso; 2. I problemi della tutela restitutoria; 2.a) Il caso in cui l'attore domanda il risarcimento per equivalente; 2.b.) Il caso in cui il proprietario diligentemente chiede la restituzione; 3. La natura della domanda restitutoria; 4. La perimetrazione degli obblighi di restituzione; 5. Le opzioni decisorie a disposizione del giudice amministrativo: 5.a. la condanna alla restituzione; 5.b) l'altra opzione; 6. L'opzione abbracciata dal Consiglio di Stato; 7. Questioni residue relative al giudizio d'ottemperanza; 8. In conclusione

1. Interferenze fra la il quantum indennitario e l'evoluzione dell'occupazione appropriativa: la storia di un paradosso

Il problema delle espropriazioni illegittime e delle occupazioni illecite ad effetto appropriativo^{1[1]}, è indissolubilmente connesso con il tema, non del tutto coevo nel suo sviluppo, della quantificazione dell'indennità d'esproprio. La sensazione è che la soluzione del primo (basato, dapprima sulla tutela risarcitoria^{2[2]} e da ultimo su quella restitutoria^{3[3]}) sia giunta quando, anche a causa dell'irrisorietà

^{1[1]} L'elaborazione dell'istituto si deve a Cass. civ., sez. un., 26 febbraio 1983, n. 1464, in Foro it., I, 1983, p. 626.

^{2[2]} Il risarcimento pieno del danno si è imposto a seguito della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 5 bis del DL 333/1992. L'evoluzione della vicenda è nota: dapprima il Legislatore, confortato dalla posizione espressa dalla Cassazione ammette, con la l. 458 del 27 ottobre 1988, che la traslazione del diritto di proprietà possa avvenire sulla base della c.d. accessione invertita, riconoscendo, tuttavia, al privato espropriato il risarcimento integrale del danno subito. Nel 1992, però, il legislatore, nell'adottare misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica approva l'art. 5-bis che prevede l'equiparazione all'esproprio formale dell'esproprio larvato, anche, e soprattutto, sotto il profilo del trattamento economico, ed è l'addio alla commisurazione del risarcimento al valore venale. In questo quadro, interviene la Consulta a dichiarare l'illegittimità dell'art. 5 bis (salvato qualche anno prima) sottolineando l' "abnormità" nella riduzione della misura della riparazione, «spinta al punto di farla coincidere con l'entità dell'indennizzo dovuto in caso di legittima procedura ablatoria» (C. cost., 2 novembre 1996, n. 369, in Giur. Cost., I, 1996, p. 3347). Di conseguenza, il Legislatore interviene con la legge finanziaria del 1997, modificando il criterio di cui all'art. 5-bis: al risarcimento non solo non si applica la riduzione del 40% del valore venale del bene – come previsto per gli espropri formali – ma l'importo base si aumenta di un ulteriore 10%. Questa volta la norma supera lo scrutinio di costituzionalità (cfr. C. cost., 30 aprile 1999, n. 148, in Giust. Civ., I, 1999, p. 1937) . Nel 2000 cominciano ad arrivare le condanne della CEDU (Belvedere Alberghiera c. Italia, 30 maggio 2000, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2000, p. 1086; Carbonara e Ventura c. Italia, 30 maggio 2000, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2000, p. 1101). Nel 2001, è approvato il TU espropri, che al suo art. 43 dà copertura legislativa e disciplina procedimentale certa all'istituto dell'occupazione appropriativa, prevedendo l'integrale ristoro del danno. Nel 2007, con le sentenze 347 e 348, la Corte Costituzionale dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 5 bis e sancisce la definitiva equivalenza tra indennità di esproprio e valore venale delle aree edificabili. La legge 244/2007 dà veste positiva a detta equivalenza.

^{3[3]} La natura primaria della tutela restitutoria ha cominciato ad affermarsi nella giurisprudenza amministrativa a partire dal 2004 (Cons. di Stato, sez. IV, 2 marzo 2004, n. 950 in Cons. Stato, 2004, pp. 494

dell'indennizzo da esproprio legittimo, l'occupazione appropriativa salvo ordinario indennizzo pur maggiorato^{4[4]}, era divenuta non più tollerabile.

Dovendo affrontare il problema, radicato essenzialmente nell'insufficienza del ristoro economico a fronte di un fatto illecito, e corroborato dall'oscurità ed imprevedibilità del quadro ordinamentale^{5[5]} soprattutto sul versante della prescrizione, lo si è fatto tenendo a riferimento un assetto di interessi sostanziali che vedeva il privato, più interessato alla restituzione che ad un indennizzo simbolico.

L'interesse sostanziale del proprietario è però, nel tempo, mutato al mutare del quantum dell'indennizzo, ed una volta che quest'ultimo è divenuto pari al valore venale dell'immobile, si è concentrato sull'ottenimento delle relative somme. Si consideri che, nella maggior parte dei casi, gli espropri hanno ad oggetto aree sulle quali sono apposti da anni, dalla strumentazione urbanistica generale, vincoli preordinati all'esproprio, che se, da un lato oggettivamente incidono sul valore di mercato del bene in una contrattazione tra privati, dall'altro, per converso, non riverberano alcun effetto sulla quantificazione del valore venale dell'immobile ai fini dell'indennità di esproprio (di essi l'amministrazione non deve cioè tenere conto quando commisura ed offre l'indennità)

Sicché il paradosso che ha segnato la storia della tutela restitutoria in materia espropriativa, è che: 1) quando l'indennità era irrisoria tanto da essere considerata simbolica, la Corte costituzionale era sorda alle grida d'aiuto dei soggetti ablati^{6[6]} e l'unica via soddisfacente per questi ultimi era quella di ottenere la restituzione del terreno qualsiasi opera vi fosse sopra eretta, la giurisprudenza della Cassazione ha risposto, in non celata difesa degli interessi pubblici^{7[7]}, coniano l'occupazione appropriativa. Oggi che l'indennizzo da espropriazione illegittima è pari se non maggiore del valore venale dell'immobile e che il proprietario ha un interesse sostanziale a recuperare velocemente il denaro, la giurisprudenza eccipisce il *de profundis* dell'occupazione acquisitiva e la possibilità esclusiva di una tutela restitutoria.

