

DOTTRINA

Occupazione acquisitiva, occupazione usurpativa, acquisizione coattiva sanante ex art. 43 Testo Unico. L'evoluzione giurisprudenziale sull'espropriazione.

di Maurizio Borgo ()*

Ai fini di una più agevole comprensione delle complesse questioni, oggetto del presente lavoro, appare opportuno offrire un quadro esaustivo ed il più possibile aggiornato della giurisprudenza, sia nazionale che europea, formata in ordine alle figure della c.d. «*occupazione acquisitiva*» e della c.d. «*occupazione usurpativa*» nonché delle emersioni normative, conosciute dai predetti istituti fino alla sistemazione organica contenuta nel Testo Unico dell'espropriazione per pubblica utilità (d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327).

1. - *Occupazione acquisitiva.*

1.1. - *Profili generali.*

La tematica della c.d. occupazione appropriativa (acquisitiva, espropriativa o espropriazione sostanziale; quest'ultima espressione è stata utilizzata per porre in luce come sia l'espropriazione formale che quella, appunto, sostanziale conducano al medesimo effetto giuridico ovvero quello di trasferire la proprietà del bene in capo all'Amministrazione) è inscindibilmente legata all'indirizzo pretorio inaugurato dalla Cassazione, con la sentenza, resa a Sezioni Unite, n. 1464/1983.

L'istituto trae origine da un'anomalia nel rapporto tra il compimento di un'opera pubblica ed il procedimento espropriativo, così come regolamentato dalla «*Disciplina delle espropriazioni forzate per causa di utilità pubblica*» contenuta nella legge n. 2359 del 1865 che, in una prospettiva di equilibrio tra

(*) Avvocato dello Stato presso l'Avvocatura distrettuale di Reggio Calabria.

esigenze di garanzia e celerità, si fondava sul principio secondo cui l'Amministrazione doveva prima concludere il procedimento espropriativo e, solo successivamente, poteva realizzare l'opera pubblica.

In conseguenza della legislazione, intervenuta a partire dagli anni Settanta, al fine di consentire il sollecito inizio dell'opera pubblica tramite l'anticipata immissione nel possesso, l'istituto dell'occupazione d'urgenza — originariamente previsto quale ipotesi marginale — diveniva ordinario strumento nell'ambito del procedimento espropriativo.

In quest'ottica, uno degli interventi legislativi che più ha contribuito ad allontanare la disciplina dell'espropriazione dal modello originario, determinando una congiunzione tra momento programmatico ed espropriativo, è stato quello della legge sulle opere pubbliche n. 1 del 3 gennaio 1978 che ha introdotto l'istituto della dichiarazione implicita di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza.

Recitava l'art. 1 di tale legge (abrogato dall'art. 58 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 — Testo Unico in materia di espropriazione per pubblica utilità): *«l'approvazione dei progetti di opere pubbliche da parte dei competenti organi statali, regionali e degli altri enti territoriali equivale a dichiarazione di pubblica utilità ed indifferibilità ed urgenza delle stesse»*.

In tale quadro, l'esigenza di un sollecito inizio dei lavori, a seguito di un anticipato spossessamento dell'area, portava spesso al risultato per cui l'opera veniva realizzata senza che si fosse preventivamente giunti alla conclusione del procedimento espropriativo con l'adozione del decreto d'esproprio.

Da ciò nasceva l'esigenza pratica di regolamentare le fattispecie venutesi a creare, soprattutto in relazione a controversie, instaurate dai privati, dirette ad ottenere la restituzione dell'area che, proprio in assenza di un valido provvedimento espropriativo, doveva ancora ritenersi di loro proprietà.

Altre ipotesi c.d. patologiche (che sarebbero state, poi, ricondotte alla figura pretoria della c.d. occupazione acquisitiva) erano quelle derivanti dall'annullamento del decreto d'esproprio da parte del Giudice Ordinario.

In questo contesto, l'unica tutela concessa dall'Ordinamento al privato restava quella risarcitoria nei confronti di un atto illecito, anche a fronte della difficoltà di applicare l'istituto civilistico dell'accessione che avrebbe comportato la restituzione dei beni, illegittimamente occupati, al proprietario dell'area di sedime.

Facendo leva sul principio della prevalenza della *lex specialis* (diritto pubblico) sulle ordinarie regole del diritto comune, proprio a tale conclusione giungeva la Corte di Cassazione con la pronuncia di cui sopra.

Elaborando un istituto volto a contemperare i problemi legati alla perdita della proprietà con il riconoscimento di un adeguato ristoro per il proprietario, le Sezioni Unite della Cassazione stabilivano che, qualora la P.A. (o un suo concessionario) occupasse un fondo di proprietà privata per la realizzazione di un'opera pubblica e tale occupazione risultasse illegittima per totale assenza del provvedimento di occupazione, oppure per decorso dei termini di un'occupazione legittima, l'attività di trasformazione radicale dell'im-

mobile preesistente avrebbe determinato l'estinzione del diritto di proprietà in capo al proprietario originario e, contemporaneamente, l'acquisizione a titolo originario della proprietà del bene in capo all'ente espropriante.

In definitiva, il trasferimento si verificava in assenza di un decreto d'esproprio, prima del termine delle opere stesse.

Si era così finito con l'introdurre nell'Ordinamento Giuridico un nuovo modo di acquisto atipico del diritto di proprietà, fondato su un illecito avente carattere, da un lato, costitutivo della pubblica proprietà e rappresentante il *dies a quo* della prescrizione quinquennale per il risarcimento dei danni e, dall'altro, istantaneo atteso che il vincolo di scopo (derivante da una valida dichiarazione di p.u. dell'opera) e la successiva costruzione dell'opera stessa (pur non assistita da un titolo ablatorio), rendevano giuridicamente irreversibile (al di là dell'irreversibilità insita nella materiale manipolazione) la trasformazione del fondo e, nel contempo, escludevano che vi fosse un'antigiuridicità da far cessare.

1.2. - *Profili risarcitori.*

Per quel che attiene al *quantum* risarcitorio, il c.d. decreto legge «Amato» n. 333/1992, introducendo un nuovo criterio di calcolo per la determinazione dell'indennità di esproprio delle aree edificabili, aveva finito con l'introdurre una divaricazione netta tra la fattispecie dell'espropriazione legittima, assoggettata al limitato indennizzo di cui all'art. 5-*bis*, e quella dell'espropriazione sostanziale per la quale era previsto il risarcimento del danno commisurato al valore venale dell'area.

Sul punto, la successiva legge n. 549/1995 aveva, invece, parificato le due fattispecie prevedendo l'applicazione del suddetto art. 5-*bis* anche per i casi di appropriazione acquisitiva.

Tale statuizione normativa veniva però dichiarata incostituzionale dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 369/1996.

Poco dopo, il collegato alla legge finanziaria n. 662/1996 ritornava sul punto con una nuova norma (art. 5-*bis*, comma 7-*bis*), questa volta dall'efficacia temporale limitata, che recitava: «*in caso di occupazioni illegittime di suoli per causa di pubblica utilità, intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, si applicano, per la liquidazione del danno, i criteri di determinazione dell'indennità di cui al comma 1, con esclusione della riduzione del 40%.*

In tal caso l'importo del risarcimento è altresì aumentato del 10%.

Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche ai procedimenti in corso non definiti con sentenza passata in giudicato».

Quest'ultimo intervento del legislatore, introduttivo dell'anzidetto regime temporalmente differenziato, sottoposto all'esame della Corte Costituzionale, veniva ritenuto dalla stessa conforme alla Costituzione con sentenza n. 148/1999.

