

L'eliminazione dell'occupazione sanante ex art. 43 T.U. 327/2001

di Giuseppe Arrabito

Sommario: 1. Premessa. 2. La sentenza della Corte Costituzionale 293/2010. 3. Considerazioni sul ristoro del danno dopo la sentenza della Consulta. TAR Salerno 43/2011. Tar Palermo 175/11. 4. Incostituzionalità dell'art. 43 ed effetti sui procedimenti pendenti. Tar Piemonte 21/2011. 5. Conclusioni.

1. Premessa

L'articolo 43 T.U. 327/2001, prima di esser dichiarato incostituzionale, stabiliva che *“Valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni.”* Con questa norma veniva così disciplinata la figura dell'acquisizione sanante.

Tale istituto è nato al fine precipuo di adeguare l'ordinamento interno alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, così da consentire l'affermazione del principio di legalità in rapporto a situazioni di illegalità venutesi a determinare nella prassi.

Tuttavia l'espressa previsione di uno strumento di legittima acquisizione del bene privato in mano pubblica non ha tranquillizzato i giudici della Corte di Strasburgo, che hanno continuato ad esprimere seri dubbi in ordine all'istituto disegnato

dall'art. 43 del T.U. in materia espropriativa, giacché manifestazione di un'espropriazione indiretta¹.

La violazione della Convenzione discenderebbe da un vizio "genetico" della dinamica *de qua*, ossia l'acquisizione del diritto di proprietà sulla base di un fatto illecito.

Questa figura comprendeva le ipotesi riconducibili sia all'occupazione acquisitiva che all'occupazione usurpativa.

In sintesi, la prima era caratterizzata da una anomalia del procedimento espropriativo, a causa della sua mancata conclusione con un formale atto ablativo, mentre la seconda era collegata alla trasformazione del fondo di proprietà privata, in assenza di dichiarazione di pubblica utilità.

Nel primo caso (il cui *leading case* si rinviene nella sentenza delle Sezioni Unite 26 febbraio 1983, n. 1464), l'acquisto della proprietà conseguiva ad un'inversione della fattispecie civilistica dell'accessione di cui agli artt. 935 ss. cod. civ., in considerazione della trasformazione irreversibile del fondo. Secondo questa ricostruzione, la destinazione irreversibile del suolo privato illegittimamente occupato comportava l'acquisto a titolo originario, da parte dell'ente pubblico, della proprietà del suolo e la contestuale estinzione del diritto di proprietà del privato. La successiva sentenza delle Sezioni Unite 10 giugno 1988, n. 3940, precisò poi la figura della «occupazione acquisitiva», limitandola al caso in cui si riscontrasse una valida dichiarazione di pubblica utilità che permetteva di far prevalere l'interesse pubblico su quello privato.

L'«occupazione usurpativa», invece, non accompagnata da dichiarazione di pubblica utilità, *ab initio* o per effetto dell'intervenuto annullamento del relativo atto o per scadenza dei relativi termini, in quanto tale non determinava l'effetto acquisitivo a favore della pubblica amministrazione.

¹ Corte di Giustizia 29/03/2006 n. 36813/1997, Scordino vs Italia; Corte di Giustizia 19/10/2006 n. 68610/2001.

2. La sentenza della Corte Costituzionale 293/2010.

Nel 2009 la Corte Costituzionale è stata chiamata a decidere la questione di legittimità dell'art. 43 T.U. 327/2001, disciplinante l'istituto dell'acquisizione sanante, e il 04/10/2010 lo ha dichiarato non conforme a Costituzione.

I dubbi di costituzionalità sollevati dal Tribunale amministrativo regionale per la Campania (r.o. n. 114, n. 115 e n. 116 del 2009) erano legati alla violazione di più parametri costituzionali.