Nonostante, cioè, l'interesse sostanziale del privato proprietario ablato e quello sostanziale della pubblica amministrazione coincidano e convergano sul valore venale dell'immobile, il proprietario che essenzialmente chiede denaro è costretto a riprendersi il terreno; l'amministrazione che sostanzialmente ha necessità del terreno è costretta a restituirlo. Una vera e propria eterogenesi dei fini.

Vigente l'art. 43, ed oggi per esso, vigente il 42 bis, paradossalmente, se il proprietario agisce domandando il pieno ed integrale ristoro economico (*id est* il valore venale) rinunciando implicitamente alla proprietà, il giudice a stretto rigore deve dichiarare inammissibile o infondata l'azione, posto che la proprietà non può trasmettersi per rinuncia abdicativa o per altre *factio* che non transitino attraverso un provvedimento amministrativo postumo, espresso e legittimo.

Tutto giusto sul piano del rigore giuridico, tutto anomalo sul piano della corretta composizione degli interessi.

ss., poco dopo, Cons. di Stato, ad. plen., 2 aprile 2005, n. 2, in Foro amm. Cons. Stato, 2005, 7-8, p. 2108 con nota di MADDALENA)

^{4[4]} L'art. 5 bis del DL 333/92 aveva previsto la non applicazione della riduzione del 40% contemplata in via ordinaria per l'indennità.

^{5[5]} Questi sono essenzialmente gli aspetti critici evidenziati dalla CEDU. In particolare, nella sentenza Scordino ed altri c. Italia, IV sezione, 6 marzo 2007, la Corte EDU afferma che l'occupazione di un terreno non dovrebbe avvenire se non quando venga stabilito che il progetto e i provvedimenti concernenti l'espropriazione siano stati adottati nel rispetto delle regole e siano assistiti da una previsione economica idonea a garantire un risarcimento rapido ed adeguato all'interessato.

^{6[6]} Per tutte valga la lettura di Corte costituzionale, 16 giugno 1993, n. 283 che riconosce al Legislatore «*ampi margini di discrezionalità in tema di indennizzabilità, dato che il valore effettivo del bene viene in rilievo non quale misura, ma come criterio di riferimento per la determinazione dell'indennizzo*».

^{7[7]} In un passaggio di Cass. civ., sez. un., 26 febbraio 1983, n. 1464, i giudici affermano come, nel caso di un'opera pubblica già realizzata, «il conflitto sorge tra un soggetto privato ed un ente pubblico, il quale ha agito per la soddisfazione di un interesse non proprio, ma della collettività dei cittadini cui l'opera pubblica è destinata: e, nella valutazione della coscienza collettiva interpretata dall'ordinamento nel momento attuale, la comparazione dei valori in conflitto vede perdente il primo e vincente il secondo»

Invero, pur dopo l'innalzamento del ristoro ad un livello ancora maggiore del valore venale, molti, in dottrina, continuano a dubitare della compatibilità della previsione dell'acquisizione postuma con la CEDU.

La disputa è tuttavia solo teorica, non fosse altro perché, proprio avuto riguardo al mutato assetto sostanziale degli interessi, nessuno ricorre alla Corte EDU per ottenere un risarcimento che è già ampiamente riconosciuto dall'ordinamento interno con una maggiorazione del 10% (giòva sottolineare che, a mente dell'art. 42 bis il danno non patrimoniale dev'essere semplicemente domandato, non necessitando di prova né in relazione all'*an*, né in relazione al quantum)^{8[8]}.

La non perfetta corrispondenza tra il piano degli interessi e quello delle regole è alla base delle principali problematiche che interessano la tutela restitutoria.

2. I problemi della tutela restitutoria.

Il principio di fondo, ormai affermato dal legislatore, e ripetutamente declinato dalla giurisprudenza, impone la restituzione del fondo illegittimamente espropriato ed illecitamente occupato, a prescindere se su di esso sia sorta un'opera pubblica. L'assunto pretorio per il quale l'irreversibile trasformazione del fondo determina un illecito ad effetto acquisitivo, salve le sorgenti obbligazioni risarcitorie, non ha più giustificazione nell'ordinamento, e deve ritenersene espunto^{9[9]}. Dove nascono i problemi?

Innanzitutto dal *petitum* della domanda attorea.

2.a) Il caso in cui l'attore domanda il risarcimento per equivalente

Di frequente l'attore, soprattutto nelle cause più datate, dà per scontato l'operare dell'occupazione appropriativa, e dunque, sulla base dello stesso, avanza una domanda di risarcimento per equivalente. Questo, a ben vedere, è uno schema in cui le parti hanno già autonomamente risolto i problemi legati all'assetto proprietario, e litigano esclusivamente per la quantificazione delle obbligazioni risarcitorie. La giurisprudenza ha avuto grande difficoltà a dirimere questo genere di contenzioso ed ancora una volta ha cercato di creare fattispecie processual-sostanzialistiche che potessero giustificare il trasferimento della proprietà: transazione implicita, rinuncia abdicativa etc.^{10[10]}; in alternativa ha ordinato all'amministrazione di provvedere ex art. 43, ritenendo non sussistenti, avuto riguardo al caso di specie, profili di discrezionalità^{11[11]}.