1.3. - *La legge n. 458/1988 sulla edilizia residenziale pubblica.*

A parte le anzidette «emersioni normative» dell'istituto dell'occupazione acquisitiva avvenute per disciplinare i profili economico-risarcitori, occorre anche ricordare che, già nel 1988, con la legge n. 458 il legislatore, sia pure

nello specifico ambito dell'edilizia residenziale pubblica, aveva finito col codificare l'istituto dimostrando così di considerarlo diritto vivente nel nostro Ordinamento.

Lo scopo precipuo del legislatore in tale sede era stato quello di estendere l'applicazione dell'istituto, originato con riferimento alla realizzazione di opere pubbliche da parte della P.A., alla diversa fattispecie delle attività costruttive di cooperative edilizie e di altri soggetti privati.

Successivamente, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 486/1991, ampliava la portata di tale normativa, dichiarandola illegittima nella parte in cui non aveva previsto l'obbligo per l'Amministrazione di corrispondere il risarcimento del danno anche nel caso in cui non fosse stato emesso alcun provvedimento di esproprio.

1.4. - *Distinzione dalle ipotesi di c.d. «occupazione usurpativa».*

Particolare ipotesi di occupazione *sine titulo* è l'occupazione usurpativa.

L'istituto, frutto di più recenti sviluppi giurisprudenziali (a partire dalla pronuncia della Corte di Cassazione, resa a Sezioni Unite, n. 1907/1997), si caratterizza per l'assenza *ab origine* o per il successivo venir meno del punto di partenza di un ordinario procedimento espropriativo rappresentato dalla dichiarazione di pubblica utilità dell'opera e, dunque, dalla valutazione positiva, in termini di interesse pubblico, rispetto alla costruzione dell'opera per la cui realizzazione si rende necessario il sacrificio del privato.

La carenza di potere espropriativo determina la non qualificabilità in termini di opera di pubblica utilità di quanto realizzato sul fondo del privato e, pertanto, esclude la perdita del diritto dominicale da parte del proprietario.

Tale vicenda è dunque qualificabile come fatto generatore di un illecito di carattere permanente, che permane fintantoché non venga rimosso, e che si sostanzia, oltretutto nella lesione di un diritto, nella trasgressione del dovere giuridico di porre fine alla creata situazione di anti-giuridicità.

Ciò consente di riconoscere al privato due possibili rimedi riparatori: la domanda di restituzione del bene oppure la domanda risarcitoria.

1.5. - *Gli interventi della Corte Costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.*

Nella ricostruzione dell'istituto dell'occupazione acquisitiva non possono essere, tuttavia, tralasciati gli interventi diretti a valutare la sua conformità ai fondamentali parametri dell'Ordinamento interno ed internazionale.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 188/1995, ha confermato la legittimità dell'istituto, superando i dubbi di costituzionalità sollevati in relazione al principio che non consente la produzione di effetti positivi a mezzo di atto illecito a favore dell'autore dell'illecito stesso; ciò attraverso una ricostruzione dell'istituto che separava al suo interno due diversi momenti: 1) la fase dello spossessamento con radicale ed irreversibile trasformazione del bene (fatto illecito rispetto alla fase della realizzazione dell'opera pubblica); 2) la fase della conseguenziale non restituibilità dell'area di sedime sulla quale l'opera insiste (fatto causalmente generatore dell'acquisto dell'opera pubblica).

Nonostante i sopra illustrati riconoscimenti legislativi, e la copiosa elaborazione della dottrina e della giurisprudenza, anche costituzionale, la c.d. occupazione acquisitiva ha continuato però a presentare non pochi profili di incertezza (si pensi alla tematica del rapporto tra risarcimento ed indennizzo, ai problemi inerenti alla prescrizione, all'individuazione del momento in cui poteva ritenersi realizzata l'irreversibile trasformazione del suolo, ecc.).

Anche per tali ragioni, l'istituto non si è sottratto alla valutazione negativa della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (sentenze del 30 maggio del 2000, casi Belvedere-Alberghiera e Carbonara-Ventura) circa la conformità dello stesso alla Convenzione europea ed, in particolare, al Protocollo Addizionale n. 1.

Ancorché i casi decisi si riferissero a due diverse fattispecie in cui l'apprrensione materiale del terreno, legittima *ab initio*, era successivamente divenuta illegittima, nell'un caso per scadenza dei termini, nell'altro per annullamento giurisdizionale della dichiarazione di pubblica utilità, la conclusione cui è pervenuta la Corte Europea è stata identica: *l'istituto è contrario all'art. 1 del Protocollo citato perché in contrasto col principio di legalità.*

L'effetto espropriativo ed, in particolare, l'acquisto di un diritto, infatti, non è compatibile con una condotta illegale o illecita (la distinzione pare non rilevare per la Corte) della P.A.; ciò in quanto esso non è espressione di norme interne sufficientemente accessibili, precise e prevedibili.

La Corte ha dunque ritenuto che non costituisce impedimento alla restituzione dell'area illegittimamente espropriata il fatto della realizzazione dell'opera pubblica; ciò indipendentemente dal tipo di acquisizione (appropriativa o usurpativa), dovendo, di conseguenza, ritenersi che, in tale ottica, la stessa distinzione tra occupazione appropriativa ed usurpativa non assuma più rilevanza.

Nonostante le suddette pronunce a livello europeo, la Cassazione, nell'estremo tentativo di mantenere le precedenti sentenze della Corte Europea in un quadro interpretativo ancora compatibile con l'istituto dell'occupazione acquisitiva, è successivamente tornata sull'argomento rilevando «*che l'istituto dell'occupazione acquisitiva si colloca ormai in un contesto di regole sufficientemente chiare ed accessibili, precise e prevedibili, che lo rendono compatibile con la normativa convenzionale (C.E.D.U.), nell'interpretazione datane dalla Corte Dei Diritti dell'Uomo.*

Infatti le oscillazioni della Giurisprudenza possono considerarsi pressoché superate, sicché il quadro si presenta sufficientemente chiaro ed il tasso di prevedibilità delle decisioni in materia è molto elevato.

Il consolidamento della Giurisprudenza in tema di occupazione usurpativa consente al privato di ottenere piena tutela fino alla restituito in integrum o, qualora non ritenga di avere a ciò interesse, fino al risarcimento integrale del danno» (Cass., Sez. Un., n. 5902/2003; nello stesso senso vedi pure Cass., Sez. I, nn. 21750 e 11096 del 2004).

Malgrado tale sforzo della Suprema Corte, con la sentenza c.d. «Scordino 3» del 17 maggio 2005, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha radicalmente contraddetto l'orientamento della Cassazione, dando il definitivo colpo di grazia all'istituto dell'accessione invertita.

La Corte Europea ha, infatti, incontrovertibilmente rilevato che:

- l'istituto permette all'Amministrazione di ignorare le norme stabilite in materia di espropriazione, con il rischio di risultati imprevedibili o arbitrari per gli interessati, e ciò sia che si tratti di un'illegalità originaria sia sopravvenuta;

- esso permette alla P.A. di occupare un terreno e di trasformarlo irreversibilmente in modo tale che esso sia acquisito al patrimonio pubblico, senza che debba essere emanato un parallelo atto formale che pronunci il trasferimento della proprietà;

- in assenza di un atto che formalizzi l'espropriazione, l'elemento che permette il trasferimento del terreno occupato al patrimonio pubblico e la certezza dei rapporti giuridici è l'accertamento dell'illegalità da parte del Giudice, che vale come dichiarazione del trasferimento della proprietà;

- è onere dell'interessato, che formalmente continua ad essere proprietario, chiedere al Giudice competente di emanare una decisione che accerti l'illegalità, condizione necessaria perché l'interessato sia dichiarato retroattivamente privato del suo diritto di proprietà;

- permette alla P.A. di occupare un terreno e di trasformarlo senza che la stessa sia al contempo obbligata a pagare il risarcimento; questo deve, infatti, essere chiesto dall'interessato e, per di più, entro un termine di prescrizione di cinque anni, decorrenti dalla data in cui il Giudice ritiene essersi verificata l'irreversibile trasformazione del terreno, con conseguenze gravemente pregiudizievoli per l'interessato;

- permette alla P.A. di trarre vantaggio dal suo comportamento illegale;
- il prezzo che la P.A. è tenuta a pagare è solo del 10% più elevato di quello che sarebbe dovuto nel caso di espropriazione legittima.

