

Occupazioni di urgenza per la realizzazione di opere di pubblica utilità. Quale giurisdizione?

di Antonella Anselmo

1. L'occupazione espropriativa: le origini dell'istituto e le sue sottocategorie

L'occupazione espropriativa, che è un istituto squisitamente giurisprudenziale, nasce grazie all'elaborazione della Corte di Cassazione.

Con la nota sentenza n. 1464 del 1983¹ viene definita "*accessione invertita*" il modo di acquisto della proprietà a titolo originario in capo alla Pubblica Amministrazione a fronte di procedimenti espropriativi illegittimi.

Qualora, infatti, l'occupazione sia illegittima per mancanza di un provvedimento autorizzatorio o per decorso del termine entro cui l'acquisizione debba avvenire, la radicale trasformazione del fondo, con una sua irreversibile destinazione ad opera pubblica, comporta l'estinzione del diritto di proprietà del privato e la sua contestuale acquisizione a titolo originario in capo all'ente, con l'ulteriore conseguenza del diritto del privato al risarcimento del danno².

Il tentativo ermeneutico della Suprema Corte consisteva nel conciliare interessi evidentemente contrapposti, con prevalenza per la salvaguardia dell'interesse pubblico rispetto a quello del singolo: da un lato, nel riconoscere l'ineluttabile prevalenza dell'interesse alla conservazione dell'opera pubblica realizzata, con conseguente irreversibile trasformazione dell'area; dall'altro, nel garantire la situazione soggettiva compresa, circoscrivendo l'ambito del sacrificio imposto al proprietario privato.

Da tale ultima esigenza deriva la successiva distinzione tra "*occupazione acquisitiva*" – in cui trasmuta l'accessione invertita – e "*occupazione usurpativa*", riferita quest'ultima alle occupazioni materiali o di mero

fatto, contrassegnate da un più marcato aspetto di illegalità.

In particolare, l'"occupazione usurpativa" viene ritenuta configurabile soltanto in assenza – originaria o sopravvenuta – di una dichiarazione di pubblica utilità dell'opera³, sicché l'acquisizione del bene alla mano pubblica non consegue automaticamente alla irreversibile trasformazione del bene, ma è logicamente e temporaneamente successiva e dipende da una scelta del proprietario usurpato che, rinunciando implicitamente al diritto dominicale, opta per una tutela integralmente risarcitoria, in luogo della pur possibile tutela restitutoria⁴.

Per quanto interessa in tale sede, viene affermato dalla giurisprudenza⁵ che il decorso dei termini fissati ex art. 13 della L. 2359/1865 nell'atto dichiarativo della p.u. senza la realizzazione dell'opera e/o l'emanazione del decreto di esproprio, comporta l'inefficacia *ex tunc* della originaria dichiarazione di p.u., determinando l'illegittimità *ab inizio* dell'intera procedura espropriativa e della connessa occupazione di urgenza che risulta così esposta *sine titulo*.

Sullo sfondo delle citate ricostruzioni giurisprudenziali si pone, con continue e alterne vicende, la tensione tra le due giurisdizioni, e i tentativi del legislatore di risolvere la conflittualità e sanare al contempo le vicende espropriative, con contenimento della spesa pubblica⁶.

Nel periodo compreso tra il 1983 e il 1998⁷ il tema dell'occupazione espropriativa si inserisce nel dualismo delle giurisdizioni, secondo il noto criterio di riparto determinato dalla natura delle situazioni giuridiche soggettive lese e dall'astratta configurabilità di una funzione pubblica.

La natura essenzialmente di tipo “risarcitorio” delle controversie – una volta riconosciuta l’irreversibilità della trasformazione dell’aerea e la sua acquisizione pubblica, ancorché per effetto di atti illegittimi - radicava principalmente la giurisdizione del giudice ordinario, non essendo ancora ravvisabile una responsabilità aquiliana per lesione di interessi legittimi⁸.

E proprio in tale contesto la Cassazione elabora la figura dell’occupazione usurpativa, al fine di riportare gli illeciti più gravi nell’alveo del diritto comune, della tutela del danno integrale oltre che dell’azione di restituzione⁹.

2. Il D.Lgs. 80/1998 e la sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale

Per far fronte all’esigenza di certezza del diritto, mediante l’esatta individuazione della giurisdizione, e contenere la durata dei processi, il legislatore emana il D.Lgs. n. 80/1998.

