

Primo Michielan

Avvocato del Foro di Treviso

**“VINCOLI URBANISTICI PREORDINATI
ALL’ESPROPRIO NELLA L.R. 11/2004 E DUBBI
D’INCOSTITUZIONALITA’ DELL’ACQUISIZIONE SANANTE
EX ART. 42 BIS D.P.R. 327/2001 SUGLI ESPROPRI”**

Sommario:

1- Cenni introduttivi dall’occupazione acquisitiva all’occupazione provvedimento sanante ex art.43 DPR 327/01;

2)- spunti di riflessione offerti dalla sentenza della Corte di Cassazione del 23 agosto 2012 n.14609/2012 sulla restituzione di beni sine titolo;

3)- le novità del provvedimento di acquisizione sanante ex art.42 bis del DPR 327/01 ed i dubbi di legittimità costituzionale delle SS.UU. con ordinanza n.441/2014;

4)- i rimedi alternativi all’“illegalità legale”: accordi ex art.6 L.R. n. 11/04: forme alternative all’espropriazione; strumenti civilistici d’acquisto immobiliare: usucapione

* * *

**1)- CENNI INTRODUTTIVI: DALL’OCCUPAZIONE
ACQUISITIVA ALL’OCCUPAZIONE PROVVEDIMENTALE
SANANTE EX ART.43 DPR 327/01.**

Nel decennale della L.R. Urbanistica Veneto n.11/04 non si poteva non focalizzare l’attenzione su temi fondamentali degli

strumenti urbanistici comunali, quali sono l'assicurazione delle dotazioni minime di attrezzature e pubblici servizi, l'individuazione delle infrastrutture ed attrezzature di maggior rilevanza (art. art.13, lett. h) ed f) sul PAT) e la localizzazione delle opere dei servizi pubblici e d'interesse pubblico, compresi i servizi di comunicazione (art. 17, lett. h) sul PI), i cui vincoli espropriativi decadono dopo cinque anni dall'approvazione del PI, se non siano stati approvati i relativi progetti esecutivi (art. 18, comma 7 ed art.34).

Il dimensionamento di queste aree a destinazione pubblicistica e l'apposizione dei relativi vincoli espropriativi non può che partire dall'analisi della condizione giuridica dei beni da interessare e dalla loro situazione di fatto, onde appare opportuno riflettere sugli aspetti più attuali e problematici del diritto urbanistico, partendo dall'aspetto patologico delle espropriazioni e cioè dalle occupazioni della PA senza titolo di un bene privato, individuando i rimedi per la loro riconduzione alla legalità.

Il primo rimedio ha carattere pretorio ed è stato offerto dalla giurisprudenza civilistica a partire dagli anni 1980 (cfr. Cass. Sez. I 23.9.1986 n.5708) con il richiamo all'irreversibilità della trasformazione del suolo privato ad uso pubblico, applicando l'istituto civilistico dell'accessione invertita di cui all'art.938 c.c. sull'occupazione di fondo attiguo ovvero all'art.940 sulla specificazione che prevede che chi abbia utilizzato un bene altrui per formare una cosa nuova, ne acquista la proprietà oppure all'art.936 c.c., ove si prevede che il proprietario non può obbligare il terzo a togliere quelle costruzioni fatte con materiali propri ma con sua

scienza e senza opposizione o quando sono state fatte dal terzo in buona fede.

Un secondo rimedio, poi, è stato dato dalla “positivizzazione” del fenomeno dell’occupazione abusiva ad opera del legislatore, introducendo l’art.43 del DPR n.327/01 sulle espropriazioni per regolarizzare e sanare le procedure ablatorie illegittime od i comportamenti illegittimi della PA di trasformazione irreversibile del bene privato.

Il bene utilizzato per scopo di pubblica utilità veniva sempre acquisito a titolo originario al patrimonio indisponibile, risarcendo il danno (non indennizzando come da art.42 bis attualmente vigente) nella misura corrispondente al valore venale del bene al momento dell’occupazione sine titolo, con interessi moratori.