Secondo la Corte, alla luce di questi elementi, l'accessione invertita non è idonea ad assicurare un sufficiente grado di certezza del diritto e non presenta carattere tale da favorire la buona amministrazione e gestione delle procedure espropriative e da impedire episodi di illegalità.

1.6. - *L'occupazione sine titolo nel nuovo Testo Unico sugli Espropri (d.P.R. n. 327/2001 e successive modifiche ed integrazioni).*

1.6.1. - *Premessa.*

Anche alla luce delle suddette pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, è evidente che il nuovo Testo Unico sugli Espropri incarna la volontà di un riordino della materia e, per quanto attiene ai rapporti tra il procedimento ed il suo atto terminale, di un parziale ritorno alle origini, ovvero alla regola per cui prima si espropria e poi si realizza l'opera pubblica: volontà chiaramente espressa dal parere, sullo schema di decreto legislativo, reso dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato (n. 4 del 29 marzo 2001).

In questo quadro normativo originario, si colloca l'art. 43, in relazione alla cui portata occorre distinguere tra il quadro delineato originariamente dal d.P.R. n. 327 del 2001 e quello frutto delle modifiche successivamente introdotte dal D. Lgs. n. 302/2002.

Originariamente l'istituto delineato dall'art. 43 sembrava pensato per regolare, da un lato, le fattispecie patologiche frutto del sistema previgente e non ancora definite, fino ad esaurimento e, dall'altro, a regime, le fattispecie di occupazione *sine titulo* verificatesi in caso di mera attività materiale o, a posteriori, in caso di annullamento del provvedimento di esproprio o della dichiarazione di pubblica utilità.

Il nuovo sistema normativo, senza la previsione dell'occupazione d'urgenza, infatti, faceva venire meno la configurabilità in futuro di fattispecie quali quelle ricondotte, in passato, all'istituto pretorio dell'occupazione acquisitiva.

Nel quadro, delineatosi successivamente alle modifiche apportate dal D. Lgs. n. 302/2002, cioè a seguito della reintroduzione dell'occupazione d'urgenza, ora disciplinata dall'art. 22-*bis*, (innovazione introdotta a seguito delle pressanti indicazioni degli enti esproprianti statali o locali), quale forma d'immissione nel possesso anticipata rispetto all'adozione del provvedimento espropriativo, utilizzabile «qualora l'avvio dei lavori rivesta carattere di particolare urgenza tale da non consentire, in relazione alla particolare natura delle opere, l'applicazione dei commi 1 e 2 dell'art. 20», l'istituto dell'utilizzazione *sine titulo* appare certamente rafforzato.

Unica reale garanzia si trova nella previsione secondo cui il decreto che dispone l'occupazione perde efficacia qualora non venga emanato il decreto d'esproprio nel termine di cui all'art. 13 del testo unico.

1.6.2. - *Disciplina dell'utilizzazione senza titolo ex art. 43 testo unico.*

La norma muove dall'assunto secondo cui il semplice comportamento materiale non può costituire titolo per la traslazione e, quindi, è indispensabile l'intervento di un apposito atto al riguardo; essa si occupa appunto della disciplina di tale atto individuandone due diversi modelli ed, innanzitutto, si occupa di identificare ai commi 1 e 2 la fattispecie generale «*utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*».

Tre sono gli elementi caratterizzanti di tale fattispecie generale.

– *Utilizzazione di un immobile per scopi di interesse pubblico.*

Tale elemento, a dire il vero abbastanza indeterminato, contribuisce non poco a rendere sfuggente l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 43 in esame, per l'evidente ragione per cui, fatta salva l'ipotesi in cui l'amministratore agisca per fini esclusivamente egoistici, non può escludersi la riferibilità di atti e comportamenti alla P.A., come tali destinati a perseguire il pubblico interesse.

Per quanto, invece, attiene l'ambito soggettivo, il comma 5 induce a ritenere che soggetto attivo di tale utilizzo possa essere sia una Pubblica Amministrazione, sia un privato nell'ambito dell'utilizzo per finalità di edilizia residenziale, pubblica, agevolata e convenzionata, facendo così propria l'estensione della disciplina dell'occupazione appropriativa già prevista dall'art. 3 della legge n. 458/1988.

– *Modificazione dell'immobile.*

L'espressione è parzialmente diversa da quella fatta propria dalla Giurisprudenza nella precedente elaborazione dell'istituto dell'occupazione appropriativa, in cui si parlava di trasformazione irreversibile per indicare il

momento in cui l'opera veniva a delinarsi nei suoi connotati definitivi e nelle sue previste caratteristiche, evidenziando la non ripristinabilità dello *status quo ante*, se non attraverso nuovi interventi altrettanto eversivi della fisionomia attualmente assunta dal bene, ed a prescindere dal fatto che tale momento coincidesse o meno con il momento in cui l'opera, per discrezionale valutazione dell'Amministrazione, venisse effettivamente aperta al pubblico (vedi Cass. n. 9507/2002).

La formulazione utilizzata dall'art. 43 sembra ricomprendere i casi in cui la realizzazione dell'opera determini un semplice asservimento di fatto del fondo, con limitazione della facoltà di godimento da parte del proprietario.

– *Assenza di titolo.*

Oggetto di tale assenza è alternativamente il provvedimento di espropriazione o quello dichiarativo di pubblica utilità, accomunando nel regime ogni forma di occupazione senza titolo.

Le ipotesi previste dalla norma sono poi identificate nella assenza, invalidità, inefficacia di tali provvedimenti.

Tutto ciò chiarito, elemento caratteristico della fattispecie acquisitiva in esame è, innanzitutto, quello di essere di iniziativa della Pubblica Amministrazione, inserendosi nell'ambito di un procedimento amministrativo che era *ab origine* oppure è diventato illegittimo.

Altro elemento caratteristico di questa prima fattispecie acquisitiva, tipico però anche della seconda disciplinata dai commi 3 e 4, è l'essere alternativo alla retrocessione del bene.

Per quel che attiene agli elementi dell'atto acquisitivo, essenziale appare innanzitutto la motivazione.

Da ciò emerge l'evidente carattere discrezionale dell'atto acquisitivo, del resto confermato dal comma 1 il quale prevede l'adozione dell'atto in questione «*valutati gli interessi in conflitto*».

Ulteriore elemento dell'atto è la determinazione della misura del risarcimento del danno, prevista dalla lettera *c*) del comma 2.

Sul punto, il successivo comma 6 prevede che «*salvo i casi in cui la legge disponga diversamente*» (verosimilmente per l'espropriazione di opere militari o di beni culturali ovvero per le ipotesi di cui all'art. 55 dello stesso testo unico, riproduttivo dell'art. 5-*bis*, comma 7-*bis* del c.d. Decreto Amato) la quantificazione del risarcimento è commisurata al valore del bene e, se l'occupazione riguarda un terreno edificabile, sulla base delle disposizioni dell'art. 37, commi da 3 a 7.