Secondo il rimettente la norma si poneva in contrasto anzitutto con gli articoli 3, 24, 42, 97 e 113 della Costituzione, in quanto consentiva, secondo l'interpretazione assunta come diritto vivente, la sanatoria di espropriazioni illegittime, a causa della mancanza della dichiarazione di pubblica utilità, dell'annullamento degli atti ovvero per altra causa. In tal modo, era prefigurabile l'esercizio di un potere autoritativo di acquisizione dell'area che avrebbe impedito la restituzione del bene, rimuovendo l'illecito aquiliano anche a dispetto di un giudicato amministrativo, consentendo «alla pubblica amministrazione, anche deliberatamente, di eludere gli obblighi procedurali della instaurazione del contraddittorio, delle tre fasi progettuali e della verifica delle norme di conformità urbanistica» con «grave lesione del principio generale dell'intangibilità del giudicato amministrativo», sostanzialmente «vanificato da un atto amministrativo di acquisizione per utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico».

Ad avviso del TAR, la norma impugnata si poneva altresì in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in quanto non era conforme ai principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretati dalla Corte di Strasburgo, che ha

ritenuto in contrasto con l' art. 1, prot. 1², la prassi della cosiddetta «espropriazione indiretta»; violando peraltro anche l'art. 6 (F) del Trattato di Maastricht (modificato dal Trattato di Amsterdam), in base al quale «l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, [...] in quanto principi generali del diritto comunitario».

I rimettenti, infine, ritenevano che il citato art. 43 recava un vulnus all'art. 76, Cost., in quanto era stato emanato in violazione dei criteri della legge-delega 8 marzo 1999, n. 50 (Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione 1998).

Ed è proprio con riferimento a quest'ultimo parametro che la norma si è palesata incostituzionale.

La Corte ha, infatti, affermato che l'attività di normazione del Decreto Legislativo deve seguire alcuni criteri. Da un lato, deve farsi riferimento alla ratio della delega; dall'altro, occorre tenere conto della possibilità, insita nello strumento della delega, di introdurre norme che siano un coerente sviluppo dei principi fissati dal legislatore delegato; dall'altro ancora, sebbene rientri nella discrezionalità del legislatore delegato emanare norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore³, è nondimeno

² Art. 1 Protezione della proprietà. *Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende.*

³ Corte Costituzionale sentenza n. 199 del 2003; ordinanza n. 213 del 2005.

necessario che detta discrezionalità sia esercitata nell'ambito dei limiti stabiliti dai principi e criteri direttivi⁴.

Alla luce di questi principi, è stato evidenziato che la legge-delega aveva conferito al legislatore delegato il potere di provvedere soltanto ad un coordinamento «formale» relativo a disposizioni «vigenti». L'istituto previsto e disciplinato dalla norma impugnata, viceversa, era connotato da numerosi aspetti di novità, rispetto sia alla disciplina espropriativa, oggetto delle disposizioni espressamente contemplate dalla legge-delega, sia agli istituti di matrice prevalentemente giurisprudenziale, e per questi motivi violava l'art. 76 della Costituzione.

Nulla è stato detto, purtroppo, con riguardo a tutti gli altri parametri costituzionali asseritamente violati, in quanto assorbiti. Tuttavia i giudici del palazzo della Consulta hanno precisato che *“Anche considerando la giurisprudenza di Strasburgo, non è affatto sicuro che la mera trasposizione in legge di un istituto, in astratto suscettibile di perpetuare le stesse negative conseguenze dell'espropriazione indiretta, sia sufficiente di per sé a risolvere il grave vulnus al principio di legalità.”*

⁴ Inoltre, secondo la costante giurisprudenza della Corte Costituzionale, qualora la delega abbia ad oggetto, come nella specie, la revisione, il riordino ed il riassetto di norme preesistenti, queste finalità giustificano un adeguamento della disciplina al nuovo quadro normativo complessivo, conseguito dal sovrapporsi, nel tempo, di disposizioni emanate in vista di situazioni ed assetti diversi. L'introduzione di soluzioni sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo previgente è, tuttavia, ammissibile soltanto nel caso in cui siano stabiliti principi e criteri direttivi idonei a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato (sentenza n. 170 del 2007 e n. 239 del 2003).

