

L'art. 42-bis del Testo Unico sulle espropriazioni dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 71/2015: il caso dell'acquisizione sanante "temporanea"

di Laura Uccello Barretta – Dottoressa di ricerca in Giustizia costituzionale e tutela dei diritti fondamentali presso l'Università di Pisa

ABSTRACT: The aim of this paper is to make some observations on the Italian institution of "acquisizione sanante". The first paragraph is dedicated to the reconstruction of its origins and evolution. The second paragraph focuses on the contents of a pronouncement recently delivered by the Italian Constitutional Court (n. 71/2015), which deals with the legal construct just mentioned; the A. emphasises the strict interpretation that is prescribed in the application of its normative discipline, in order to comply with the Italian Constitutional framework. The third and last paragraph describes the content of the sentence n. 4403/2015 given by the Italian Administrative Supreme Court after the constitutional decision referred above. After expressing his positive assessment on this latter case, due to its ability to achieve a valuable compromise between the interests in conflict, the A. underlines some critical aspects of the position expressed by the former. The key point is that it seems to move in an opposite direction to the protection of the right to private property and appears to create the institution of temporary "acquisizione sanante", whose features raise concerns in terms of legitimacy.

SOMMARIO: 1. Dall'occupazione acquisitiva all'acquisizione sanante: cenni. – 2. L'acquisizione sanante nell'interpretazione fornita dalla sentenza n. 71/2015 della Corte Costituzionale. – 3. L'acquisizione sanante nel diritto vivente: il curioso caso della sentenza n. 4403/2015 del Consiglio di Stato.

1. Dall'occupazione acquisitiva all'acquisizione sanante: cenni

Con la sentenza n. 71 del 30 aprile 2015 la Corte costituzionale è tornata a pronunciarsi in tema di acquisizione sanante, dichiarando infondata la questione sollevata dalla Corte di Cassazione e dal

* Lavoro sottoposto a referaggio in base alle Linee guida della Rivista.

Tar Lazio avente ad oggetto l'art. 42-*bis* del Testo Unico sulle espropriazioni (d.P.R. n. 327/2001)¹ attraverso una sentenza interpretativa di rigetto.

Senza alcuna pretesa di esaustività, giova ripercorrere brevemente le principali tappe evolutive di tale istituto prima di soffermarsi sui contenuti della decisione in commento.

Il precursore storico, se così lo si può chiamare, dell'acquisizione sanante è costituito dalla c.d. occupazione acquisitiva (detta anche occupazione appropriativa o accessione invertita), figura di creazione giurisprudenziale che ha trovato origine nella sentenza emessa dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione n. 1464 del 14 febbraio 1983². La Corte di legittimità, nella sua composizione più autorevole, aveva ritenuto, infatti, che, in presenza di alcuni presupposti, la pubblica amministrazione potesse acquistare a titolo originario il diritto di proprietà su un bene privato qualora lo avesse occupato, pur illegittimamente, per la costruzione di un'opera pubblica. Tale evento, secondo la posizione espressa dalla Cassazione, era collegato all'avvenuta trasformazione radicale del suolo da parte della p.a., in una maniera tale da rivelare l'irreversibile destinazione alla realizzazione di suddetta opera³.

L'occupazione acquisitiva fu oggetto di aspre critiche in dottrina⁴ nonché di un episodio di ripensamento della stessa Cassazione rispetto alle conclusioni raggiunte nel 1983⁵.

Nonostante ciò, pochi anni dopo, quest'ultima confermò nuovamente l'orientamento originario⁶, pur operando un'importante precisazione in relazione ai presupposti legittimanti l'istituto in analisi⁷.

¹ Il Testo Unico sulle espropriazioni ha sostituito la legge 25 giugno 1965, n. 2359, che fino a quel momento aveva costituito la disciplina generale applicabile ai procedimenti espropriativi. Per un commento al Testo Unico sulle espropriazioni, nella sua versione successiva alle modifiche introdotte dalla legge n. 302/2002, F. CARINGELLA, G. DE MARZO, R. DE NICTOLIS, L. MARUOTTI, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2003. Più in generale sull'espropriazione per pubblica utilità, F. BARTOLOMEI, *L'espropriazione nel diritto pubblico*, I, Milano, 1965; M. ROSSANO, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Torino, 1964; G. LANDI, *Espropriazioni per pubblica utilità (principi generali)*, in *Enc. dir.* XV, Milano, 1966, 806 ss.; M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, 605 ss.

² Cass. civ., Sez. un., sent. 14 febbraio 1983, n. 1464.

³ L'unica conseguenza favorevole per il privato, che si vedeva spogliato definitivamente del proprio diritto dominicale, era costituita dall'insorgere del diritto al risarcimento del danno. Le Sezioni unite affermarono il seguente principio di diritto: "*nel caso di illegittima occupazione da parte della p.a. (o di un suo concessionario) di un suolo di proprietà privata per la costruzione di un'opera pubblica, la radicale trasformazione del fondo che ne riveli l'irreversibile destinazione alla realizzazione dell'opera produce l'acquisto a titolo originario della proprietà in favore della p.a. e l'insorgere del diritto al risarcimento del danno in favore del proprietario*". La decisione è stata commentata, tra gli altri, da R. ORIANI, *Prime osservazioni sulla c.d. occupazione appropriativa da parte della p.a.*, in *Foro it.*, 1983, I, 626 ss.

⁴ Con particolare riferimento al contrasto del meccanismo acquisitivo con il principio di legalità dell'azione amministrativa e il principio di tipicità dei modi di acquisto della proprietà, si vedano R. MASTROCINQUE, *Il potere e il diritto*, in *Giust. civ.*, 1983, 1737 ss.; G. CAROTENUTO, *L'opera pubblica su suolo privato. Una soluzione che lascia perplessi*, in *Giust. civ.*, 1983, 1741 ss.; M. COMPORTEI, *Dalla occupazione illegittima di immobili da parte della pubblica amministrazione alla "occupazione acquisitiva"*, in *Riv. giur. edil.*, 1985, II, 3 ss.; F. CARTEI, *Un difficile connubio: criterio di effettività e principi di legalità dell'azione amministrativa*, in *Foro amm.*, 1988, 1983 ss.; A. NATUCCI, *Occupazione espropriativa e tipicità dei modi di acquisto della proprietà nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 1991, 255 e ss. Per una critica più in generale all'istituto dell'occupazione acquisitiva, F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, 88, nota 58.