Oltre alla previsione degli elementi necessari dell'atto acquisitivo, il comma 2 dell'art. 43 ne disciplina gli aspetti procedurali: innanzitutto quello dell'obbligo del pagamento del risarcimento del danno nella misura determinata dall'atto acquisitivo, entro il termine di 30 gg.

Ulteriori incombenze procedurali sono la notificazione dell'atto acquisitivo ai proprietari nelle forme degli atti processuali civili, e la sua trascrizione presso gli uffici dei registri immobiliari.

Quest'ultimo appare un importante elemento di certezza, in relazione al quale non era espressamente previsto alcunché nel previgente sistema (in relazione a tale tematica vedi oltre).

L'atto acquisitivo deve, infine, essere trasmesso all'ufficio competente all'aggiornamento degli elenchi degli atti da cui deriva la dichiarazione di pubblica utilità, ovvero con i quali è disposta l'espropriazione.

Tale incumbente, unitamente all'espressa indicazione contenuta nella lettera e) del comma 2 secondo cui «*l'atto di acquisizione comporta il passaggio del diritto di proprietà*», induce a ritenere che l'atto acquisitivo abbia efficacia costitutiva e, dunque, rappresenti l'unico titolo dell'effetto traslativo del diritto di proprietà in capo all'Amministrazione.

Tale soluzione appare senza dubbio preferibile, tenuto conto del valore d'insieme dell'istituto in questione il quale, muovendo dal rifiuto di identificare quale titolo acquisitivo il fatto illecito dell'occupazione senza titolo, riconduce tale titolo proprio all'adozione di uno specifico provvedimento amministrativo.

D'altra parte, il chiaro disposto della lettera e) del comma 2 vale ad escludere l'attribuzione all'atto acquisitivo di un'efficacia meramente ricognitiva di un effetto traslativo già avvenuto in precedenza e, dunque, come in passato, al momento dell'irreversibile trasformazione del bene o al momento della scadenza del termine di efficacia dell'occupazione d'urgenza.

Inoltre, la previsione, nella lett. f) del comma 2, della notificazione dell'atto acquisitivo al proprietario induce a qualificare l'atto in questione come recettizio: l'effetto traslativo, pertanto, si verifica a seguito della fase integrativa dell'efficacia prevista con la notificazione.

La seconda fattispecie di atto acquisitivo descritta ai commi 3 e 4 dell'art. 43 si caratterizza per essere inserita in un procedimento giurisdizionale, avviato dal privato (anche se nulla vieta che il giudizio sia avviato da un ente pubblico proprietario) *in primo luogo in sede annullatoria*, avverso i provvedimenti indicati nei commi 1 e 2: provvedimento di espropriazione, dichiarativo di pubblica utilità, di vincolo preordinato all'esproprio e, si deve ritenere, anche avverso l'atto di acquisizione nella prima fattispecie sopra esaminata.

In secondo luogo in sede restitutoria, con un'azione che può essere attivata davanti al G.A. in almeno due ipotesi:

– la prima è quella di una domanda che trae origine dalle richieste formulate in via amministrativa per ottenere la retrocessione totale o parziale, nel caso in cui a tali richieste l'Amministrazione abbia risposto negativamente o non abbia risposto affatto e, dunque, il privato abbia proposto domanda giudiziale al riguardo; proprio in tale circostanza, l'Amministrazione può attivarsi giudizialmente per l'adozione del provvedimento acquisitivo secondo la procedura prevista dal comma 4 dell'art. 43.

– la seconda ipotesi è quella derivante dall'indirizzo che interpreta l'art. 7 della legge n. 205/2000, nella parte in cui prevede la tutela risarcitoria «*anche attraverso la reintegrazione in forma specifica*», quale possibilità di condannare la P.A. ad un *facere* specifico, in alternativa al risarcimento per equivalente monetario.

Per quel che attiene l'ambito soggettivo di applicabilità di questa seconda fattispecie acquisitiva, occorre sottolineare che, a differenza della prima, il soggetto che può attivarsi in contrasto con l'iniziativa del privato è «l'Amministrazione che ne ha interesse o chi utilizza il bene».

Si tratta di un ambito più ampio rispetto a quello previsto dalla prima fattispecie, che sembra coincidere con quello identificato dalla Giurisprudenza a proposito della occupazione appropriativa (Amministrazione espropriante, privato beneficiario, ma altresì il concessionario di opera pubblica).

Legittimato all'adozione dell'atto acquisitivo, tuttavia, a differenza di quanto avviene per la fattispecie prevista dal comma 2 dell'art. 43, non sarà, in caso di accoglimento in sede giudiziale della richiesta, il soggetto richiedente, ma esclusivamente l'autorità che ha disposto l'occupazione senza titolo dell'area (art. 43, comma 4).

Per quanto attiene la misura del risarcimento del danno, essa è disposta in sede giudiziale.

Per il pagamento non è più previsto il termine di gg. 30 di cui al comma 2; la formula lascia intendere che esso debba essere contestuale, se non antecedente all'adozione dell'atto acquisitivo.

Per quanto riguarda gli adempimenti procedurali, l'atto acquisitivo andrà notificato al proprietario: deve intendersi che, anche in questo caso, esso abbia natura recettizia.

Analogamente, l'atto acquisitivo (qui denominato decreto) è trascritto nei registri immobiliari, con la precisazione che detta trascrizione è a cura e spese della medesima autorità che ha disposto a suo tempo l'occupazione dell'area.

1.6.3. - *Retroattività o meno dell'art. 43 del d.P.R. n. 327/2001.*

Il problema della retroattività o meno delle disposizioni contenute nell'art. 43 del testo unico degli espropri risulta assai controverso.

In giurisprudenza, infatti, si sono manifestate varie tesi, tutte ugualmente autorevoli.

– Per la irretroattività, si sono pronunciate le SS.UU. della Cassazione, ordinanze nn. 11336 e 11338 del 30 maggio 2005 e nn. 19217 e 19218/2003, la Cass., Sez. I, sentenze nn. 8777/2004 e 18239/2005, il T.A.R. Campania sent. n. 10543/2004, il T.A.R. Lazio sent. n. 5128/2004, il T.A.R. Basilicata sent. n. 134/2004.

Tale impostazione fa, in buona sostanza, leva sulla regola posta dall'art. 12 delle preleggi secondo cui «nell'applicare la legge, non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore», e sul primo comma dell'art. 57 del testo unico stabilente che «le disposizioni del presente testo unico non si applicano ai progetti per i quali, alla data di entrata in vigore dello stesso decreto (30 giugno 2003), sia intervenuta la dichiarazione di p.u., indifferibilità ed urgenza.

In tal caso continua ad applicarsi tutta la normativa vigente a tale data.»

Il combinato disposto di queste due norme non lascerebbe all'interprete la possibilità di utilizzare un criterio ermeneutico diverso dall'oggettivo riscontro temporale della data del progetto contenente la dichiarazione di pubblica utilità.

Con la conseguenza che, qualora il progetto sia antecedente alla data di entrata in vigore del testo unico, la normativa dell'art. 43 risulterebbe inapplicabile.

Secondo tale impostazione, la già chiara lettera della norma sarebbe per di più suffragata dalla *ratio legis*.