L’art. 34 del D.Lgs. cit. trasferisce dal giudice ordinario al giudice amministrativo, per il settore delle espropriazioni¹⁰, le controversie afferenti il diritto alla riacquisizione del bene occupato *senza titolo*, per originaria carenza o successiva inefficacia del titolo stesso, ovvero il diritto al risarcimento del danno per occupazione illegittima o il diritto al risarcimento del danno prodotto dal tradursi dell’occupazione medesima nella cd. accessione invertita o espropriazione sostanziale.

Vengono pertanto attribuiti alla giurisdizione amministrativa esclusiva, non solo gli atti e i provvedimenti, ma anche i comportamenti nella *subiecta* materia.

Rimangono viceversa devolute al giudice ordinario le sole questioni indennitarie consequenziali¹¹.

Con ordinanza n. 43/2000 la Suprema Corte, SS.UU., solleva questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto il D.Lgs. 80/98, in ordine al vizio di eccesso di delega concessa con l’art. 11, co. 4, lett. g), L. 59/97.

Con la sentenza n. 204 del 2004 la Corte Costituzionale espunge “i comportamenti”

dalle controversie devolute al giudice amministrativo, limitando la giurisdizione esclusiva ai soli casi di configurabilità diretta o indiretta del potere formale della pubblica amministrazione.

3. La più recente elaborazione giurisprudenziale

Dopo contraddittori indirizzi¹², con innegabili ricadute in termini di effettività di tutela, si è addivenuti ad un quadro ermeneutico “relativamente” stabile.

Secondo il Consiglio di Stato per effetto della sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale, devono intendersi esclusi dalla giurisdizione del giudice amministrativo, i comportamenti della PA non collegati all’esercizio di un potere autoritativo, quali appunto, le fattispecie di occupazione usurpativa relative ai casi in cui alla procedura di occupazione d’urgenza dell’immobile non abbia fatto seguito la procedura di espropriazione nel termine di validità del decreto di occupazione di urgenza¹³.

Per tali comportamenti, incidenti su posizioni di diritto soggettivo, si ritiene sussistente la giurisdizione del g.o., posto che principio fondamentale del nostro ordinamento è quello secondo cui, salvi i casi espressamente previsti da specifiche disposizioni di legge, la tutela dei diritti soggettivi è esercitata davanti al g.o.

Né è ravvisabile la giurisdizione generale di legittimità del g.a., atteso che la tutela del diritto soggettivo, in assenza di norme che affidino la cognizione ad altro giudice, è rimessa al g.o.¹⁴

Secondo la Suprema Corte¹⁵, nel sistema normativo conseguente alla L. 205/2000, che modifica il D.Lgs. 80/98, la tutela giurisdizionale risarcitoria contro l’agire illegittimo della p.a. spetta al giudice ordinario solo in casi marginali, quante volte il diritto del privato non sopporti compressione per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo o, se lo sopporti, quante volte l’azione della p.a. non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere, che sia riconducibile come

tale, perché a sua volta deliberato nei modi e in presenza dei requisiti richiesti per valere come atto o come provvedimento, e non come mera via di fatto.

Pertanto l'amministrazione deve essere convenuta innanzi al g.o. qualora la lesione del diritto del privato sia l'effetto indiretto di un esercizio illegittimo o mancato di poteri, ordinati a tutela del privato.

In particolare, sempre secondo la Corte, nel settore delle occupazioni illegittime, sono ascrivibili alla giurisdizione ordinaria le forme di "*occupazione usurpativa*" e così pure i casi in cui il decreto di espropriazione è stato emesso, e però in relazione ad un bene, la cui destinazione ad opera di pubblica utilità la si debba dire mai avvenuta giuridicamente od ormai venuta meno per mancanza di iniziale o per sopravvenuta scadenza del suo termine di efficacia.

Ritiene infine la Corte, di converso, che ove la situazione soggettiva si presenti come interesse legittimo, la tutela risarcitoria¹⁶ vada chiesta al g.a.; che alla giurisdizione di quest'ultimo sono riconducibili anche i casi in cui la lesione di una situazione soggettiva dell'interessato è postulata come conseguenza di un comportamento inerte (si tratti di ritardo nell'emissione di un provvedimento risultato favorevole o di silenzio), giacché ciò che in tali casi viene in rilievo è bensì un comportamento, ma risolvendosi nella violazione di una norma che regola il procedimento ordinato all'esercizio del potere e perciò nella lesione di una situazione di interesse legittimo pretensivo, non di diritto soggettivo.