⁵ Cass. civ., sent. 18 aprile 1987, n. 3872.

Fu solo con una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo che i profili di illegittimità dell'istituto da quest'ultima evidenziati imposero una sua rivalutazione. Nella sentenza *Albergo Belvedere*⁶, la Corte EDU dichiarò l'incompatibilità della figura pretoria rispetto all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale della Convenzione.

Anziché riformare in modo organico la disciplina dell'espropriazione per pubblica utilità⁹, il legislatore allora inserì nel Testo Unico sulle espropriazioni (2001) l'istituto della acquisizione sanante (art. 43), conferendo all'accessione invertita una base normativa della quale era rimasta sprovvista fino a quel momento.

L'art. 43 consentiva all'amministrazione, che aveva utilizzato un'area per scopi di interesse pubblico (sia in presenza che in assenza di dichiarazione di pubblica utilità) e vi aveva apportato modifiche, di acquisire il medesimo bene al proprio patrimonio indisponibile, versando al proprietario il risarcimento del danno subito. L'acquisto della proprietà da parte della p.a. discendeva ora da una vicenda giuridico-formale e non più da una meramente fattuale¹⁰.

⁶ Cass. civ., sent. 10 giugno 1988, n. 3940.

⁷ Nella decisione richiamata, la Cassazione annoverò tra i presupposti per l'applicazione della figura dell'occupazione acquisitiva la previa dichiarazione di pubblica utilità dell'area, la cui mancanza consentiva di ottenere la restituzione del bene. In sostanza, con questa decisione, la suprema Corte operò la distinzione tra la figura dell'occupazione acquisitiva e quella dell'occupazione usurpativa, che si realizza, infatti, in presenza di un'occupazione illegittima non preceduta dalla dichiarazione di pubblica utilità. A. ORICCHIO, *Aspetti e problematiche dell'occupazione acquisitiva secondo i più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 1993, I, 35 ss., ritiene che tale ultima figura dovesse applicarsi anche alle ipotesi di difformità dell'opera realizzata rispetto a quella dichiarata di pubblico interesse.

⁸ Corte EDU, Sez. II, *Albergo Belvedere*, sent. 30 maggio 2000. Per un commento, V. CARBONE, *Occupazione appropriativa: l'intervento dirompente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Corr. giur.*, 2001, 4, 460; M. DE SALVIA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, III (1999-2006), Milano, 2007, 204.

⁹ Suggestiva quest'opzione R. CARANTA, *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 407 ss. F. PUGLIESE, *L'occupazione "preliminare" nel procedimento di espropriazione*, Napoli, 1984, 47, evidenziava come l'abuso dell'utilizzo dell'occupazione fosse stato la conseguenza della inadeguatezza del modello espropriativo elaborato nella disciplina del 1865 rispetto alle esigenze dell'ordinamento moderno.

¹⁰ Rispetto alla figura elaborata in sede giurisprudenziale, quella legislativa collegava l'effetto traslativo non all'evento della trasformazione del bene ma, piuttosto, all'emanazione di un atto di acquisizione. L'acquisto, inoltre, era condizionato dalla valutazione degli interessi in conflitto, della quale doveva dar conto il provvedimento di acquisizione. Quanto ai contenuti specifici del provvedimento di acquisizione, infatti, il secondo comma dell'art. 43 prevedeva quanto segue: "L'atto di acquisizione: a) può essere emanato anche quando sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio; b) dà atto delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area, indicando, ove risulti, la data dalla quale essa si è verificata; c) determina la misura del risarcimento del danno e ne dispone il pagamento, entro il termine di trenta giorni, senza pregiudizio per l'eventuale azione già proposta; d) è notificato al proprietario nelle forme degli atti processuali civili; e) comporta il passaggio del diritto di proprietà; f) è trascritto senza indugio presso l'ufficio dei registri immobiliari; g) è trasmesso all'ufficio istituito ai sensi dell'articolo 14, comma 2". Si noti, inoltre, che la previsione legislativa, in considerazione della possibilità che sussistessero esigenze per le quali il bene dovesse rimanere in mano pubblica nonostante la fondatezza del ricorso del privato, aveva introdotto una valvola di sicurezza: il comma 3 dell'art. 43 prevedeva che "qualora sia impugnato uno dei provvedimenti indicati nei commi 1 e 2 [dell'articolo 43] ovvero sia esercitata una azione volta alla restituzione di un bene utilizzato per scopi di interesse pubblico, l'amministrazione che ne ha interesse o chi utilizza il bene può chiedere che il giudice amministrativo, nel caso di fondatezza del ricorso o della domanda, disponga la condanna al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo".

Sulla legittimità del nuovo istituto rispetto al disposto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ai principi della Carta fondamentale si determinò in senso favorevole il Consiglio di Stato¹¹. Sennonché, in dottrina hanno continuato a persistere dubbi sulla legittimità dell'art. 43¹² e, qualche anno dopo, sia la Corte EDU¹³ che la Corte costituzionale hanno espresso una posizione ben differente da quella, appena richiamata, del supremo giudice amministrativo. Il giudice delle leggi, in particolare, ha dichiarato incostituzionale la disposizione nel 2010¹⁴. Il profilo di illegittimità che ha condotto alla declaratoria di incostituzionalità è stato quello relativo alla violazione dell'art. 76 della Costituzione (eccesso di delega) ma la Corte ha lasciato comunque emergere, seppur in via incidentale, dubbi sulla compatibilità dell'istituto con i principi espressi dalla CEDU.