L'originaria formulazione dell'art. 57, infatti, prevedeva che la nuova normativa si applicasse immediatamente a ciascuna delle fasi della procedura ablativa non ancora concluse, ingenerando problematiche di non facile soluzione per stabilire quando una fase procedimentale dovesse considerarsi *in itinere* e quando già definita o, per converso, mancante del tutto; tale quadro, per di più, rischiava di complicarsi ulteriormente in conseguenza delle successive vicende amministrative e giurisdizionali da cui l'assetto pregresso poteva risultare sconvolto.

Per troncane alla radice ogni possibile questione interpretativa sul punto, l'art. 1 del D. Lgs. n. 302/2002 ha modificato non solo il contenuto, ma anche la rubrica dell'art. 57, ancor prima che entrasse in vigore, introducendo un criterio discriminatore chiaro ed inequivoco in relazione all'applicabilità dell'intera normativa del testo unico «sui procedimenti in corso»

Tale criterio si basa esclusivamente sul dato temporale del primo atto del procedimento espropriativo in senso stretto (dichiarazione di pubblica utilità), a prescindere, dunque, dalle sue successive vicende, dalla illegittimità e dalla natura delle violazioni in cui l'espropriante possa incorrere durante il prosieguo.

– Per la retroattività dell'art. 43, si sono pronunciati il T.A.R. Emilia Romagna sent. n. 2160/2003, il T.A.R. Toscana sent. n. 2066/2004, il T.A.R. Calabria, sez. di Reggio Calabria, sentt. nn. 358 e 1300/2005, ed il T.A.R. Puglia sent. n. 3307/2005.

Tale giurisprudenza, però, occupandosi della questione relativa all'applicabilità dell'art. 43 a fattispecie in cui la dichiarazione di pubblica utilità fosse precedente all'entrata in vigore del nuovo testo unico, ha fatto esclusivo riferimento all'ipotesi di cui al terzo comma di tale articolo, in cui l'Amministrazione, nel corso del giudizio instaurato innanzi al Giudice Amministrativo, richiede che, in caso di fondatezza del ricorso, sia disposta la condanna della stessa al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene.

Tali pronunce fanno leva sul carattere processuale della norma in questione, deducendone l'immediata applicabilità a tutti i giudizi pendenti, a prescindere anche dalla data di introduzione del ricorso, e mettono comunque in rilievo la finalità della disciplina, dettata dall'art. 43, di sanare le procedure ablatorie illegittime e i comportamenti illeciti della P.A. in campo espropriativo, nell'ottica dell'eliminazione del fenomeno dell'occupazione appropriativa nonché usurpativa, evidenziando che, se così è, la norma non può che riferirsi a situazioni pregresse di illegittimità ed illiceità.

– Appare opportuno citare anche due recenti pronunce del T.A.R. Calabria n. 984 del 9 giugno 2005 e del T.A.R. Lazio n. 7356 del 23 settembre 2005 che, con riferimento a fattispecie nelle quali rilevava la norma di cui al primo comma dell'art. 43, indubbiamente di carattere sostanziale, hanno stabilito che, pur dovendo escludersi qualsiasi riferimento al carattere processuale della stessa, essa potrebbe nondimeno trovare applicazione a fattispecie nelle quali la dichiarazione di pubblica utilità sia intervenuta prima dell'entrata in vigore del testo unico.

A ciò indurrebbe, *in primis*, la considerazione che, in talune ipotesi, la norma transitoria di cui all'art. 57 potrebbe non essere in condizioni di operare: ciò, perlomeno, se si intenda aderire ad un'interpretazione più vasta dell'art. 43 che lo reputi applicabile anche in caso di totale assenza della dichiarazione di pubblica utilità.

Secondariamente, tale tesi, ad avviso dei suddetti Tribunali Amministrativi, troverebbe conferma in quella funzione di regolarizzazione di fattispecie pregresse, destinate a non ripetersi, o a ripetersi difficilmente, in base alla normativa introdotta dal testo unico.

L'unico vero limite, comunque, all'applicazione dell'art. 43 si rinverrebbe, secondo le predette pronunce, nell'avvenuto perfezionamento, prima dell'entrata in vigore del testo unico, di fattispecie acquisitive conseguenti all'irreversibile trasformazione del fondo, nell'ambito del fenomeno dell'occupazione appropriativa.

La corretta applicazione, quindi, della disposizione *de qua* postulerebbe che il bene occupato dalla P.A., *ex ante sine titulo* o sulla base di un titolo successivamente annullato con effetti *ex tunc*, non sia stato ancora acquisito al patrimonio amministrativo; il che sembra significare che, ove tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di creazione pretoria della c.d. «accessione invertita» si siano temporalmente verificati in data anteriore al 30 giugno 2003, l'Amministrazione non sarebbe tenuta all'emanazione del provvedimento di acquisizione di cui all'art. 43, essendo già divenuta proprietaria dell'area grazie al meccanismo estintivo-acquisitivo sotteso all'istituto dell'occupazione appropriativa.

Rimane, tuttavia, da stabilire se la predetta conclusione valga esclusivamente per le ipotesi in cui esista una sentenza, passata in giudicato, che dichiarò intervenuta l'occupazione acquisitiva in data anteriore al 30 giugno 2003, ovvero se la stessa valga anche per le ipotesi in cui manchi un giudicato in tal senso.

Da ultimo, occorre ricordare che sul problema della retroattività o meno dell'art. 43 è intervenuta anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 2 del 29 aprile 2005) che, aderendo all'impostazione favorevole ad un'efficacia retroattiva dell'art. 43, ha stabilito che «*la nuova versione dell'art. 57 si propone di evitare che procedimenti avviati in applicazione della disciplina pregressa trovino ulteriore sviluppo e conclusione alla stregua di sopravvenuti assetti (riconoscendosi ultrattività, per tali fasi procedurali, alla precedente disciplina)*».

Tale norma risulta però inapplicabile alle fattispecie in cui si tratta non già di stabilire qual'è la normativa che disciplina una procedura espropriativa in iti-

nera (vicenda questa presa in considerazione dal nuovo art. 57) ma solo di decidere — dopo l'annullamento passato in giudicato dalla precedente procedura (tutta svoltasi sotto l'impero della precedente disciplina) — quale sorte vada riservata ad una res modificata dalla P.A., rimasta senza titolo nelle mani di quest'ultima dopo l'annullamento degli atti della procedura espropriativa.

Non trattandosi di vicenda riconducibile sotto la normativa transitoria avanti ricordata, è evidente che non può non trovare applicazione la disposizione dell'art. 43 che consente, in caso di apprensione di res sine titolo o con titolo annullato, la possibilità di neutralizzare la domanda di restituzione della parte interessata solo con l'adozione di un atto formale preordinato all'acquisizione del bene (con corresponsione di quanto spettante a titolo risarcitorio) o la speciale domanda giudiziale formulata nel processo di cui è parola nello stesso art. 43».

1.6.4. - *Sconfessione della disciplina introdotta dall'art. 43 del testo unico da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.*

L'istituto dell'acquisizione cd. sanante, introdotto dall'art. 43 del nuovo testo unico sugli espropri, è stato giudicato, dalla giurisprudenza amministrativa, rispettoso dei parametri imposti dalla Corte Europea e dai principi costituzionali.

In particolare l'Ad. Plen. del Consiglio di Stato con la decisione n. 2 del 29 aprile 2005 (ed ancor prima con il parere n. 4 del 2001 dell'Ad. Gen. dello stesso Consiglio) ha formulato una prognosi di piena compatibilità dell'art. 43 ai parametri posti dalla Corte di Strasburgo, rilevando che:

- l'acquisto del bene avviene in virtù di un provvedimento previsto dalla legge e, soprattutto, con efficacia *ex nunc*, sicché sono rispettate le esigenze di chiarezza dell'ordinamento e di preminenza del diritto;

- il provvedimento è sindacabile e l'esercizio della discrezionalità è circondato da particolari cautele di cui va verificato il rispetto in sede giurisdizionale;

- è in ogni caso assicurato il risarcimento del danno;

- in assenza di provvedimento, la restituzione dell'area non può essere impedita, se non per scelta autonoma del privato che rinunci alla restituzione.