4. L'art. 53, co. 1, Testo Unico delle espropriazioni per pubblica utilità.

L'art. 53 del Testo Unico delle espropriazioni devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie afferenti atti, provvedimenti e comportamenti della PA conseguenti all'applicazione del medesimo TU introdotto con D.P.R. 327/2001 e succ. mod e int.

Al riguardo la Corte di Cassazione¹⁷ ritenendo inapplicabile l'art. 43 T.U.¹⁸, che pre-

vede il potere di acquisire l'area utilizzata per scopi d'interesse pubblico, in riferimento a procedure espropriative anteriori al 30 giugno 2003 – data di entrata in vigore del medesimo TU – configurava la giurisdizione del giudice ordinario, sia in relazione all'occupazione usurpativa sia in relazione a quella acquisitiva, e ciò per effetto derivato conseguente alla declaratoria di incostituzionalità di cui alla sentenza n. 204/2004.

Successivamente interveniva la medesima Consulta.

Con decisione n. 191 in data 11 maggio 2006, la Corte Costituzionale dichiarava costituzionalmente illegittimo l'art. 53, co. 1 TU nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a "i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad essi equiparati", non escludeva i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere.

In particolare veniva dichiarata costituzionalmente illegittima la devoluzione alla giurisdizione esclusiva delle controversie relative all' "*occupazione usurpativa*", ma non anche quelle nascenti da ipotesi di occupazione acquisitiva.

La Corte precisava inoltre come la citata pronuncia riguardasse l'art. 53 cit. esclusivamente nella sua valenza di norma processuale, attributiva della giurisdizione del giudice amministrativo, e, pertanto, senza che in alcun modo possa esserne coinvolta la norma nella parte in cui – essendo applicabile l'art. 43 D.P.R. 327/2001, disposizione di natura sostanziale – presuppone la possibilità che sia sindacato dal g.a. l'esercizio da parte della pubblica amministrazione, del potere di acquisire al suo patrimonio indisponibile l'immobile modificato¹⁹.

La citata pronuncia non fuga tutti i dubbi.

Nel proprio *iter* argomentativo la Consulta adotta quale parametro di individuazione della natura della controversia non già il *petitum* (la richiesta risarcitoria, oggi ammessa anche innanzi al g.a.), bensì il fatto dedotto a fondamento della domanda che si assume causativo del danno ingiusto.

Con la ulteriore conseguenza che, nelle ipotesi in cui i comportamenti causativi di danno ingiusto – e cioè nella realizzazione dell’opera – costituiscono esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi e sono quindi riconducibili all’esercizio del pubblico potere, la norma si sottrae alla censura di illegittimità costituzionale.

Pertanto la tesi dell’esercizio in concreto del pubblico potere, ancorché in forma mediata, al fine di giustificare la devoluzione delle controversie alla cognizione esclusiva del g.a. getta un’ulteriore cono d’ombra proprio in relazione alle ipotesi di occupazioni divenute illegittime per scadenza dei termini di efficacia e mancata conclusione del procedimento amministrativo ovvero nelle ipotesi di comportamenti inerti²⁰.

5. La Corte Europea dei diritti dell’uomo

Nel corso del 2000 con due decisioni storiche²¹ la Corte di Strasburgo ha giudicato l’istituto dell’occupazione espropriativa contrario all’art. 1 del Protocollo 1 della Convenzione per la Salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, con la conseguenza che il privato illegittimamente spogliato ha diritto alla *restitutio ad integrum* ed al risarcimento pecuniario del danno patito per la perdita del diritto di godimento del bene.

La Corte censura il meccanismo acquisitivo che nascendo da un fatto illecito, si pone in contrasto con il principio di legalità.

Dal citato contrasto la Corte fa discendere tre corollari:

- a) la presenza necessaria del requisito dell’interesse pubblico;
- b) il rispetto delle condizioni di legge o per i cittadini stranieri dei principi fissati dalle norme di diritto internazionale;
- c) la realizzazione di un equo bilanciamento tra la necessità dell’interesse generale della collettività e l’esigenza di tutela dei diritti fondamentali dell’individuo.

Le censure della Corte di Strasburgo sono state recepite dal legislatore che nell’emanare il nuovo TU di cui al D.P.R. 327/2001 e succ. mod. e int. ha inserito l’art. 43 “*utilizza-*

zione senza titolo di un bene per scopi di pubblico interesse”.

La citata disposizione consente alla PA di acquisire al proprio patrimonio l’area illegittimamente occupata e utilizzata, attraverso un atto discrezionale sindacabile dal g.a. e fermo restando il diritto del privato al risarcimento del danno.