L'anno successivo alla declaratoria di incostituzionalità il legislatore ha introdotto una nuova disposizione normativa nel T.U. sulle espropriazioni, tutt'oggi vigente, che, se per alcuni aspetti ricalca la precedente previsione, per altri se ne discosta.

¹¹ Cons. Stato, Ad. plen., sent. 29 aprile 2005, n. 2, aveva rilevato che “l'istituto dell'acquisizione c.d. sanante di cui all'articolo 43, commi 1 e 2, rispetta i parametri imposti dalla Corte europea e dai principi costituzionali, perché: a) 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; b) il provvedimento è sindacabile e l'esercizio della discrezionalità è circondato da particolari cautele di cui va verificato il rispetto in sede giurisdizionale; c) è in ogni caso assicurato il risarcimento del danno; d) in assenza di provvedimento, la restituzione dell'area non può essere impedita, se non per scelta autonoma del privato che rinunci alla restituzione”. Per un commento, M.L. MADDALENA, *Occupazione sine titulo, acquisizione ex art. 43 del T.U. espropriazioni e restituzione del bene illegittimamente espropriato*, in *Corr. mer.*, 2005, 7, 859, nonché R. CONTI, *Restituzione del bene trasformato nei casi di usurpazione acquisitiva. Revirement del Consiglio di Stato*, in *Urb. app.*, 2005, 7, 809.

¹² In questo senso, si veda G. MARI, *Rassegna delle questioni ancora aperte sull'acquisizione sanante ex art. 43 d.P.R. n. 327 del 2001. I persistenti dubbi di legittimità costituzionale*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, II, 147. Sul punto, anche F.G. SCOCA, S. TARULLO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'accessione invertita: verso nuovi scenari*, in *Riv. amm.*, 2000, 465 ss., i quali osservano che “È amara constatazione che, nel recente passato, né il supremo giudice dei diritti (la Cassazione) né il supremo giudice delle garanzie costituzionali (la Consulta) abbiano mostrato disponibilità a salvaguardare fin in fondo il (fondamentale) diritto dominicale dalle aggressioni dei pubblici poteri”.

¹³ In vari casi la Corte EDU ha affermato che le ipotesi di espropriazione indiretta (nelle quali, cioè, è consentito alla PA di prescindere dal rispetto delle regole in materia espropriativa) non possono rappresentare una legittima alternativa al normale procedimento espropriativo, che si conclude con decreto di esproprio o accordo tra le parti. Ciò, sia nel caso in cui tale procedimento indiretto trovi fondamento in una regola giurisprudenziale sia nell'ipotesi in cui esista una base legale. Si tratta di Corte EDU, *Pasculli c. Italia*, sent. 6 aprile 2004; Corte EDU, *Dominici c. Italia*, sent. 15 novembre 2005; Corte EDU, *Sciarrotta c. Italia*, sent. 12 gennaio 2006; Corte EDU, *Scordino c. Italia*, sent. 29 marzo 2006; Corte EDU, *De Sciscio c. Italia*, sent. 20 aprile 2006. Per un approfondimento sulla posizione della Corte EDU in merito all'espropriazione indiretta, R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva: tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006, 305 ss.

¹⁴ Corte cost., sent. 8 ottobre 2010, n. 293. Per un commento, tra gli altri, M. GIORGIO, *L'incostituzionalità della disciplina sull'acquisizione sanante*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 494 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Prime impressioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010. In tema di espropriazione indiretta*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 1435 ss.; P. TANDA, *Cancellata la c.d. acquisizione sanante: urge un intervento legislativo per colmare il vuoto*, ivi, 1440 ss.; R. CARIDÀ, *La Consulta decreta la fine dell'acquisizione sanante? La parola al legislatore ... o alla fantasia della giurisprudenza*, in www.giurcost.org.

Si tratta dell'art. 42-*bis*, rubricato “*Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*”¹⁵. Esso, che ha determinato il re-ingresso nel tessuto normativo italiano dell'acquisizione sanante, pur se con caratteristiche non identiche a quelle di cui al vecchio art. 43, è stato recentemente oggetto di una decisione della Corte costituzionale, la n. 71/2015, che ne ha sancito la compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano. Il giudice delle leggi ha però subordinato la sua legittimità costituzionale ad un'interpretazione particolarmente rigorosa dei suoi presupposti. Nel prossimo paragrafo se ne analizzeranno i termini.

2. L'acquisizione sanante nell'interpretazione fornita dalla sentenza n. 71/2015 della Corte costituzionale

La *quaestio legitimitatis* ha trovato origine in quattro diverse ordinanze di rimessione, due delle Sezioni unite della Corte di Cassazione e due del Tar Lazio, nelle quali i remittenti hanno individuato numerosi aspetti del nuovo istituto che si pongono, a loro dire, in contrasto con la Carta fondamentale.

Le norme costituzionali invocate come parametri di valutazione sono gli artt. 3, 24, 42, 97, 111, primo e secondo comma, 113 e 117, primo comma, della Costituzione, i quali, secondo la posizione espressa dal giudice di legittimità e dal giudice amministrativo, sarebbero tutti violati dall'art. 42-*bis* del T.U. sulle espropriazioni.

Con riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, si ravviserebbero principalmente due profili di illegittimità.

Da un lato, verrebbe riservato un trattamento di favore alla p.a. che abbia operato in modo illecito rispetto alle conseguenze alle quali è condannato chiunque tenga una condotta contraria alla legge, poiché all'amministrazione sarebbe consentito, attraverso l'esercizio di un potere amministrativo e l'emanazione di un provvedimento, trasformare una situazione da illecita in lecita. Dall'altro, sarebbe ingiusta l'equiparazione dell'ammontare del risarcimento al valore venale del bene, poiché questa soluzione striderebbe con quella di chi, non essendo destinatario del provvedimento di acquisizione sanante, potrebbe richiedere sia la restituzione del bene che il risarcimento del danno *ex art. 2043* Codice civile, pur in presenza di una medesima occupazione in origine abusiva. Vi sarebbe, in sostanza, una discriminazione rispetto al trattamento che l'ordinamento riserva all'occupazione usurpativa.