Il Consiglio di Stato ha soffocato tale formante giurisprudenziale, sostanzialmente affermando che: a) la proprietà non può trasferirsi se non per un atto di volontaria cessione, sia pur nel quadro di un accordo transattivo, o in forza di un nuovo provvedimento di acquisizione sanante; b) l'unico danno che può risarcirsi per equivalente è quello relativo alla sottrazione del possesso^{12[12]}.

Sostanzialmente, quindi, quando è proposta domanda di risarcimento per equivalente, l'azione è parzialmente respinta con invito alle parti di accordarsi, ed in mancanza, all'amministrazione di attivare il 42 bis.

Di recente, il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Sicilia ha rimesso all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la definitiva risoluzione dei dubbi in ordine all'ammissibilità di una

^{8[8]} Che il contenzioso per la tutela della proprietà dinanzi alla CEDU sia fortemente diminuito già prima del varo del 42 bis, è un dato pacifico. Sul punto L. STICCHI, *dall'occupazione acquisitiva, al nuovo art. 42-bis d.p.r. 327/2001: verso una rentrée del favor rei publicae. profili di ammissibilità dell'azione di esatto adempimento*, in www.giustamm.it

^{9[9]} Le rassegne giurisprudenziali sono ormai nutritissime: ex multis, Cons. Stato, sez. IV: 29 agosto 2012, n. 4650; 27 gennaio 2012, n. 427, 1 giugno 2011, n. 3331, 26 marzo 2010, n. 1762; 19 febbraio 2010, n. 997; 8 giugno 2009, n. 3509; 26 febbraio 2009, n. 1136; 30 dicembre 2008, n. 6636; 16 novembre 2007, n. 5830; 27 giugno 2007, n. 3752; 21 maggio 2007, n. 2582, 30 gennaio 2006, n. 290; Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2 (decisione capostipite)

^{10[10]} CGA, 25 maggio 2009, n. 483 e n. 486; CGA 18 febbraio 2009, n. 40; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 24 novembre 2010, n. 2683; di recente, ancora, T.A.R. Calabria Reggio Calabria, Sent., 21-05-2013, n. 320

^{11[11]} In tale direzione TAR Sicilia, Catania, sez. III, 19 agosto 2011 n. 2102

^{12[12]} Cons. Stato, sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 290; Cons. Stato, sez. IV, e 28 gennaio 2011 n.676; da ultimo Cons. Stato Sez. VI, Sent., 10-05-2013, n. 2559

implicita rinuncia all'azione restitutoria con effetto abdicativo in favore dell'amministrazione^{13[13]}. L'Adunanza Plenaria ha tuttavia ravvisato la necessità di chiarimenti ed accertamenti in ordini a profili di ammissibilità dell'appello, ed ha rimesso gli atti al CGARS senza decidere^{14[14]}.

2.b.) Il caso in cui il proprietario diligentemente chiede la restituzione

Quid iuris quando, così come dovrebbe essere a norma dell'ordinamento, il proprietario diligentemente chiede in giudizio la restituzione dell'immobile?

Innanzitutto a togliere le castagne dal fuoco potrebbe essere la stessa amministrazione, ai sensi dell'art. 42 bis comma 2^{15[15]}. L'amministrazione, pendente il giudizio per l'annullamento di atti della procedura espropriativa e per la conseguente restituzione dell'immobile occupato sine titolo, potrebbe "ritirare" l'atto, ed adottare l'acquisizione sanante.

E tuttavia l'amministrazione mostra, nella prassi, di non considerare praticabile tale opzione, sulla base – deve presumersi – di due concorrenti ragioni: a) dinanzi alla certezza di pagare il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale nella sua interezza con conseguente obbligo di dare comunicazione alla Corte dei Conti, è indiscutibilmente più ragionevole, in una visione prudentiale ma anche strategica, affrontare sino in fondo l'alea del giudizio e confidare che la domanda venga respinta; b) il divario tra l'indennità offerta ante legge 244/2007^{16[16]}, e quella da pagare è talmente elevato da non trovare capienza nei già risicati bilanci pubblici, né pareri di regolarità finanziaria in assenza di un titolo giudiziale che ne imponga o ne suggerisca la corresponsione.

Se non c'è da attendersi un comportamento virtuoso e risolutivo dell'amministrazione, **quali sono le opzioni decisorie che l'ordinamento offre al giudice** dinanzi ad una domanda demolitoria fondata, ed alla connessa domanda restitutoria?

Può il giudice amministrativo accogliere la domanda restitutoria, disinteressandosi degli eventuali effetti del giudicato rispetto all'ulteriore esercizio del potere di acquisizione sanante, o deve piuttosto limitarsi ad ordinare l'emanazione del provvedimento di cui all'art. 42 bis, o ancora, può dare un termine all'amministrazione per la valutazione circa la possibile emanazione del provvedimento, ordinando, solo in mancanza, la restituzione del terreno. E se l'amministrazione non esegue, il giudice dell'ottemperanza può provvedere alla diretta emanazione del provvedimento di acquisizione?

3. La natura della domanda restitutoria

Innanzitutto occorre meglio comprendere la natura della domanda di restituzione.