In argomento si è pronunciata anche l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato²² affermando che la realizzazione dell’opera pubblica non fa venir meno l’obbligo per l’amministrazione di restituire al privato il bene illegittimamente espropriato.

Quindi, in assenza del provvedimento formale sanante, il privato conserva il diritto al risarcimento in forma specifica, mediante retrocessione del bene.

Peraltro il provvedimento sanante deve presentare rigorosi requisiti di forma e scaturire da un’attenta valutazione degli interessi contrapposti: “*l’atto che assorbe dichiarazione di pubblica utilità e decreto di esproprio, deve infatti, valutare non solo la pubblica utilità dell’opera, ma deve tener altresì conto che il potere acquisitivo, ha in qualche misura, valore sanante dell’illegittimità della procedura espropriativa anche se solo ex nunc e non può risolversi in una mera alternativa alla procedura ordinaria. Il nuovo procedimento deve pertanto trovare la sua giustificazione nella particolare rilevanza dell’interesse pubblico posto a raffronto con l’interesse privato*”.

Nondimeno, anche a fronte delle aperture normative e giurisprudenziali sopra indicate, la Corte europea dei diritti dell’uomo²³ ha ribadito il giudizio di incompatibilità dell’istituto dell’occupazione espropriativa, con l’art. 1 prot. 1 della Convenzione, argomentando che un fatto illecito non può costituire fonte dell’acquisizione al patrimonio pubblico del fondo di proprietà del privato.

Inoltre la Corte, evidenziando le note contraddittorietà dell’elaborazione giurisprudenziale, (tra cui la citata dec. Ad. Pl. del Consiglio di Stato n. 2/2005) conclude che il principio dell’espropriazione indiretta non ha mai dato luogo ad una “*regolamentazione stabile, completa e prevedibile*”²⁴.

6. La retrocessione

Per completezza di esposizione deve aggiungersi che si versa in ipotesi di retrocessione parziale, regolata in origine dagli artt. 60 e 61 L. 2369/1865, quando uno o più fondi espropriati non hanno ricevuto in tutto o in parte la prevista destinazione e possono essere restituiti solo se la PA abbia dichiarato che essi non servono più alla realizzazione dell'opera nel suo complesso. Per contro, la retrocessione totale presuppone, non solo che l'opera non sia stata eseguita, ma anche che siano venuti meno gli effetti della dichiarazione di p.u.; sicché anche nell'ipotesi in cui un intero fondo sia rimasto totalmente inutilizzato può configurarsi una retrocessione parziale, poiché al fine della prospettata distinzione si deve far riferimento all'avvenuta realizzazione dell'opera pubblica²⁵.

L'elaborazione giurisprudenziale in merito alla L. 2359/1865 ha chiarito trattasi di diritto potestativo alla restituzione del bene divenuto pubblico per effetto della dichiarazione di p.u. e sulla base di una nuova valutazione del valore del bene secondo i criteri usati per l'indennizzo espropriativo.

Attualmente l'istituto è regolato dagli artt. 46 e ss., TU Espropriazione, che ne regolano i presupposti e le scansioni procedurali.

7. Conclusioni.

Secondo i più recenti orientamenti giurisprudenziali (Consiglio di Stato e Cassazione, 2005-2007) l'inefficacia sopravvenuta del decreto di p.u. per scadenza dei termini e perdurante illegittimo possesso del bene determina un comportamento posto in essere dalla PA in carenza di potere e correlativamente, un diritto soggettivo pieno in capo al privato. La descritta ipotesi determina la conseguente devoluzione della controversia al giudice ordinario. La sussistenza di atti e provvedimenti espropriativi, espressione di un pubblico potere, determina viceversa la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Permangono ancora in capo al giudice amministrativo anche quei comportamenti eziologicamente connessi ad un pubblico potere, ancorché in forma "indiretta e mediata"²⁶. In tali casi si porrà la questione della previa impugnabilità degli atti amministrativi presupposti (e ovviamente lesivi), atteso il sia pur dibattuto principio della pregiudiziale amministrativa, ovvero, nel caso di comportamenti inerti, il necessario avvio degli strumenti di formazione del silenzio-rifiuto. La mancanza di un atto impugnabile e/o del silenzio rilevante processualmente, confermano la devoluzione del caso prospettato alla cognizione del g.o.

Restano confermate a tutt'oggi le incertezze e contraddittorietà normative e giurisprudenziali recentemente rimarcate dalla Corte di Strasburgo.