3. Considerazioni sul ristoro del danno dopo la sentenza della Consulta. TAR Salerno 43/2011. Tar Palermo 175/011.

A seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43 T.U. 327 si sta ponendo l'esigenza di definire come ed in che misura si possa ristorare il danno da occupazione illegittima.

Il Tar Salerno, nella pronuncia 43/2011, e il Tar Palermo, nella decisione 175/2011, fanno luce sul problema facendo una ricognizione preliminare sulla giurisdizione e definendo poi le due possibili strade che si possono seguire, ovvero il risarcimento in forma specifica o per equivalente.

Quanto al primo profilo i Tar ricordano che va dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario, e non del giudice amministrativo, in materia di pagamento di indennità per occupazione legittima.

Quando invece il giudice amministrativo stabilisce l'importo del danno da ablazione illegittima, egli non può includervi anche quanto dovuto per il periodo di occupazione legittima, la cui valutazione è di spettanza del giudice ordinario, a norma degli artt. 53, comma 3 e 54 T.U. 8 giugno 2001, n. 327.

Né l'evidente comunanza tra la domanda risarcitoria e quella di carattere indennitario può giustificare l'attribuzione di entrambe allo stesso giudice, essendo indiscusso il principio generale dell'inderogabilità della giurisdizione, anche per motivi di connessione⁵.

Con riferimento, invece, al profilo risarcitorio in sé per l'occupazione illegittima del bene e la sua irreversibile trasformazione, occorre rilevare che in nessun caso,

⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. un., 9 febbraio 2010, n. 2788; Cons. Stato, Sez. IV, 22 luglio 2010, n. 4825; T.A.R. Campania-Salerno, Sez. II, 10 maggio 2010, n. 5911.

neppure a fronte della sopravvenuta irreversibile trasformazione del suolo per effetto della realizzazione dell'opera pubblica, è possibile giungere, nonostante l'espressa domanda in tal senso di parte ricorrente, ad una condanna puramente risarcitoria a carico dell'amministrazione, poiché una tale pronuncia postula inammissibilmente l'avvenuto trasferimento della proprietà del bene per fatto illecito dalla sfera giuridica del ricorrente, originario proprietario, a quella della P.A. che se ne è illecitamente impossessata. Esito, questo – comunque sia ricostruito in diritto: rinuncia abdicativa implicita nella domanda solo risarcitoria, ovvero accessione invertita – vietato dal primo protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁶. Donde la necessità di un passaggio intermedio, finalizzato all'acquisto della proprietà del bene da parte dell'ente espropriante⁷.

Tale passaggio, tuttavia, allo stato della legislazione vigente, non può più identificarsi nel rimedio extra ordinem dell'acquisizione sanante ex art. 43 T.U. sulle espropriazioni, ma esclusivamente negli ordinari strumenti civilistici di acquisto immobiliare ovvero nell'istituto amministrativo dell'accordo, disciplinato dall'art. 11 della legge n. 241/1990 o, ancora, nella speciale figura della cessione volontaria, di cui all'art. 45 dello stesso T.U. n. 327/2001.

Va precisato però che, mentre i modi contrattuali di acquisto della proprietà e l'accordo ex legge n. 241/1990 presuppongono, per la loro conclusione, sempre e comunque l'espressione di un libero consenso tra le parti, la cessione volontaria art. 45 del T.U. costituisce, per il proprietario del fondo, un vero e proprio diritto potestativo, che può essere fatto valere sino alla data in cui è eseguito, o eseguibile, il decreto di esproprio.

⁶ Cfr. T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, 1 luglio 2010, n. 1418.

⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 16 novembre 2007, n. 5830; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 5 giugno 2009, n. 3124.