Un secondo insieme di censure attiene agli articoli 42, 97 e 113 della Costituzione.

L'art. 42 risulterebbe violato nella parte in cui prevede che l'espropriazione possa avvenire soltanto in presenza di “*motivi d'interesse generale*”, in analogia a quanto previsto anche dal Primo Protocollo addizionale della CEDU, che si esprime in termini analoghi¹⁶. L'art. 42-*bis* sarebbe pertanto incostituzionale poiché non impone che il provvedimento di acquisizione sanante possa essere emesso soltanto in presenza di una previa dichiarazione di pubblica utilità, che, ad avviso dei

¹⁵ La previsione è stata introdotta dall'art. 34, comma 1 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con l. 15 luglio 2011, n. 111.

¹⁶ Esso prevede che l'ingerenza nella proprietà privata possa essere realizzata solo “*per causa di pubblica utilità*”.

remittenti, costituisce la sede nella quale evidenziare, in modo preliminare, autonomo e strumentale rispetto all'atto espropriativo, le ragioni poste a fondamento del medesimo. Ciò determinerebbe anche una violazione dell'art. 97 della Costituzione dato che l'assenza di una valutazione *ex ante* impedirebbe di comparare gli interessi in gioco e valutare opzioni alternative all'espropriazione nel rispetto dei principi di imparzialità e proporzionalità dell'azione amministrativa.

Ulteriore profilo di incompatibilità con l'art. 42 della Costituzione discenderebbe dalla mancata fissazione di termini temporali certi per l'emanazione del provvedimento di sanatoria. Ciò esporrebbe il diritto di proprietà privata ad una situazione di incertezza e di pericolo potenzialmente senza limiti di tempo, con una compromissione anche della garanzia posta dall'art. 113 Costituzione, procrastinando potenzialmente all'infinito la possibilità di invocare una tutela giurisdizionale.

Il terzo e il quarto gruppo di censure riguardano profili di contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In primo luogo, infatti, viene richiamata la giurisprudenza della Corte EDU, che, con riferimento all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale, ha ripetutamente sancito l'illegittimità della figura della "espropriazione indiretta" e, più in generale, di tutte le ipotesi di trasformazione di una condotta illegittima in legittima attraverso l'esercizio di un potere amministrativo.

In secondo luogo, viene evidenziato il contrasto con l'art. 6 CEDU con riferimento al divieto di applicazione retroattiva dello *ius superveniens*. Nel caso concreto posto all'attenzione dei giudici remittenti, infatti, la condotta illecita della p.a. era stata posta in essere nella vigenza del vecchio art. 43 del T.U. sulle espropriazioni. La declaratoria di incostituzionalità, che aveva colpito quest'ultimo, aveva determinato l'insorgenza di un obbligo restitutorio in capo all'amministrazione. Essa, però, riteneva di poterlo disattendere in virtù dell'applicazione del nuovo art. 42-bis, utilizzato, quindi, in relazione ad una situazione di fatto realizzatasi in un tempo antecedente alla sua introduzione. In ragione di ciò, sarebbe ravvisabile un contrasto con l'art. 6 CEDU, il quale, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo¹⁷, consente l'applicazione retroattiva di norme sopravvenute soltanto in presenza di "*ragioni imperative di interesse generale*", che nel caso di specie difetterebbero.

La decisione della Corte costituzionale, che si è determinata nel senso dell'infondatezza della questione, ha valorizzato uno degli argomenti difensivi prospettati dall'Avvocatura generale dello Stato, ossia la natura affine ma non identica dell'istituto disciplinato dall'art. 42-bis rispetto a quello regolato dal vecchio art. 43, ormai dichiarato incostituzionale. Nonostante la declaratoria di incostituzionalità del 2010 fosse stata pronunciata sulla base di un eccesso di delega, infatti, la Corte, come prima ricordato, aveva già in quella sede manifestato dubbi di compatibilità dell'istituto con i principi espressi dalla CEDU e, più in generale, con il principio di legalità, soprattutto nella sua accezione sostanziale. La somiglianza di tale figura con quella disciplinata

¹⁷ *Ex multis*, Corte CEDU, *Forrer-Niedenthal c. Germania*, sent. 20 febbraio 2003; Corte CEDU, *OGIS-Institut Stanislas e a. c. Francia*, sent. 27 maggio 2004; Corte CEDU, *Scordino c. Italia*, sent. 29 luglio 2004.

dall'art. 42-*bis*, pertanto, rischiava di condurre la Corte a ritenere che, con esso, si fosse realizzata in sostanza una re-introduzione del vecchio istituto.

Proprio per questa ragione, le argomentazioni difensive dell'Avvocatura si sono soffermate analiticamente sugli aspetti di divergenza tra la nuova e la vecchia disciplina.

Questi argomenti sono stati condivisi dalla Corte, la quale ha posto a fondamento della propria decisione un'interpretazione rigorosa dei presupposti applicativi dell'art. 42-*bis*, così valorizzandone gli elementi di divergenza rispetto alla formulazione previgente.

Secondo la nuova disposizione, infatti, a differenza della formulazione precedente, l'acquisto della proprietà del bene produce effetti *ex nunc*, dal momento dell'emanazione del provvedimento di acquisizione; essa, inoltre, richiede all'amministrazione un onere motivazionale particolarmente rigoroso, che impone di specificare le circostanze che hanno condotto all'utilizzo illecito dell'area e la data del suo inizio; il provvedimento di acquisizione sanante deve dare conto delle ragioni di interesse pubblico, che devono essere attuali ed eccezionali, che giustificano l'*agere* amministrativo, e deve contenere una valutazione comparativa dei diversi interessi in gioco e motivare circa l'impossibilità di adozione di soluzioni alternative; il risarcimento del danno patrimoniale è accompagnato dalla liquidazione forfettaria di un danno non patrimoniale (10% del valore venale del bene), che rappresenta quindi una tutela più intensa rispetto all'istituto previgente, che non contemplava questa componente aggiuntiva; non è stata re-introdotta la c.d. acquisizione in via giudiziaria di cui al comma 3 del vecchio art. 43; infine, deve essere data comunicazione del provvedimento di acquisizione sanante alla Corte dei conti entro 30 giorni dall'emissione del medesimo.