Note

¹ In tale sentenza la Suprema Corte, applicando in via analogica l'art. 938 cc, ritiene che in seguito alla costruzione dell'opera pubblica sul suolo privato viene in essere un nuovo bene pubblico con il conseguente diritto da parte della PA di acquistarne la proprietà, mentre il privato a fronte della perdita del proprio diritto dominicale vede riconosciuto il diritto al risarcimento del danno quantificato in misura pari al valore del fondo al momento della costruzione.

² Cass. SS.UU. 88/3940.

³ Cass. n. 19075/2004.

⁴ Cass. SS.UU. 03/6853. Sull'operabilità dei limiti alla tutela restitutoria ex art. 2058 cc e 2933/2 cc., vd. Cass. SS.UU. n. 1907/97

⁵ Tar Toscana, I, sent. n. 426/2000.

⁶ In tale contesto si pone l'art. 5 bis L. 359/1992, successivamente integrato dall'art. 7 bis L. cit. in attuazione della decisione della Corte Cost. 369/1996.

⁷ D.Lgs. n. 80/1998.

⁸ Che si raggiunge, viceversa con la storica sentenza della Cassazione n. 500/99.

⁹ Cass. SS.UU. n. 1907/1997; Cass. n. 1814/2000; n. 15710/2001; n. 7643/2003. Parzialmente difforme l'interpretazione del Cons. St., Ad. Pl. N. 1/96 secondo cui qualora l'occupazione discenda da annullamento di un atto come la dichiarazione di p.u. il fenomeno doveva essere ancora ricondotto nell'ambito dell'occupazione appropriativa.

¹⁰ Ricomprese nell'ambito dell'urbanistica, intesa in senso ampio, quale governo e gestione del territorio.

¹¹ La giurisprudenza di merito sul D.Lvo 80/98 fu subito incerta e contraddittoria: cfr., tra le tante, Tar Sicilia, n. 70/2000. D'altro canto la Cassazione difendeva il proprio ambito di giurisdizione, sia in riferimento alle occupazioni di fatto sia a quelle usurpative: cfr. SS.UU. 9139/2003; Cass. n. 8777/2004. Il Cons. di Stato finiva per accettare una via di compromesso attribuendo l'occupazione usurpativa al g.o. e quella acquisitiva al g.a.; cfr. VI, 20 maggio 2004 n. 3267.

¹² Vd. Ad. Pl. 4/2005 che, in relazione a cessazione di efficacia di decreto di occupazione di urgenza e trasformazione irreversibile del bene in costanza di occupazione illegittima, riconosce la giurisdizione del g.a. in quanto la lesione del diritto soggettivo in tale caso trarrebbe *"origine sul piano eziologico da fattori causali riconducibili all'esplicazione del pubblico potere, pur se in un momento nel quale quest'ultimo risulti ormai mutilato della sua forza autoritativa per la sopraggiunta inefficacia disposta dalla legge per la mancata conclusione del procedimento"*.

¹³ Cons. Stato, sez. IV, 26 maggio, 2006, n. 3191; conf. C.d.S VI, n. 3267/2004.

¹⁴ Cfr. C.d.S., IV, n. 6328/2004.

¹⁵ SS.UU., 13 giugno 2006, n. 13659; conf. SS.UU. nn.9324/2007, 15615/2006 e 600/2005.

¹⁶ È sempre più frequentemente chiarito che il risarcimento per equivalente è uno strumento di tutela, attribuito indistintamente anche al g.a., e non una materia.

¹⁷ Cass. Civ. SS.UU. 21 aprile 2006 n. 9343.

¹⁸ Di cui si dirà oltre.

¹⁹ Ipotesi non ravvisabile nelle espropriazioni anteriori all'entrata in vigore del T.U.

²⁰ Resta da dire che sia il Consiglio di Stato, con la decisione n. 3191/2006, sia la Suprema Corte, con la sentenza n. 13659/2006, entrambe citate, individuano la giurisdizione del giudice ordinario in relazione alle controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi quali quelle afferenti la sopravvenuta scadenza di efficacia del provvedimento di occupazione di urgenza.

²¹ Si tratta delle decisioni Belvedere Alberghiera srl c. Italia e Ventura c. Italia, CEDU 30 maggio 2000.

²² A.P. n. 2/2005.

²³ Sent. Dominici c. Italia, 15 nov. 2005.

²⁴ Sent. Colazzo c. Italia, 13 ottobre 2005.

²⁵ Cass. I, n. 1912/2000.

²⁶ Ancora oggi l'elasticità della nozione comporta quel margine di incertezza giuridica più volte censurata dalla Corte di Strasburgo.