Di certo non si tratta di una domanda di risarcimento in forma specifica che possa essere bloccata attraverso l'eccezione di impossibilità o di eccessiva onerosità. Il risarcimento in forma specifica è obbligazione sorgente in ipotesi di fatto illecito (ossia connotato dall'ingiustizia del danno e dalla colpevolezza dell'autore) e consiste nell'assegnazione di un'utilità succedanea rispetto a quella persa^{17[17]}. Nel caso di annullamento degli atti della procedura espropriativa, tuttavia, la restituzione è obbligazione che prescinde dalla colpa e dall'illecito (salvo quanto sarà meglio di seguito specificato in ordine agli obblighi di ripristino), e che si giustifica sulla base del solo annullamento, id est. della sola illegittimità del titolo ritualmente dichiarata nei termini consentiti dall'ordinamento.

^{13[13]} CGARS - ordinanza n. 265/2013

^{14[14]} Cons. Stato (Ad. Plen.), Ord., 06-08-2013, n. 18

^{15[15]} Art. 42 bis, comma 2, secondo periodo "*Il provvedimento di acquisizione puo' essere adottato anche durante la pendenza di un giudizio per l'annullamento degli atti di cui al primo periodo del presente comma, se l'amministrazione che ha adottato l'atto impugnato lo ritira*"

^{16[16]} Si tratta della legge successiva alla sentenza della Corte Cost. n. 348 del 22.10.2007.

L'obbligo di restituzione è invece molto simile all'obbligo di ripetizione, ossia a quello conseguente alla dazione indebita (si pensi alle ripetizioni conseguente all'annullamento del contratto). In effetti, in questo caso, ad essere annullato non è un contratto ma un atto idoneo ad incidere unilateralmente sulla sfera giuridica della controparte. La natura unilaterale ed autoritativa dell'atto non dovrebbe essere di per se sola sufficiente a giustificare fughe dalla schema dell'azione di ripetizione e delle regole sul possesso richiamate dalla relativa disciplina.

In dottrina^{18[18]}, spesso si sottolinea che la restituzione costituisce **svolgimento degli effetti conformativi** della sentenza demolitoria avente ad oggetto il titolo illegittimamente formatosi, e dunque sarebbe una obbligazione che sorge a prescindere da una domanda.

E' probabilmente vero, ma ciò non è incompatibile con la ricostruzione dell'azione di restituzione come azione di ripetizione. Significa soltanto che se la domanda di restituzione non è stata proposta dinanzi al giudice della cognizione essa può essere successivamente presentata davanti a quello dell'ottemperanza, poiché attinente agli effetti conformativi del giudicato.

Secondo alcune pronunce della Cassazione^{19[19]} che ancora non abbandona del tutto la teoretica dell'occupazione appropriativa, si tratterebbe **di un'azione reipersecutoria**^{20[20]}, quindi di natura reale, accomunata a quella di ripetizione dell'indebito dalla sua caratteristica recuperatoria, con conseguente onere della *probatio diabolica*. A tale conclusione si giunge perché l'amministrazione di solito eccipisce in giudizio il sorgere di un autonomo titolo (l'occupazione appropriativa) che giustifica l'acquisto della proprietà a prescindere dall'annullamento del decreto di esproprio.

La conclusione è a prima vista errata, poiché l'eccezione di occupazione appropriativa impone al giudice di verificare la sussistenza di tale autonomo titolo, ma non impone al proprietario di provare il suo, né trasforma l'azione di restituzione in azione di rivendicazione della proprietà. Ovviamente non è impedito il cumulo delle azioni, ossia non è impedito che l'attore agisca anche in rivendicazione per ottenere una sentenza che accerti, con efficacia di giudicato, il suo diritto di proprietà, ma ciò non è necessario per raggiungere l'obiettivo minimo della restituzione.

Tanto chiarito, è evidente che, comunque la si ricostruisca - effetto naturale della sentenza, azione di ripetizione o azione reipersecutoria - **non è necessario il requisito della colpa**, essendo sufficiente la mera illegittimità dell'azione^{21[21]}. Gli sforzi probatori della parti possono dunque concentrarsi sulla prova della sussistenza o insussistenza dei profili di legittimità, oltre che, ovviamente, sulla perimetrazione degli obblighi di restituzione.

Il tema della colpa è tuttavia destinato a riproporsi in relazione agli obblighi di ripristino, ma sul punto si tornerà più avanti.

4. La perimetrazione degli obblighi di restituzione

Applicando in via diretta o analogica, gli artt. 2033 Cc e ss. in tema di ripetizione dell'indebito, dovrebbe in proposito rilevare, dal punto di vista civilistico, la buona o mala fede dell'amministrazione che apprende il bene. In particolare, **quanto ai frutti**, il proprietario ne ha diritto dal giorno della consegna se l'amministrazione è in mala fede, e dal giorno della domanda se

^{18[18]} E. ZAMPETTI, *Nuova acquisizione sanante, tutela restitutoria e giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 3, 2012, pp. 719-737, ha sottolineato come conseguenza dell'annullamento degli atti espropriativi sia la restituzione del terreno.