All'esito di questo *excursus*, la Corte costituzionale ha concluso affermando di essere in presenza di un "*istituto diverso*" da quello disciplinato dall'art. 43.

Questa considerazione e, in particolare, le differenze tra i due istituti, consentono di ritenere infondate tutte le singole censure mosse dai remittenti, purché i presupposti di impiego dell'art. 42-*bis* siano interpretati e rispettati in modo rigoroso.

Così, con riferimento all'art. 3 della Costituzione, la Corte evidenzia che la situazione illecita realizzata dalla p.a. sia differente da quella posta in essere da un privato perché la prima è caratterizzata dalla finalizzazione ad un pubblico interesse. Pertanto, il differente trattamento, deteriore per il privato che realizzi un illecito, ha la finalità di proteggere una funzione pubblica e non il soggetto pubblico. Non può, quindi, dirsi violato neanche l'art. 24 della Costituzione, che sarebbe tale solo in presenza di una totale preclusione della possibilità di fruire della tutela giurisdizionale. Il *quantum* del risarcimento del danno sarebbe invece compatibile con l'art. 3 della Costituzione in quanto accompagnato da una componente corrisposta a titolo di danno non patrimoniale e dalla previsione della possibilità di provare una diversa entità del danno. La mancata fissazione di un termine entro il quale adottare il provvedimento in sanatoria è compensata, secondo la Corte, dalla possibilità di adire l'autorità giurisdizionale per reagire all'inerzia dell'amministrazione, chiedendo che sia assegnato a quest'ultima un termine perentorio entro il quale agire.

Con riferimento all'art. 42 della Costituzione, il giudice delle leggi si sofferma sul carattere "eccezionale" della procedura, che deve confrontarsi con una situazione di fatto già modificata per finalità di interesse pubblico. Inoltre, il provvedimento acquisitivo deve essere debitamente motivato, all'esito di un'opera di bilanciamento tra interessi contrapposti, e può essere adottato solo quando costituisca l'*extrema ratio* per la soddisfazione delle ragioni attuali ed eccezionali di interesse pubblico. È in queste argomentazioni, contenute nel provvedimento ablatorio, che vengono recuperati, in via eccezionale, i "motivi di interesse generale" di cui al parametro costituzionale.

Riguardo agli articoli 97 e 113 della Costituzione, la Corte ha rimarcato come la procedura di acquisizione sanante non possa dirsi sottratta all'applicazione delle regole sulla partecipazione procedimentale. Nel relativo procedimento, pertanto, l'amministrazione dovrà consentire l'intervento del privato, potendo così valutare le sue osservazioni e garantire l'applicazione dei principi di imparzialità e proporzionalità.

Da ultimo, in relazione agli articoli 117, primo comma, in combinato disposto sia con l'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU sia con l'art. 6 CEDU, e 111, primo e secondo comma, della Costituzione, la Corte sostiene che le censure mosse dai remittenti possano essere rigettate attraverso le argomentazioni già esposte in merito alla compatibilità dell'istituto con l'art. 42 della Costituzione. L'art. 42-*bis*, infatti, non solo non si pone in contrasto con l'impostazione della CEDU che vieta le espropriazioni indirette ma, anzi, è stato introdotto proprio con la finalità di eliminare definitivamente le ipotesi di espropriazione sfornite di una base normativa. Con l'art. 42-*bis*, peraltro, come già avveniva con l'art. 43, l'acquisizione del diritto dominicale non è più subordinata ad una decisione giudiziale ma avviene sulla base di presupposti individuati in modo puntuale in via legislativa. Tale circostanza è apprezzabile in termini di certezza del diritto come, peraltro, già evidenziato nella giurisprudenza della Corte EDU. Gli obblighi di motivazione già analizzati in precedenza, inoltre, valgono ad escludere la sussistenza di aspetti di criticità rispetto agli articoli 111 della Costituzione e 6 CEDU.

3. L'acquisizione sanante nel diritto vivente: il curioso caso della sentenza n. 4403/2015 del Consiglio di Stato¹⁸

La sentenza n. 71/2015 sembra aver raggiunto un compromesso equilibrato tra la tutela della proprietà privata e *l'agere*, in origine illecito, della p.a. La posizione sostenuta dalla Corte non sembra essere sbilanciata a favore dell'amministrazione: la finalizzazione dell'azione amministrativa alla realizzazione di un interesse pubblico consente di ammettere che, nella ricorrenza dei presupposti previsti dalla legge, rigorosamente interpretati, una condotta illecita dei pubblici poteri possa condurre all'acquisto del diritto di proprietà privata.