Nondimeno, tale positiva valutazione del massimo Consesso della Giustizia Amministrativa è stata smentita proprio dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sia nella decisione del 17 maggio 2005 (caso Scordino c-/Italia) sia, più recentemente ed in maniera ancora più esplicita, in quella del 13 ottobre 2005, (caso Serrao c/Italia).

La Corte Europea, infatti, dopo aver ribadito che, per essere conforme alla Convenzione, l'ingerenza della P.A. nella proprietà privata deve essere compiuta «per causa di pubblica utilità ed alle condizioni previste dalla legge e dai principi di diritto internazionale» — perciò congiuntamente richieste —, ha rilevato che il principio dell'esproprio indiretto ha avuto in Italia applicazioni contraddittorie non solo in giurisprudenza, *ma anche da parte del legislatore.*

E dopo aver dato atto dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione, ha ricordato che l'art. 43 del testo unico prevede che, pure in assenza della dichiarazione di p.u., ogni terreno possa essere acquisito al patrimonio pubblico, se il giudice decide di non ordinare la restituzione del terreno occupato e trasformato dall'Amministrazione.

Alla luce di tali elementi, la Corte, non potendo escludere che sussista il serio rischio di risultati imprevedibili ed arbitrari ai danni dei soggetti interessati, conclude nel senso che *l'espropriazione indiretta, sia che derivi da un principio giurisprudenziale, sia che derivi da una norma di legge quale l'articolo 43 del testo unico sugli espropri, non può sostituire un'espropriazione legittima laddove consenta alla P.A. di acquisire la proprietà di un immobile traendo comunque vantaggio da un originario comportamento illegittimo.*

1.7. - *La tematica dell'efficacia delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nell'Ordinamento interno.*

L'avvenuta sconfessione sia dell'istituto di origine pretoria dell'occupazione acquisitiva sia della nuova figura dell'utilizzazione senza titolo, delineata nell'art. 43 del testo unico sugli espropri, ad opera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, pone inevitabilmente l'esigenza di chiarire la reale efficacia delle pronunce dell'Organo giurisdizionale europeo nell'Ordinamento interno.

In generale, la previsione di strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali se, da un lato, rafforza la loro garanzia, dall'altro, pone il rischio della formazione di indirizzi giurisprudenziali contrastanti e del sorgere di eventuali conflitti implicanti la necessità di stabilire a chi spetta l'ultima parola.

Occorre ricordare che la C.E.D.U., ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge n. 848 del 1955 riconosce ai cittadini degli Stati aderenti alcuni diritti e garanzie specificati nel Trattato ed in Protocolli aggiuntivi.

Ai cittadini è riconosciuta anche la legittimazione ad adire la Corte per denunciare la violazione, da parte di uno Stato contraente, dei diritti garantiti dalla Convenzione.

Le sentenze trovano fonte nell'obbligo assunto dagli Stati di conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono parti.

Una sentenza di condanna fa nascere, dunque, in capo allo Stato anzitutto l'obbligo di rimuovere le conseguenze di tale violazione, ripristinando la situazione anteriore alla stessa; solo in seconda battuta, la violazione darà diritto al risarcimento eventualmente riconosciuto dal giudice europeo a titolo di equa soddisfazione.

Dubbio (non pare vi sia giurisprudenza sul punto) è se le sentenze della Corte Europea vadano ricomprese tra gli atti che costituiscono titolo esecutivo *ex art. 474 c.p.c.*, o se si debba loro riconoscere al più l'idoneità, in quanto prova scritta, ad ottenere l'emissione di un decreto ingiuntivo *ex artt. 633 c.p.c. e ss.*

La violazione di norme pattizie può derivare non solo da un atto giurisdizionale dello Stato, ma anche da provvedimenti amministrativi o da atti normativi.

Assodato che le disposizioni della C.E.D.U. sugli effetti delle decisioni della Corte sono particolarmente laconiche, non si può che cercare di desumerne la portata in via sistematica.

Certo è che, per quel che riguarda gli effetti che discendono dalla condanna e costituiscono il contenuto dell'obbligo di conformazione che grava sullo Stato, le pronunce producano effetti solo a carico dello Stato stesso, riconosciuto responsabile della violazione, e non anche per gli altri paesi membri.

Nell'ambito, poi, dell'ordinamento dello Stato condannato, l'effetto diretto della pronuncia riguarda solo il caso deciso.

– La prima delle problematiche da affrontare, attinente alla questione che ci occupa, riguarda la posizione del giudice nazionale riguardo ad una norma interna dichiarata non conforme alla Convenzione o ad una lacuna rispetto ad essa (come pare prospettarsi nel caso dell'art. 43 del testo unico sugli espropri).

Al riguardo, più specificatamente, ci si può chiedere se possa parlarsi di una sorta di efficacia normativa della sentenza, che valga cioè ad offrire al giudice interno la regola di giudizio per altri casi simili a lui sottoposti, alla stregua di un precedente vincolante, o addirittura ad obbligare detto giudice a non applicare una norma di legge interna che la Corte abbia dichiarato non conforme alla Convenzione.

Vi è chi sostiene che il giudice debba disapplicare la norma interna incompatibile o addirittura riempire il vuoto normativo, secondo le indicazioni della Corte dei diritti, sulla base di una presunta ed incondizionata prevalenza della normativa pattizia su quella interna ordinaria.

Ciò nonostante, maggiormente condivisibile appare l'opinione di chi sostiene che, almeno nel nostro Ordinamento, l'art. 101 della Costituzione, là dove sancisce la soggezione del giudice soltanto alla legge, osti ad una prospettiva che voglia far derivare, da una pronuncia della Corte di Strasburgo l'obbligo, per il giudice, di disapplicare una legge nazionale che non risulti invalida o priva di efficacia secondo il sistema interno delle fonti.

Data, infatti, l'ampia portata delle norme della Convenzione, suscettibili di incidere su una serie indefinita di fattispecie, ammettere il potere del giudice interno (sia pure assistito dalla Giurisprudenza di Strasburgo) di disapplicare disposizioni di legge, perché ritenute non compatibili con la Convenzione, significherebbe introdurre un sistema sproporzionato ed eccessivamente diffuso di controllo delle leggi interne, ed avrebbe effetti ben più ampi di quelli derivanti dal potere-dovere di non applicare leggi interne anti-comunitarie, in materie cedute al diritto comunitario: significherebbe, dunque, introdurre una breccia imponente in un sistema, come il nostro, in cui il giudice, salvo una espressa previsione in tal senso (come avviene in ambito comunitario), non è abilitato in generale a negare applicazione a disposizioni di legge efficaci, pur se le ritenga invalide, senza ricorrere al previo giudizio della Corte Costituzionale.

A ciò si aggiunga che, non essendovi alcun meccanismo attraverso cui il giudice interno possa interpellare quello europeo, analogo alla questione pregiudiziale che può e deve essere proposta dinnanzi alla Corte di Giustizia di

Lussemburgo, ai sensi dell'art. 234 del Trattato C.E., al giudice nazionale si verrebbe a riconoscere un potere sostanzialmente incontrollato di rifiutare applicazione alle leggi.