^{19[19]} Cassazione civ. Sez. I, 23 agosto 2012, n. 14609;

^{20[20]} Anche il Consiglio di Stato, in alcune occasioni, si è espresso in tal senso. Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2559

^{21[21]} Merita di essere segnalate una recente decisione del Consiglio di Stato che espressamente qualifica l'azione come reipersecutoria, anche se poi è fatto altresì riferimento all'illecito che ha comportato la proprietà: Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2559. In precedenza già Cons. Stato Sez. VI, Sent., 01-12-2011, n. 63. In ogni caso, dall'esame delle decisioni che dispongono la restituzione si evince che nessun peso, né ruolo, è dato al profilo soggettivo della colpa.

essa è in buona fede. Quanto alle eventuali spese ed ai miglioramenti dovrebbe applicarsi l'art. 1150 Cc (richiamato dalle norme sull'indebito) per cui il proprietario è sempre tenuto al rimborso della spese straordinarie. Per i **miglioramenti**, che non si traducano in addizioni, l'indennità, sempre dovuta, varia a seconda della buona o mala fede. **Per le addizioni** si applica l'art. **936 Cc richiamato dall'art. 1150** (il proprietario del fondo ha diritto di ritenerle pagando un'indennità, o di obbligare colui che le ha fatte a levarle). Inoltre, ai sensi dell'art. 936 Cc, in ogni caso **la rimozione dell'opera dal fondo "non può essere richiesta trascorsi sei mesi dal giorno in cui il proprietario ha avuto notizia dell'incorporazione"**.

Secondo lo statuto civilistico delle restituzioni quindi, la rimozione dell'opera dal terreno illegittimamente espropriato, è un diritto sottoposto a preclusioni temporali, con la conseguenza che scaduto il termine, ferma la restituzione dell'area, l'opera pubblica rimane in piedi, ma diviene di proprietà del privato con obbligo di quest'ultimo di corrispondere l'indennità di cui all'art. 936 (e non si tratta certo di somme esigue).

Aggiungesi, che la condanna alla restituzione costituisce titolo per l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di consegnare ed anche dell'obbligo di distruggere. In proposito, l'art. 2933 Cc prevede che **"non può essere ordinata la distruzione della cosa se essa è di pregiudizio all'economia nazionale. In questo caso l'avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni"**.

Sin qui lo statuto civilistico dell'azione restitutoria.

Certo le cose potrebbero avere diversa sorte se gli obblighi di ripristino fossero ricostruiti quali strumento di riparazione di un danno cagionato a seguito di un fatto doloso o colposo, *id est* quale risarcimento in forma specifica. Il *facere* in tal caso sarebbe tragguardato come adempimento - necessario per assicurare all'interessato un bene di conformazione identico a quello sottratto - tale da eliminare gli effetti delle manipolazioni e delle addizioni fatte durante l'illecito possesso.

Che all'azione di restituzione si possa affiancare quella risarcitoria non è dubbio: tuttavia essa richiede un *quid pluris* rispetto a quanto di solito viene predicato, ossia l'allegazione e prova della colpa.

In particolare, secondo quanto richiesto dalla giurisprudenza per l'ipotesi di danni da provvedimenti illegittimi, grava sul danneggiato l'**onere** di provare, ai sensi dell'art. 2697 c.c., tutti gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento del danno per fatto illecito, fermo restando che per la dimostrazione della **colpa** dell'Ente pubblico, la possibilità di offrire al Giudice anche elementi solo indiziari, quali la gravità della violazione, il carattere vincolato dell'azione amministrativa, l'univocità della normativa di riferimento e il proprio apporto partecipativo al procedimento. Il danneggiato deve inoltre fornire in modo rigoroso la **prova** dell'esistenza del danno, non potendosi invocare in proposito il c.d. principio acquisitivo, poiché il medesimo attiene allo svolgimento dell'istruttoria ma non anche all'allegazione dei fatti.

5. Quali norme per la restituzione in campo pubblicistico?

Focalizzando, per il momento, l'attenzione sugli obblighi di restituzione derivanti dal mero annullamento del titolo, s'è visto che le norme sulla ripetizione dell'indebito richiamano quelle sul possesso, che a loro volta richiamano quelle sull'accessione. Queste ultime, nell'affermare il principio per il quale l'opera eretta sopra il suolo appartiene al proprietario di questo, fanno tuttavia salvo, **"quanto diversamente previsto dalla legge"** ^{22[22]}(art. 934 c.c.).

Il legislatore del '42 ha, cioè, in un lungimirante approccio al delicatissimo rapporto tra proprietà del fondo e proprietà dell'opera, fatta salvo una eventuale e diversa composizione degli interessi.

E' dunque estremamente interessante interrogare in proposito l'ordinamento, in guisa da comprendere se esiste o se è ricavabile, accanto allo statuto civilistico delle restituzioni, un analogo statuto pubblicistico.

^{22[22]} Art. 934 Cc : *"Qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario dei questo, salvo quanto è disposto dagli artt. 935, 936, 937 e 938 e salvo che risulti diversamente dal titolo o dalla legge."*

A ben vedere il TU espropri (*sedes materiae* naturale) nulla prevede, limitandosi a disciplinare piuttosto una nuova vicenda amministrativa di natura eminentemente discrezionale che giunge sino all'acquisizione previo indennizzo maggiorato del 10% a titolo di danno non patrimoniale (che tuttavia non è oggetto di prova, neanche dal punto di vista dei fatti costitutivi dell'illecito), e previo risarcimento del danno da occupazione, anch'esso forfettariamente quantificato^{23[23]}.

Si è, in sintesi, disciplinato solo il potere dell'amministrazione di trattenere a sé, a diverso titolo, il bene, ma non si è disciplinata la restituzione ed i connessi obblighi di ripristino per il caso in cui l'amministrazione non possa o non voglia esercitare il potere. E la lacuna è estremamente grave, non essendo, le norme civilistiche, *ictu oculi* idonee a dare regole "giuste" anche a fattispecie contraddistinte dalla natura pubblica dell'opera che accede al suolo privato.