Diversamente, in caso di mancato acquisto dell'area da parte dell'ente pubblico, si è in presenza di un'occupazione senza titolo, ossia di un illecito permanente, che consente in ogni momento al privato di chiedere, anche in via giudiziale, la restituzione del fondo e la riduzione in pristino di quanto ivi realizzato, salva la preclusione sostanziale di cui all'art. 936, comma 4 e 5, c.c., in materia di rimozione di opere eseguite dal terzo sul terreno altrui⁸, per la quale sarà possibile chiedere il risarcimento per equivalente.

In quest'ultimo caso, se il ricorrente si limita a chiedere la condanna dell'amministrazione alla corresponsione di una somma di denaro, oltre interessi e rivalutazione, come risarcimento del danno per l'occupazione illegittima, i Tribunali rimettenti osservano che al risarcimento del danno nella misura del valore venale del bene, oggetto della domanda, deve necessariamente corrispondere la definitiva cessione del fondo in favore dell'autorità espropriante.

Ne consegue che la domanda medesima può essere accolta solo, affermano il Tar Salerno e il Tar Palermo, subordinandola alla previa conclusione di un accordo ex art. 11 della legge n. 241/1990, per la cessione gratuita del bene in favore dell'amministrazione⁹.

⁸ Di qui la non fondatezza di un eventuale eccezione di prescrizione avanzata dalla PA – come peraltro presentata in questo caso particolare –.

⁹ A tal fine, deve imporsi al privato ricorrente di notificare all'amministrazione, entro trenta giorni dalla comunicazione della presente sentenza, una proposta negoziale per la conclusione di un accordo di cessione gratuita del bene illegittimamente occupato. A sua volta, l'amministrazione, nei trenta giorni successivi alla detta notifica o nell'altro maggiore termine concesso dalla parte ricorrente, deve riscontrare la proposta, facendo pervenire per iscritto:

a) la formale accettazione della proposta ai sensi dell'art. 1326 c.c., unitamente ad un separato atto unilaterale d'obbligo a versare, nei successivi trenta giorni o nel maggiore termine concesso dal legittimo proprietario, a titolo risarcitorio per l'illegittima occupazione pregressa, una somma di denaro pari al valore venale di questo al momento dell'apprensione, oltre rivalutazione ed interessi moratori, da computarsi al tasso legale dalla scadenza del periodo di occupazione legittima e sino al soddisfo;

4. Incostituzionalità dell'art. 43 ed effetti sui procedimenti pendenti. Tar Piemonte 21/2011.

Con questa sentenza il Tar piemontese ha chiarito che la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43 T.U. 327/2001 ha, sui provvedimenti di acquisizione sanante riguardanti rapporti non ancora esauriti, non effetti caducatori ma viziati. I giudici hanno in tal senso preso le mosse dalla giurisprudenza amministrativa che ritiene che l'annullamento della legge non travolge, nel senso di farne cessare direttamente l'efficacia, l'atto amministrativo che ha fatto applicazione di essa.

Tale orientamento risale alla decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 8 aprile 1963, n. 8, con la quale venne precisato che "non esiste, tra la legge e l'atto amministrativo, un rapporto di consequenzialità, quale si ravvisa ad esempio tra l'atto preparatorio e l'atto finale d'un procedimento amministrativo, dove la caducazione del primo travolge il secondo. L'atto amministrativo è manifestazione di autonomia del potere esecutivo ed ha perciò una vita ed una individualità sua propria; esso quindi non viene travolto dalla cessazione dell'efficacia della legge, pur subendo ovviamente l'influsso delle vicende della norma cui ha dato applicazione".

La giurisprudenza successiva ha confermato la soluzione della Plenaria e precisato ulteriormente che, in linea di principio, la dichiarazione di incostituzionalità della

b) il rifiuto della proposta e, pertanto, un atto unilaterale d'obbligo a restituire il bene al legittimo proprietario nei successivi trenta giorni o nel maggiore termine concesso, previo ripristino dello stato di fatto esistente al momento dell'apprensione, nonché a corrispondere, nello stesso termine, una somma di denaro pari all'entità del danno per il mancato utilizzo per l'intero periodo di occupazione illegittima, attualizzato anno per anno con l'indice I.S.T.A.T. e maggiorato degli interessi legali.

legge attributiva di un potere amministrativo non rende di per sé nulli i provvedimenti che ne hanno fatto applicazione, dovendo invece detti provvedimenti essere considerati affetti da illegittimità derivata¹⁰.