Solo se, in base alle regole del sistema nazionale, risultasse che la norma della Convenzione, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, abbia effetti tali da condurre ad escludere, nella fattispecie sottoposta al giudice, l'applicabilità di una diversa norma interna, questa conseguenza potrebbe e dovrebbe essere tratta.

– *Quid iuris*, invece, nel caso di conflitto tra interpretazione conforme a Costituzione ed interpretazione conforme a Convenzione?

È il caso dell'occupazione acquisitiva.

Come già visto, l'istituto di origine pretoria è uscito sostanzialmente rafforzato dai giudizi dinnanzi alla Corte Costituzionale.

Quest'ultima, invero, argomentando dalla ritenuta prevalenza dell'interesse collettivo alla conservazione dell'opera pubblica sull'interesse del privato proprietario, non ha considerato contrario all'art. 42 della Costituzione il fatto che l'Amministrazione possa divenire proprietaria di un terreno sulla base di un suo comportamento illegale, e grazie ad una norma non statuita dal legislatore, ma desumibile dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Di segno opposto, invece, come abbiamo visto, sono state le decisioni della Corte di Strasburgo.

Al riguardo, vi è chi sostiene la diretta efficacia delle sentenze europee, con conseguente obbligo da parte del Giudice nazionale di disapplicare l'accessione invertita e, conseguentemente, di discostarsi dalla ricostruzione delineata nel tempo dalla Cassazione.

Tale tesi nasce dal riconoscimento del carattere non meramente programmatico ma precettivo delle norme della C.E.D.U. ed, in particolare, per quel che ci riguarda, dell'art. 1 del Protocollo n. 1 che tutela il diritto di proprietà.

Sotto questo profilo potrebbe essere individuata nella Convenzione una soglia precisa di tutela di tale diritto, idonea a porsi come fonte diretta di obblighi e di diritti soggettivi nell'Ordinamento interno.

Per conseguenza, l'acquisizione del bene, avvenuta in violazione del principio di legalità, manterrebbe i caratteri dell'illecito pur in presenza di norme nazionali, che sarebbero recessive rispetto alla norma patrizia, intese a legittimare l'acquisizione del bene a posteriori.

Altra tesi, invece, rileva l'impossibilità per il singolo Giudice nazionale di disapplicare l'istituto, semplicemente a fronte della sua avvenuta sconfessione da parte della Corte Europea, come se si trattasse di pronunzie della Corte di Giustizia (vedi Corte d'Appello di Bari, sent. del 16 agosto 2005).

Secondo tale impostazione, il problema dovrebbe essere risolto a monte dalla Corte Costituzionale, posta nell'alternativa tra realizzare un diverso bilanciamento che sia maggiormente conforme agli orientamenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, o giudicare costituzionalmente illegittima la norma convenzionale come interpretata dalla Corte Europea.

Tale scelta però sottende, in via propedeutica, la soluzione della questione riguardante il rapporto, sotto il profilo del valore e dell'efficacia, tra le norme costituzionali — distinguendo eventualmente, al loro interno, quelle disposizioni fondamentali ed espressione di principi assolutamente inderogabili, pena il mutamento dell'attuale assetto costituzionale — e le norme pattizie di diritto internazionale.

Pur non potendo affrontare, in questa sede, tale ampia e complessa problematica, non si può fare a meno di evidenziare che la soluzione al problema evidentemente dipende dalla scelta che il Giudice delle leggi dovrà compiere, in termini di prevalenza, tra una prospettiva costituzionale del diritto di proprietà (di tipo solidaristico) ed una europea (maggiormente liberale), niente affatto propensa ad ammettere forme di sacrificio del diritto dominicale, basate su un'ingerenza dell'autorità pubblica nel godimento di tale diritto ed operanti al di fuori di una stretta legalità.

2. - *Formalizzazione dell'acquisto, operato dalla P.A., nel caso di apprensione sine titulo.*

2.1. - *Occupazione acquisitiva.*

Si è precedentemente visto come, in caso di accessione invertita, la tutela del privato si realizzi attraverso il riconoscimento del suo diritto al risarcimento del danno.

L'azione risarcitoria davanti al giudice è soggetta ad una prescrizione quinquennale decorrente dalla scadenza dell'occupazione legittima o, in assenza di questa, dal momento nel quale si è verificata l'irreversibile trasformazione dell'area.

Nel caso in cui il privato abbia proposto un'azione dinnanzi all'autorità giudiziaria, sarà la sentenza del giudice, accertante la trasformazione del bene privato, la sua conseguente estinzione e perciò l'acquisizione della proprietà in capo alla P.A. (oltre al diritto al risarcimento del danno), ad essere trascritta, con la conseguente volturazione presso gli uffici catastali.

I problemi, invece, si pongono nel caso in cui, per una qualsiasi ragione, il titolare del bene trasformato non agisca per ottenere il risarcimento.

In tale eventualità, non vi è alcun atto formale che accerti l'avvenuta trasformazione del bene privato il quale, pur estinto nella realtà, risulta ancora presente nei registri immobiliari e catastali e, per di più, intestato al precedente titolare.

Al riguardo sono state prospettate tre diverse soluzioni.

- *Soluzione giudiziaria.*

Non avendo l'espropriato instaurato una controversia giudiziale per il risarcimento del danno, dovrebbe essere la P.A. a promuovere, in via autonoma, un ordinario giudizio di cognizione per l'individuazione dei rispettivi diritti di proprietà con conseguente formalizzazione, mediante sentenza, dell'acquisto avvenuto a titolo originario.

Una soluzione questa, dunque, sostanzialmente simile a quella operante in caso di usucapione immobiliare.

– *Soluzione privatistica.*

La seconda soluzione, c.d. privatistica, cerca di comporre i rispettivi interessi mediante la stipula di un apposito atto notarile, nelle ipotesi in cui sia comunque possibile l'insorgere di una controversia legale tra P.A. e proprietario di un fondo oramai illegittimamente occupato.

Tale impostazione, che nasce dall'esigenza di individuare una soluzione più celere di quella giudiziaria, consentirebbe di evitare la sicura condanna della P.A. in un procedimento giudiziario, e porrebbe fine a tutte quelle questioni nelle quali la modesta rilevanza del contendere e la scarsa capacità economica dei soggetti interessati continuano a scoraggiare i privati dal definire la questione in via giudiziale.

Si tratterebbe di sottoscrivere un contratto col quale, ripercorrendo la cronologia degli eventi che hanno determinato l'avvenuta acquisizione delle aree interessate, si potrebbe regolarizzare formalmente, in una sorta di contraddittorio fra le parti, la situazione determinatasi.

– *Soluzione amministrativa.*

La terza soluzione trae origine da un parere dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Torino n. 882/89/ST del 28 luglio 1988.

L'Organo difensivo erariale, per primo, cercando di superare le difficoltà derivanti dalla, in quel tempo, neonata creazione giurisprudenziale dell'occupazione appropriativa, ipotizzò l'ammissibilità di un atto ricognitivo unilaterale col quale la stessa P.A. procedente accertasse il verificarsi di un fatto — la trasformazione irreversibile del fondo privato a seguito dell'attività realizzativa posta in essere sullo stesso — che, unitamente agli atti amministrativi attestanti la pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza dell'opera, producesse l'estinzione del diritto di proprietà del privato e la contestuale nascita del diritto dominicale in capo alla P.A.

Non si può nascondere che tale soluzione presenti profili non del tutto conformi alla dogmatica giuridica.

Innanzitutto, può apparire paradossale che si consenta la trascrizione di un atto unilaterale emanato dalla medesima P.A. che illegittimamente occupa il fondo irreversibilmente manipolato.