Questa è invero la prova che il legislatore ha innovato la disciplina pubblicistica (a mezzo, prima dell'art. 43 e poi del 42 bis del TU espropri) solo nell'ottica della garanzia del privato proprietario a fronte delle reiterate condanne della CEDU, lasciando sulla graticola gli interessi legati alla natura pubblica dell'opera.

6. Le opzioni decisorie a disposizione del giudice amministrativo

6.a. la condanna alla restituzione

Dall'incerto orizzonte della tutela restitutoria nasce, in fondo, il percettibile imbarazzo del giudice amministrativo nel disporre la relativa condanna. In realtà anche quando si è disposta la restituzione, si apre un universo contenzioso sulla buona fede, sui rimborsi, sugli obblighi di riduzione in pristino, etc. etc. che abbisogna di un ulteriore giudizio. Ed un ulteriore contenzioso potrebbe aprirsi sull'esecuzione forzata dell'obbligo di distruggere una cosa che è di interesse per l'economia nazionale.

Trattasi, cioè, di una soluzione giurisprudenziale non soddisfattiva.

La sentenza di condanna alla restituzione potrebbe del resto determinare un vincolo nei confronti della successiva azione discrezionale della PA. E' noto che l'art. 42 bis con contiene più alcun riferimento al rapporto tra giudizio e potere di acquisizione sanante della PA, invece contenuto nel precedente art. 43 dichiarato costituzionalmente illegittimo. Ed a mente del prec art. 43, anche quando era esercitata una azione volta alla restituzione di un bene utilizzato per scopi di interesse pubblico - quindi finanche in sede di ottemperanza - l'amministrazione poteva sempre richiedere che venisse esclusa la restituzione, salvo l'obbligo (non residuava in questo caso discrezionalità alcuna) di emanare successivamente il decreto di acquisizione sanante, oggetto di trascrizione.

In assenza di una norma di tal fatta, il rapporto tra giudicato di restituzione e 42 bis rimane in ombra.

Il problema può tuttavia essere, alla luce dei principi generali, superato e risolto in termini di salvezza del potere di cui al 42 bis.

A ben vedere l'art. 42 bis non disciplina un potere di sanatoria con efficacia retroattiva, ma un procedimento espropriativo caratterizzato da peculiari ed autonomi presupposti (attuale utilizzazione ed avvenuta modificazione dello stesso in assenza di valido titolo), e da un efficacia pro futuro, oltre che da un indennizzo maggiorato^{24[24]}.

^{23[23]} Il carattere forfettario del ristoro del pregiudizio non patrimoniale, la coincidenza del pregiudizio patrimoniale con il valore venale dell'immobile (ossia con l'indennità di esproprio), ed ancora, la natura non retroattiva dell'acquisto conseguente alla procedura di cui all'art. 42 bis, sono tutti elementi che delineano una nuova ed eccezionale modalità espropriativa, ossia qualcosa di profondamente diverso dal meccanismo originariamente previsto dall'art. 43 nato invece per dare base legale all'istituto pretorio dell'occupazione acquisitiva. Conseguenza di siffatta ricostruzione è il formante giurisprudenziale che ritiene sussistente la giurisdizione del GO per le questioni patrimoniali.

^{24[24]} Di recente, Cons. Stato Sez. IV, Sent., 25-06-2013, n. 3449, secondo il quale, l'art. 42 bis indubbiamente fonda un potere autonomo e originario della p.a., suscettibile di essere esercitato indipendentemente da pendenze e statuizioni giurisdizionali esistenti tra le parti.

La sentenza che dispone la restituzione opera sul presupposto che il diverso, ordinario e pregresso potere espropriativo sia stato illegittimamente esercitato. Ma ovviamente non è idonea ad impedire che l'amministrazione emani atti che costituiscano ex novo un valido titolo di esproprio^{25[25]}.

In realtà, come accennato, il problema della condanna restitutoria è più di carattere pratico. L'obbligo di restituzione complica enormemente le cose poiché implica l'obbligo di distruzione di un'opera pubblica o, in subordine, l'acquisto del privato a titolo di accessione, con conseguente complessa regolazione economica del rapporto. Se l'amministrazione emana il 42 bis, tutto questo non succede: l'opera è salva, e gli indennizzi sono disciplinati dalla normativa pubblicistica.

6.b) le altre opzioni

Del resto, anche altre opzioni, oggi sul tappeto, sembrano da scartare: di certo non può condannarsi l'amministrazione ad emanare il provvedimento di cui all'art. 42 bis^{26[26]}, per almeno due concorrenti profili: 1) trattasi di un provvedimento connotato da ampia discrezionalità - "*Valutati gli interessi in conflitto*" premette l'art. 42 bis - e com'è noto l'azione di adempimento è praticabile solo nell'area dell'attività vincolata; 2) esulerebbe comunque dall'ambito del petitum avanzato o avanzabile, con violazione del principio dispositivo. Giova infatti rimarcare che il proprietario vanta un interesse oppositivo, in relazione al quale probabilmente neanche è concepibile un'azione di adempimento, né un'azione tesa a stigmatizzare il silenzio^{27[27]}.

La circostanza, infatti, che l'amministrazione possa discrezionalmente acquisire ex novo quanto ha illegittimamente tentato di acquisire prima, non si traduce nell'imposizione di un obbligo e nel riconoscimento di una speculare pretesa di adempimento (anche generico) dello stesso.