Con riguardo, invece, alla compatibilità con l'orientamento espresso dalla Corte EDU non sembra che la soluzione adottata dal legislatore italiano sia totalmente soddisfacente. È vero, infatti, che alcuni profili problematici sollevati dal giudice di Strasburgo in relazione al vecchio istituto

¹⁸ Cons. Stato, Sez. IV, sent. 21 settembre 2015, n. 4403.

dell'occupazione acquisitiva sono ormai stati superati. La violazione del principio di legalità, sia sotto l'aspetto formale, inteso come carenza di una base legislativa, sia sotto il profilo sostanziale, ossia come mancanza di una puntuale e chiara delineazione dei caratteri dell'istituto, paiono ormai essere stati risolti. Tuttavia, non sembra che sia stato adeguatamente valorizzato un ulteriore, prioritario aspetto: ossia che le critiche della Corte EDU siano state indirizzate, prima ancora che verso i profili sopra richiamati, verso tutti i casi, in generale, di espropriazione indiretta. In altri termini, il giudice europeo ha criticato che la p.a. possa addivenire all'acquisto del diritto di proprietà privata senza seguire l'ordinaria procedura espropriativa prevista dalla legge. Nella sentenza *Guiso-Gallisay c. Italia*, per esempio, essa ha ribadito che le ipotesi di espropriazione indiretta non possono, a nessuna condizione, costituire una valida alternativa all'ordinario procedimento di espropriazione poiché non è consentito all'amministrazione avvantaggiarsi di una situazione in origine illecita¹⁹. Questo elemento non è venuto meno neanche nell'art. 42-*bis*, il quale, pertanto, continua a presentare in relazione ad esso aspetti critici che potrebbero essere causa di nuove condanne.

Lasciando sullo sfondo gli aspetti relativi alla Convenzione EDU e tornando al piano nazionale, la prospettiva ermeneutica sposata dalla Corte costituzionale nella sua decisione si sostanzia nell'imporre un'interpretazione rigorosa dei presupposti dell'istituto disciplinato all'art. 42-*bis*: in tanto l'acquisizione sanante è lecita e compatibile con il disposto costituzionale, in quanto i suoi presupposti siano interpretati e applicati in modo puntuale e rigoroso.

Posto quanto sopra, ben si comprende come il giudizio favorevole espresso in ordine ai contenuti della pronuncia debba accompagnarsi, per non rimanere in un ambito del tutto astratto, ad una valutazione del diritto vivente. In altri termini, premesso che il bilanciamento individuato dalla Corte costituzionale appare, come già detto, condivisibile, occorre verificare se i giudici amministrativi, nella loro attività ermeneutica, rispettino i canoni prospettati dai giudici della Consulta oppure se vi siano pronunzie nelle quali emerga un'interpretazione elastica dei presupposti applicativi dell'istituto in analisi, che legittima condotte della p.a. poco conformi al rigore interpretativo espresso dal giudice delle leggi.

A tal proposito, lungi dal voler richiamare in modo esaustivo la consistente mole di pronunzie del giudice amministrativo in materia, che sembrano comunque connotarsi per una generale conformità rispetto a quanto statuito dalla Corte costituzionale, soprattutto in relazione ad alcuni puntuali aspetti²⁰, occorre soffermarsi su una recente sentenza del Consiglio di Stato, la n. 4403/2015, che si presta, ad avviso di chi scrive, ad alcuni rilievi critici.

¹⁹ CEDU, *Guiso-Gallisay c. Italia*, sent. 22 dicembre 2009. Sul punto, ampiamente, R. CONTI, *Diritto di proprietà e Cedu. Itinerari giurisprudenziali europei. Viaggio fra Carte e Corti alla ricerca di un nuovo statuto proprietario*, Roma, 2012, 117 ss.

²⁰ La giurisprudenza appare molto rigorosa nel tutelare il privato dall'inerzia dell'amministrazione, avendo, in più occasioni, imposto all'amministrazione di agire o attraverso la restituzione del bene o attraverso la stipulazione di un accordo transattivo o mediante l'emanazione del provvedimento di acquisizione sanate. Si vedano, *ex multis*, Tar Sicilia-Catania, sez. III, sent. 28 marzo 2014, n. 991; Tar Sicilia-Catania, sez. III, sent. 11 marzo 2015, n. 695; Tar Sicilia-Catania, sez. III, sent. 10 giugno 2015, n. 1600. Sulla necessaria analiticità e puntualità della motivazione del provvedimento sanante, Tar Campania-Napoli, sez. V., sent. 26 ottobre 2011, n. 4952. Sulla utilizzabilità di istituti

La decisione del Consiglio di Stato trae origine da un'illecita occupazione mediante requisizione, ad opera del Comune di Eboli, di un'area di proprietà privata da destinare a sito di stoccaggio provvisorio di rifiuti solidi urbani nel contesto dell'emergenza rifiuti in Campania. Il Tar Salerno, adito dal proprietario, condannava l'amministrazione alla restituzione previa rimessione in pristino dello stato dei luoghi²¹. Stante l'inerzia di quest'ultima, il ricorrente adiva l'autorità giudiziaria mediante un giudizio di ottemperanza, ottenendo la condanna dell'amministrazione all'esecuzione della sentenza di merito nel termine perentorio di centoventi giorni e al pagamento di una penale per ogni giorno di successiva inadempienza²²; successivamente, il giudice disponeva la nomina di un commissario *ad acta*.

Con un successivo provvedimento²³, pur a fronte di un giudicato di contenuto restitutorio, il Comune di Eboli disponeva l'acquisto in suo favore dell'area a titolo di acquisizione sanante *ex art. 42-bis*, motivando l'atto sulla base dell'indisponibilità delle risorse economiche per realizzare la remissione in pristino della stessa, consistente in un'attività di bonifica.

A seguito di impugnazione del provvedimento acquisitivo per contrasto con il precedente giudicato, il giudice amministrativo respingeva il reclamo²⁴. Il Tar, in particolare, affermava che il giudicato invocato quale limite all'adozione del provvedimento di acquisizione sanante non produceva in realtà alcun effetto preclusivo sulla possibilità dell'amministrazione di esercitare il proprio potere anche in tali termini e proseguiva, poi, valorizzando la circostanza che il *decisum* del quale il ricorrente invocava l'applicazione aveva ad oggetto un obbligo restitutorio, che non si era realizzato poiché l'occupante non aveva la liquidità necessaria per provvedere alla prescritta bonifica. In sostanza, l'amministrazione aveva ommesso di restituire il bene poiché non aveva potuto, per carenza di risorse, eseguire il giudicato nella parte relativa alla rimessione in pristino. E questa circostanza avrebbe reso legittima la mancata restituzione²⁵.