In più pronunce recenti¹¹ il Consiglio di Stato ha confermato che “la sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma disciplinante il potere di adozione di un provvedimento oggetto di gravame giurisdizionale ... comporta l’illegittimità derivata dell’atto stesso lì dove l’interessato abbia censurato la norma di che trattasi”.

5. Conclusioni.

Dai rilievi giurisprudenziali fin qui ripercorsi, è possibile notare come le dinamiche di occupazione illegittima si scontrino con l’esigenza di garantire un’adeguata tutela al diritto fondamentale di proprietà.

Si deve rilevare che l’art. 1 del primo Protocollo della CEDU è stato oggetto di una progressiva focalizzazione interpretativa da parte della Corte di Strasburgo, che ha attribuito alla disposizione un contenuto ed una portata capaci di mettere a nudo le dinamiche italiane non conformi a certi principi.

Non si può non ricordare ciò che la Corte di Strasburgo ha in più occasioni affermato¹². In primis, un atto della autorità pubblica, che incide sul diritto di proprietà, deve realizzare un giusto equilibrio tra le esigenze dell’interesse generale

¹⁰ Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2006, n. 3458.

¹¹ Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2102 e 18 giugno 2009, n. 4002

¹² Con la decisione del 29 marzo 2006, nella causa Scordino contro Italia; decisione 17/05/2006 Pasculli; decisione Sporrang e Lonroth contro Svezia 23/09/1982.

e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui. In secundis, nel controllare il rispetto di questo equilibrio, è riconosciuto allo Stato «un ampio margine di apprezzamento», tanto per scegliere le modalità di attuazione, quanto per giudicare se le loro conseguenze trovano legittimazione, nell'interesse generale, dalla necessità di raggiungere l'obiettivo della legge che sta alla base dell'espropriazione.

Da ciò si evince allora che, ferma rimanendo una certa "discrezionalità" degli stati nel perseguimento dell'interesse generale, con particolar riguardo al governo del territorio, non può non esser sottolineato che l'art. 1 del primo protocollo addizionale CEDU richiede che il diritto di proprietà privata possa esser sottratto al cittadino solo per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge. Quanto a quest'ultima condizione, che pacificamente non viene ritenuta una riserva di legge assoluta stante la differenza tra i sistemi di Civil Law e Common Law, in cui la fonte più importante è in un caso la legge e nell'altro la giurisprudenza, coadiuvata dal principio dello *stare decisis*, nel nostro paese non si può trascurare la centralità del Principio di Legalità. Quest'ultimo costituisce la regola per un buon ed imparziale esercizio dell'attività amministrativa (art. 97 Cost.); il presupposto per la limitazione delle libertà fondamentali (artt. 13, 14, 15, 16, 18, 21, 23); l'unico strumento adeguato per garantire e limitare l'iniziativa economica e la proprietà privata.

Per l'Italia è dunque evidente che garantire il rispetto della legge, come vuole la CEDU, significa rispettare in primo luogo il Principio di Legalità.

Così dinamiche limitative della proprietà, che non hanno copertura normativa, che originano da prassi e che, con particolar riguardo alle occupazioni acquisitive o usurpative, nascono addirittura da un fatto illecito dovrebbero ritenersi non legittime.

A queste stesse conclusioni appare, d'altro canto, giungere la stessa Corte Costituzionale, nella sentenza 293/2010, quando, appena prima il "PQM", considera che non sarà affatto sicuro che la mera trasposizione in legge di un istituto, in astratto suscettibile di perpetuare le stesse negative conseguenze dell'espropriazione indiretta, sarà sufficiente di per sé a risolvere il grave vulnus al principio di legalità.