6. Le soluzioni recentemente individuate dal Consiglio di Stato

La soluzione di recente prescelta dal Consiglio di Stato, ed in particolare dalla sez. IV è costituita dalla condanna alla restituzione, corredata da espressa indicazione, in parte motiva, circa la perdurante possibilità di emanare il provvedimento di cui all'art. 42 bis al fine di paralizzare gli obblighi restitutori^{28[28]}, possibilità che comunque permane nella piena discrezionalità dell'amministrazione.

Chiarito che il giudicato sulla restituzione non preclude la successiva adozione del provvedimento di cui all'art. 42 bis, sono venute meno le preoccupazioni che avevano in precedenza spinto la Sezione ad adottare una condanna generica a provvedere ex art. 42 bis entro un certo termine, o in alternativa a restituire^{29[29]}.

25[25] Ed anzi, nel caso in cui l'amministrazione, anziché restituire in esecuzione della condanna alla restituzione disposta dal giudice di primo grado, emani il provvedimento di cui all'art. 42 bis, quest'ultimo determina l'improcedibilità del giudizio eventualmente proseguito in grado di appello. In tal senso Cons. Stato Sez. IV, Sent., 25-06-2013, n. 3455

^{26[26]} Percorrono questa strada: Tar Sicilia, Catania, sez. II, 3 febbraio 2013, n. 422; Tar Campania, Napoli, sez. V, 1 marzo 2013, n. 1200; Tar Campania, Napoli, sez. V, 21 ottobre 2011, n. 4885; Tar Lazio, Latina, sez. I, 5 giugno 2012, n. 435; Tar Puglia, Bari, sez. II, 3 agosto 2012, n. 1575. Si segnala altresì, di recente, Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2559, che dinanzi ad una domanda restitutoria, postosi d'ufficio il problema della particolare rilevanza pubblica dell'opera edificata sull'area illegittimamente espropriata, condanna l'amministrazione ad attivare il procedimento di cui all'art. 42 bis, entro termini contestualmente fissati e, solo, in caso di formale adozione di una decisione di non acquisizione, ordina la restituzione.

^{27[27]} La giurisprudenza sembra non porsi il problema, ammettendo l'azione di accertamento dell'obbligo di provvedere in ordine al 42 bis. Un caso è stato di recente esaminato da Cons. Stato Sez. IV, Sent., 28-05-2013, n. 2902, anche se, giova sottolineare, l'obbligo è stato fatto discendere anche dalla circostanza che l'amministrazione avesse già avviato il procedimento su impulso del proprietario, senza tuttavia concluderlo.

^{28[28]} Cons. Stato Sez. IV, Sent., 16-05-2013, n. 2679

^{29[29]} Consiglio di Stato, sez. IV, 16 marzo 2012, n. 1514. va sin d'ora riconosciuta la tutela delle proprie ragioni patrimoniali accordando al Comune il termine di 90 (novanta) giorni decorrente dalla comunicazione della presente sentenza - ovvero dalla sua comunicazione se anteriormente avvenuta - per determinarsi, con deliberazione del Consiglio comunale, se disporre la restituzione dell'immobile illegittimamente appreso previa restituzione dello stesso in pristino e pagamento dei danni comunque subiti dalla medesima Agorà per effetto della sua illegittima occupazione, ovvero se intraprendere il procedimento sanante di cui all'art. 42bis del T.U. approvato con D.P.R. n. 327 del 2001, o -

Sembra invece deporre per la praticabilità di una perentoria condanna, ex officio, dell'amministrazione all'attivazione del procedimento (salvi gli esiti) di cui al 42 bis, una recentissima decisione della sezione VI^{30[30]}.

In ordine a tale ultimo orientamento non possono che riproporsi le perplessità sopra accennate.

In ogni caso, giova osservare, che nessuna decisione - quand'anche si spinga sino alla condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento di acquisizione - si occupa degli aspetti patrimoniali dell'emanando provvedimento. Ciò in forza della considerazione che trattasi di aspetti indennitari rientranti nella giurisdizione del GO^{31[31]}.

7. Questioni residue, relative al giudizio d'ottemperanza

Un'ultima questione, in chiave pratica, si pone: quid iuris se l'amministrazione, dinanzi ad una sentenza che assegna termine o "suggerisce" la tempestiva adozione del provvedimento di cui all'art. 42 bis, non ottempera e continua imperterrita a rimanere silente?

Quali siano i poteri del giudice in sede di ottemperanza, e più nello specifico, se il commissario ad acta eventualmente nominato per l'esecuzione della sentenza possa o meno emanare il provvedimento di cui all'art. 42 bis: sono quesiti che non ancora ottenute una risposta netta.

Com'è noto, in sede di ottemperanza il giudice può sostituirsi all'amministrazione decidendo in luogo di essa, senza porsi il problema della riserva amministrativa, ovviamente nei limiti delle portate delle statuizioni passate in giudicato.

Ma non v'è dubbio che l'attivazione dell'art. 42 bis non esorbiti dai limiti conformativi del giudicato. Di norma, la sentenza di cognizione che ordina la restituzione, lo fa perché ha contestualmente annullato gli atti della procedura espropriativa. Tale annullamento, costituisce sul versante amministrativo, proprio uno dei presupposti per l'attivazione del 42 bis (in quanto sancisce in via definitiva l'invalidità del titolo) e quindi di una valutazione che è ancora possibile oltre che doveroso fare, valutati gli interessi in conflitto, fra i quali ricade quello del proprietario alla restituzione del bene sulla base del giudicato.