Avverso questa decisione il ricorrente proponeva appello, che il Consiglio di Stato rigettava dando ingresso nell'ordinamento italiano ad un istituto privo di fondamento normativo e di dubbia legittimità: l'acquisizione sanante "temporanea".

Pur menzionando la sentenza della Corte costituzionale n. 71/2015 e rimarcando come il Giudice delle leggi, in un passaggio della medesima pronuncia, avesse individuato, quale differenza

alternativi all'acquisizione sanante nei casi di occupazione illegittima, si registra, in generale, un orientamento di chiusura. Sulla inapplicabilità dell'istituto della specificazione *ex art. 940 c.c.*, Tar Calabria-Catanzaro, sez. II, sent. 16 dicembre 2011, n. 1597. Vi sono orientamenti contrastanti sull'applicabilità dell'istituto dell'usucapione. In termini di chiusura, Cons. Stato, sez. IV, sent. 3 luglio 2014, n. 3346, e Cons. Stato, sez. IV, sent. 25 agosto 2015, n. 3988; in termini possibilisti, Cons. Stato, sez. IV, sent. 18 novembre 2014, n. 5665. Sul tema, C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile. Della proprietà. Artt. 1140-1172*, Milano, 2011, 152 ss.

²¹ Tar Campania-Salerno, sent. 28 settembre 2010, n. 11145.

²² Tar Campania-Salerno, sent. 17 maggio 2012, n. 958.

²³ Delibera n. 49/2013 del Comune di Eboli.

²⁴ Tar Campania-Salerno, sent. 31 marzo 2014, n. 653.

²⁵ Si noti che sulla possibilità che la carenza di risorse finanziarie possa giustificare un inadempimento/mancata esecuzione di un giudicato, la giurisprudenza non è univoca. In senso negativo, si veda, per esempio, Tar Lazio-Roma, sez. III, sent. 16 novembre 2005, n. 11235. Sul punto, S. CASTRO, *Il giudizio di ottemperanza amministrativa*, Milano, 2012, 191.

tra il vecchio istituto di cui all'art. 43 T.U. sulle espropriazioni e il nuovo art. 42-*bis*, proprio l'impossibilità della nuova disposizione di innestarsi su un giudicato restitutorio, secondo il supremo giudice amministrativo il provvedimento di acquisizione sanante del caso di specie non era stato adottato per eludere il precedente giudicato bensì per eseguirlo. In sostanza, l'acquisizione al proprio patrimonio indisponibile dell'area illecitamente occupata, avrebbe avuto, per l'amministrazione, la finalità di far cessare la situazione di illegittimità al fine di consentire al Comune di Eboli di trattenere il bene presso di sé per procedere alla bonifica, ottenendo un periodo di tempo per reperire le risorse necessarie a tal fine. Secondo l'impostazione data dal Consiglio di Stato, ciò non farebbe venir meno l'obbligo del Comune di restituire il bene, ma lo procrastinerebbe al momento in cui sia stata portata a termine l'attività di bonifica. Né tale acquisizione impedirebbe al privato di utilizzare gli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento in caso di inadempimento dell'obbligo restitutorio da parte dell'amministrazione, una volta ultimate le attività di risanamento dell'area.

Il giudice affermava poi come un provvedimento amministrativo possa ritenersi adottato in violazione o elusione del giudicato solo quando da quest'ultimo provenga un obbligo assolutamente puntuale e vincolato, circostanza che non veniva riscontrata nel caso di specie, poiché l'obbligo di restituzione e di previa bonifica era accompagnato, nella statuizione pretoria, dalla possibilità per l'amministrazione di individuare le modalità di esecuzione del giudicato ritenute più idonee. Tra di esse, poteva validamente annoverarsi, secondo il Consiglio di Stato, anche il provvedimento di acquisizione sanante con effetti, per così dire, non definitivi, poiché esso era stato adottato dall'amministrazione all'esito di un bilanciamento tra l'interesse ad evitare l'indebitamento e la tempestiva esecuzione dell'attività di bonifica, ritenuto legittimo dal giudice.

Il Consiglio di Stato concludeva, quindi, affermando, da un lato, la legittimità dell'operato dell'amministrazione ma, dall'altro, la permanenza in capo a quest'ultima dell'obbligo di restituzione una volta concluso il risanamento dell'area.

La decisione qui richiamata si espone, ad avviso di chi scrive, a due ordini di critiche.

La prima si sostanzia nella circostanza che il provvedimento di acquisizione sanante non sia stato qualificato come contrastante con il giudicato restitutorio. Poste le differenze, ormai consolidate, tra la figura della violazione e quella dell'elusione²⁶, non pare ammissibile che, pur in presenza di un margine di discrezionalità lasciato dal giudice all'amministrazione nella scelta delle modalità di attuazione del *decisum* giudiziale, invero abbastanza limitato, si ammetta che tra le

²⁶*Ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, sent. 4 marzo 2011, n. 1415; Cons. Stato, sez. V, sent. 20 aprile 2012, n. 2348; Cons. Stato, sez. VI, sent. 5 luglio 2011, n. 4037: la violazione si ha quando provvedimento amministrativo riproduce i vizi già accertati o contrasta con precise e puntuali prescrizioni provenienti dalla sentenza del giudice; l'elusione si ha quando l'amministrazione, pur formalmente dando esecuzione al giudicato, tende sostanzialmente a raggirarlo così da pervenire surrettiziamente allo stesso esito, oggetto del recedente annullamento. Sulla nullità per violazione o elusione del giudicato, con specifico riferimento alla disciplina contenuta nell'art. 21-*septies* della l. n. 241/1990 e alla giurisprudenza successiva, si vedano voce "Nullità dell'atto amministrativo" in A. FALZEA, P. GROSSI, E. CHELI (a cura di), *Enciclopedia del diritto. Annali. Vol. I*, Milano, 2007, 866 ss. nonché S. VINTI, D. CAPOTORTO, *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano, 2008, 155 ss. Con riguardo al periodo antecedente, alcune interessanti considerazioni possono essere rinvenute in Cons. Stato, Ad. plen., sent. 19 marzo 1984, n. 6.