Inoltre, non si può non evidenziare l'assenza di un esplicito supporto normativo circa la possibilità di considerare tale atto amministrativo come titolo idoneo per eseguire la trascrizione, stante la tassativa formulazione dell'art. 2657 c.c., atteso anche che tale provvedimento amministrativo difficilmente può essere considerato un atto pubblico (definito dall'art. 2699 c.c. come «*il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato*»).

Tali rilievi appaiono superabili.

Essi risentono, infatti, di un'ostilità poco motivata nei riguardi di un istituto, quello della c.d. «occupazione acquisitiva» certamente operante nell'ambito del diritto vivente.

A torto, quest'ultimo non è ritenuto possibile fonte di produzione di norme nonostante che, ad esempio, la stessa Giurisprudenza della Cassa-

zione, a proposito dei modi di acquisto della proprietà, abbia ritenuto che l'indicazione dell'art. 922 c.c. non sia tassativa e che occorra guardare all'Ordinamento Giuridico nel suo complesso (anche sotto forma di tradizione storico-giuridica che non contrasti con i principi del nostro Ordinamento) per accertarne l'esistenza (vedi Cass. n. 10525/1992).

A ciò si aggiunga che la soluzione cd. amministrativa appare anche in grado di soddisfare le aspettative del proprietario del fondo.

Ed invero, la Giurisprudenza ha fissato, in alcune ipotesi (mancanza *ab origine* dell'occupazione d'urgenza, per esempio), proprio nel momento in cui può dirsi avvenuta la trasformazione irreversibile del fondo il *dies a quo* del termine prescrizione di cinque anni, entro il quale il privato potrà far valere le proprie ragioni risarcitorie.

Ebbene, proprio l'incertezza esistente in ordine all'individuazione del momento della trasformazione del fondo mette in pericolo le ragioni creditorie dei privati, che potrebbero vedersi dichiarato prescritto il proprio diritto risarcitorio, solo perché il giudice adito ha ritenuto di fissare la predetta trasformazione in un momento anteriore rispetto a quello individuato dai primi.

A ciò si aggiunga, altresì, che nessuno meglio della P.A. è in grado di valutare il momento in cui la realizzazione dell'opera pubblica determina effetti tali da provocare l'irreversibile utilizzazione del fondo nella costruzione dell'opera pubblica.

2.2. - Occupazione usurpativa.

Nel caso dell'occupazione usurpativa, invece, la soluzione del problema della formalizzazione dell'acquisto dell'area da parte della P.A. è agevolmente individuabile nel sistema normativo.

Ed invero, la domanda con cui il proprietario dell'area abusivamente manipolata dall'attività realizzativa della P.A., abdicando al proprio diritto alla *restituito in integrum* del terreno, chiede all'autorità giudiziaria il risarcimento del danno sofferto, si inquadra perfettamente fra quegli atti di rinuncia per i quali l'art. 1350, n. 5, c.c., richiede la forma scritta, ove gli stessi ineriscano a diritti immobiliari.

Ebbene, nulla esclude che la P.A., al fine di formalizzare il proprio acquisto (trascrizione nei registri immobiliari, volturazione catastale) possa utilizzare l'atto di rinuncia, posto in essere dal privato, curandone la trascrizione nei registri immobiliari (come previsto dall'art. 2645, n. 5, c.c.) ed ottenendo, sulla base di esso, la volturazione, in proprio favore, delle risultanze catastali.

Al proposito, deve, tuttavia, evidenziarsi che la Suprema Corte di Cassazione ha, di recente, chiarito che «la dismissal di cui alla domanda di risarcimento del danno per equivalente non necessariamente determina il trasferimento o la acquisizione della proprietà al convenuto occupante, che può pure rifiutare tale acquisizione, anche quando è condannato a risarcire il danno» e che «in caso di rifiuto dell'acquisto della proprietà dall'espropriante spetterà comunque dello Stato *ex art. 827 c.c.*» (così Cass. 24 novembre 2005, n. 24819 e Cass. 3 maggio 2005 n. 9173).

2.3. - *Decreto di acquisizione ex art. 43 del testo unico espropri.*

Come più sopra evidenziato, l'art. 43, comma 2, lett. f) prevede espressamente la trascrizione del decreto di acquisizione nei registri immobiliari.

3. - *Profili fiscali.*

In relazione al problema, concernente la possibilità di concedere l'esenzione dal pagamento dell'imposta di bollo per la trascrizione dell'atto ricognitorio dell'avvenuta occupazione acquisitiva, si ritiene di potere concludere in senso affermativo.

Alla luce del consolidato riconoscimento giurisprudenziale (anche ad opera della Corte Costituzionale) e normativo dell'istituto dell'accessione invertita, come sopra evidenziato, e del diffuso utilizzo che si è avuto di esso nel corso degli anni, appare del tutto formalistico e privo di sostanziale fondamento escludere la suddetta esenzione, solo in forza della mancanza di un formale e conclusivo decreto di esproprio.

La presenza di un'espropriazione c.d. sostanziale estrinsecatasi, comunque, in un procedimento originato da una valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità dell'opera appare condizione sufficiente per operare un'equiparazione, ai fini della concessione dell'esenzione dal pagamento dell'imposta di bollo, tra tale situazione e quella caratterizzata dall'esistenza di una procedura espropriativa regolarmente perfezionatasi con l'emanazione del decreto di esproprio.

Equiparazione, quella di cui sopra, che lo stesso legislatore ha mostrato di condividere, in passato e sempre a fini fiscali; il riferimento va alle disposizioni contenute nell'art. 11 della legge 30 dicembre 1991, n. 413, i cui commi 5 e 7 prevedono che «Per le plusvalenze conseguenti alla percezione, da parte di soggetti che non esercitano imprese commerciali, di *indennità di esproprio o di somme percepite a seguito di cessioni volontarie nel corso di procedimenti espropriativi nonché di somme comunque dovute per effetto di acquisizione coattiva conseguente ad occupazioni di urgenza divenute illegittime* relativamente a terreni destinati ad opere pubbliche o ad infrastrutture urbane all'interno delle zone omogenee di tipo A, B, C, D di cui al decreto ministeriale 2 aprile 1968, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 97 del 16 aprile 1968, definite dagli strumenti urbanistici ovvero ad interventi di edilizia residenziale pubblica ed economica e popolare di cui alla legge 18 aprile 1962, n. 167, e successive modificazioni, si applicano le disposizioni di cui all'art. 81, comma 1, lettera b), ultima parte, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni, introdotta dal comma 1, lettera f), del presente articolo» (comma 5); «Gli enti eroganti, all'atto della corresponsione *delle somme di cui ai commi 5 e 6, comprese le somme per occupazione temporanea, risarcimento danni da occupazione acquisitiva, rivalutazione ed interessi, devono operare una ritenuta a titolo di imposta nella misura del 20 per cento. È facoltà del contribuente optare, in sede di dichiarazione annuale dei redditi, per la tassazione ordinaria, nel qual caso la ritenuta si considera effettuata a titolo di acconto*» (comma 7).

Per quel che attiene, invece, il pagamento delle imposte ipotecarie, la chiara previsione normativa del D.Lgs. n. 347/1990 (peraltro confermata da diverse circolari ministeriali) limita l'esenzione dalle predette imposte solo alle operazioni eseguite nell'interesse dello Stato.

Proprio la precisione di tale individuazione non consente di estendere i favorevoli effetti fiscali a soggetti diversi dallo Stato, siano essi anche altri enti pubblici territoriali.