In sede di ottemperanza, quindi, ben potrà il giudice, sostituendosi all'amministrazione, valutare che la restituzione non può eseguirsi in ragione della doverosità o dell'opportunità dell'acquisizione postuma^{32[32]}.

Si potrebbe obiettare che il giudizio di ottemperanza fa bensì sorgere poteri sostitutivi ma sempre nell'ottica della soddisfazione dell'interesse del proprietario alla restituzione, ed in tal caso invece i poteri sostitutivi sarebbero esercitati "contro" la restituzione. E' vero, ma è pur innegabile che il giudice amministrativo quando si sostituisce all'amministrazione deve dare una nuova composizione all'interesse espropriativo mal gestito prima, e quindi quando risponde alla richiesta di restituzione non può farlo in modo avulso da quell'interesse espropriativo. In sostanza non si può non considerare che la restituzione non è una vicenda isolata ed autonoma, ma è l'effetto

ancora - se formulare alla controparte una proposta di risoluzione transattiva della controversia contemplante la cessione in via bonaria dell'immobile e la corresponsione del risarcimento dei danni subiti.. Cons. Stato Sez. IV, Sent., 04-09-2013, n. 4445

^{30[30]} Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2559. *Contra* Cons. Stato Sez. IV, Sent., 21-08-2013, n. 4230, che, dinanzi all'impugnazione di una pronuncia del TAR che aveva concesso termine per l'adozione del provvedimento di cui all'art. 42 bis, ha chiarito che la valutazione in concreto del "dovere" di provvedere è nella facoltà dell'amministrazione potendo essa sempre restituire e ridurre in pristino le opere.

^{31[31]} Cons. Stato Sez. IV, Sent., 25-06-2013, n. 3455; Cons. Stato Sez. IV, Sent., 04-09-2013, n. 4445; Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2559: in tutte si legge che le questioni inerenti alla congruità dell'**indennizzo** fissato nel decreto di acquisizione non possono costituire oggetto di giudizio innanzi al giudice amministrativo, risultando le stesse sottoposte alla **giurisdizione** del giudice ordinario, ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. g) , cod. proc. amm., dovendo le stesse essere infatti ricondotte alle ipotesi - ivi previste - di determinazione e di corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa.

^{32[32]} In questa direzione sembra andare Cons. Stato Sez. VI, Sent., 01-12-2011, n. 63.

dell'annullamento di provvedimenti ablatori che avevano una ragion d'essere pubblicistica, per la quale si impone la riedizione del potere^{33[33]}.

8. In conclusione

Si è visto che:

- all'attuale stadio, l'ordinamento disciplina sufficientemente l'effettività del potere espropriativo consegnando all'amministrazione una soluzione sanante, sol che essa voglia perseguirla nell'ambito della sua discrezionalità;
- proprio perché il potere è discrezionale, il giudice non può condannare l'amministrazione ad esercitarlo positivamente, salvo che in sede di ottemperanza (ma la questione rimane comunque dubbia), ove può sostituirsi all'amministrazione;
- la presenza di una sfera volitiva discrezionale dell'amministrazione, avrebbe dovuto indurre il legislatore a disciplinare anche gli effetti del mancato esercizio del potere espropriativo postumo, in primis gli obblighi di restituzione;
- l'assenza di una disciplina degli aspetti da ultimo citati, in uno con la positiva disciplina – invece - di un potere amministrativo postumo (ossia successivo all'incorporazione descritta dall'art. 936 Cc) sono elementi che, se esaminati in chiave sistematica, depongono per l'applicazione alla tutela restitutoria della disciplina civilistica: in sostanza, l'art. 42 bis costituisce uno di quei casi speciali menzionati, dall'art. 934 Cc (richiamato dalle norme sul possesso, a loro volta richiamate da quelle sulla ripetizione dell'indebito), in cui il privato non ha diritto a ritenere le opere ma è costretto a cedere il suolo, con il corollario che ove la norma pubblicistica non trovi concreta applicazione, gli obblighi di restituzione e quelli relativi alla rimozione delle addizioni rimangono regolate dal codice civile^{34[34]}.
- La sensazione è che, in tali casi, il giudizio d'ottemperanza, sede naturale delle controversie successive al giudicato di restituzione, si trasformerà in un giudizio civile lungo e complesso - avente prevalentemente ad oggetto la quantificazione delle indennità per le addizioni (opere pubbliche in proprietà privata in forza dell'accessione) - ma paradossalmente esposto alla decisione esiziale dell'amministrazione che, in ogni tempo, attivando il potere straordinario di cui all'art. 42 bis, potrebbe determinarne l'improcedibilità (con conseguente traslazione di tutte le questioni patrimoniali, questa volta relative all'indennizzo, dinanzi al GO).

^{33[33]} Sembra tuttavia muoversi in senso decisamente opposto, la recentissima decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, Sent., 30-09-2013, n. 4868, la quale, proprio in relazione ad una sentenza definitiva di condanna alla restituzione, ha espressamente proibito, in sede di ottemperanza, al commissario di procedere alla decisione di attivare percorsi di acquisizione legittima, consensuale o meno, del bene, esorbitando tale elemento dalla cognizione del giudice e del suo ausiliario, entrambi limitati dall'applicazione del principio dispositivo e quindi al rispetto della domanda delle parti ricorrenti

^{34[34]} Il riferimento all'art. 936 Cc, quale norma individuante il regime delle addizioni al suolo e l'eventuale obbligo dell'amministrazione di levarle, è chiaramente indicato dal Consiglio di Stato nella recentissima decisione della Sez. IV, Sent., 30-09-2013, n. 4868.