soluzioni possibili vi sia anche quella che consente all'autorità pubblica di consolidare in capo a se stessa il diritto di proprietà sul bene. Anzi, pare proprio che questa ipotesi concreta rientri a pieno titolo nella definizione di "elusione", ossia la condotta di chi, pur sembrando rispettare formalmente il giudicato, in realtà se ne discosta, realizzando la situazione dallo stesso preclusa. Si noti, tra l'altro, che il più evidente elemento di illegittimità del provvedimento di acquisizione deve ravvisarsi non tanto nel fatto che esso segua ad un giudicato restitutorio quanto nella circostanza che esso sia stato adottato, secondo la ricostruzione del Consiglio di Stato, proprio quale strumento volto ad eseguire tale giudicato, producendo, però, poi, un risultato del tutto contrastante con esso. La seconda critica, che si pone in linea di continuità con la prima, riguarda più propriamente la natura "temporanea" dell'istituto dell'acquisizione sanante. Tale espressione sembra ben descrivere la vicenda oggetto della decisione in commento.

Appare evidente che un giudicato restitutorio, che si innesta sull'attività di illecita occupazione di un'area, si fonda sulla titolarità del diritto di proprietà di tale bene in capo al ricorrente. Una sentenza che ha ad oggetto l'obbligo di restituzione di un bene illecitamente occupato risponde alla finalità di consentire al titolare del diritto di proprietà di ottenere nuovamente la disponibilità materiale del bene. Si tratta, cioè, di un giudicato che mira a ricongiungere in capo ad un solo soggetto, quello al quale le stesse giuridicamente spettano, la titolarità del diritto di proprietà e la disponibilità materiale del bene medesimo.

In presenza di un provvedimento di acquisizione sanante, che determina l'acquisizione dell'area al patrimonio indisponibile dell'amministrazione che lo ha emesso, non si comprende quale possa essere, all'esito dell'attività di bonifica, il fondamento giuridico della riconsegna del bene al vecchio proprietario. In altri termini, in una situazione quale quella descritta, la disponibilità materiale del bene è già in mano al legittimo proprietario (legittimo in virtù della legittimità del provvedimento di acquisizione sanante). Posto che la consegna materiale di un bene non determina il trasferimento del diritto di proprietà da un soggetto all'altro, non è dato capire in base a quale istituto giuridico il ri-trasferimento del diritto di proprietà dovrebbe conseguire automaticamente alla riconsegna materiale del bene. Né emerge, nel caso in cui il Consiglio di Stato abbia tenuto in considerazione questa circostanza, quale attività giuridica dovrebbe essere posta in essere dal privato per acquistare nuovamente il titolo dominicale.

La decisione, se eseguita nei termini prescritti, condurrebbe infatti il privato a ottenere la disponibilità materiale del bene ma non la sua proprietà, essendosi quest'ultima ormai consolidata in capo all'amministrazione. E non essendo il privato più titolare del bene, la restituzione del medesimo non sarebbe supportata da alcuna ragione giuridica e non sarebbe, quindi, legittima secondo i principi civilistici dell'ordinamento italiano.

La soluzione prospettata dal Consiglio di Stato, vieppiù, oltre ad apparire giuridicamente impossibile, non pare tutelare adeguatamente il diritto dominicale privato, consentendo, come già anticipato, una vera e propria elusione del giudicato restitutorio, a prescindere dalla formulazione del suo contenuto, che appare comunque abbastanza puntuale nei suoi tratti essenziali e non sufficientemente generico da consentire all'amministrazione di provvedere in senso diametralmente opposto. Ciò a tacere della sostanziale incompatibilità di tale soluzione con l'orientamento espresso

dalla Corte costituzionale nella decisione n. 71/2015, che ha fondato la propria pronuncia di rigetto proprio sulla necessità di un'interpretazione puntuale dei presupposti dell'istituto, la quale sottende senza dubbio il divieto di un suo utilizzo per finalità di natura elusiva.

In aggiunta a tutto quanto sopra esposto, occorre da ultimo rimarcare come l'indicazione fornita dal supremo giudice amministrativo relativa alla possibilità per il ricorrente di avvalersi degli ordinari mezzi di tutela nel caso di inadempimento all'obbligo restitutorio (che, si ribadisce, non pare potrà mai realizzarsi) non sembra tutelare adeguatamente il diritto, costituzionalmente garantito, di difesa delle proprie situazioni giuridiche soggettive. Il ricorrente, infatti, che ha subito un'attività, almeno in origine, illecita dell'amministrazione, e che, in sostanza, si è visto riconoscere le proprie ragioni, come testimoniato dal riconoscimento giudiziale della doverosità della restituzione del bene, pur procrastinata, continua a non vedere tutelato sul piano fattuale e concreto il proprio diritto di proprietà dopo essersi difeso in un giudizio di merito seguito da un procedimento in ottemperanza e poi da un successivo processo di merito articolato su ben due gradi di giudizio.

Tutti gli aspetti critici sopra richiamati inducono a ritenere che la decisione n. 4403/2015 abbia sostanzialmente avallato un utilizzo illegittimo dell'art. 42-*bis*, contrastante con i principi espressi dalla Corte costituzionale nella decisione n. 71/2015. La rigorosa interpretazione dei presupposti applicativi della richiamata disposizione, frutto di un bilanciamento tra diritti confliggenti prospettato dalla Consulta come condizione per la legittimità di questo discusso istituto, è mancata totalmente nel caso di specie. E la soluzione concretamente individuata dal giudice amministrativo a tutela del diritto dominicale del privato pare destinata a rimanere lettera morta, non essendo chiaro in base a quali principi privatistici essa possa in futuro realizzarsi.