Le relative controversie di occupazione acquisitiva erano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell’art.53 DPR 327/01; mentre la Cassazione (SS.UU. 17 dicembre 2001 n.15939) aveva a riservare alla giurisdizione ordinaria le occupazioni di fatto e quelle c.d. occupazioni usurpative.

Una distinzione *“manifestamente artificiosa, per nulla soddisfacente da un punto di vista concettuale e della razionalità giuridica”* (V.Domenichelli, relazione Palazzo Spada, Roma, 27 maggio 2005).

Infatti nell’occupazione c.d. usurpativa sono accomunate sia le fattispecie in cui la dichiarazione di p.u. non c’è mai stata sia quella in cui sia stata annullata come pure nel caso in cui i **termini di inizio ed ultimazione dei lavori e delle espropriazioni** non siano stati apposti nello

stesso atto di dichiarazione di p.u. in violazione dell'art.13 della L. n.2359/1865 (ora i termini per l'adozione del provvedimenti di esproprio sono quelli dell'art.22 bis T.U. 327/01 sugli espropri) ovvero siano scaduti con la conseguenza di esaurimento del potere dell'espropriante a concludere il procedimento espropriativo (Cass. SS.UU. 10024/2007; in dottrina F.Volpe, in *www.giustamm.it*, n.7/2008).

E' nell'ambito di questo istituto dell'occupazione usurpativa che s'inquadra un interessante caso concreto, affrontato dalla **Cassazione con sentenza n.14609/12 del 23 agosto 2012** sul tema del rapporto tra azione restitutoria e ripristinatoria del bene già trasformato in opera pubblica e quello dell'occupazione espropriativa sanante.

2) SPUNTI DI RIFLESSIONE OFFERTI DALLA SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE DEL 23 AGOSTO 2012 N.14609/2012 SULLA RESTITUZIONE DI BENI SINE TITULO.

Era stata disposta e realizzata da un Comune del Veneto, come tanti altri d'Italia, l'occupazione di un bene di proprietà di un privato, costituito da un terreno con sovrastante fabbricato, successivamente sottoposto ad irreversibile trasformazione, mediante demolizione della costruzione per la realizzazione di una strada di accesso al centro storico del paese. Sosteneva il privato che il procedimento era illegittimo per assenza, nella relativa delibera, dei termini iniziali e finali delle espropriazioni e fine dei lavori, tanto da comportare la giuridica inesistenza della dichiarazione di p.u. Così chiedeva

in Tribunale ed in Corte d'Appello la restituzione del suo fondo con rimessione in pristino dei luoghi a carico dello stesso Comune. I giudici di merito, primo e secondo grado respingevano, in particolare la Corte d'Appello di Venezia con sentenza n.1960 del 16 novembre 2009 rigettava la domanda di restituzione, previa riduzione in pristino, poiché pur *“essendo incontrovertibile la circostanza relativa alla natura usurpativa dell'occupazione, in relazione alla quale si era formato ormai giudicato interno”*, ostava all' accoglimento il rilievo che la distruzione della cosa trasformata in strada era di **“pregiudizio derivante all'economia nazionale”** ex art. 2933, 2 co. c.c. ed era **eccessivamente oneroso il risarcimento del danno** in forma specifica ex art.2058 c.c..

La Corte di Cassazione con la pronuncia richiamata n.14609/12, ricordando anche i principi dell'art.1 del prot 1 della convenzione EDU sul rispetto della proprietà ed i precedenti della Corte Europea dei diritti dell'Uomo (a partire dalla nota decisione Belvedere Alberghiera c/ Stato It. Del 30 maggio 2000), ha affermato che *“l'occupazione senza titolo del fondo del privato non può comportare la perdita della proprietà del fondo da parte del soggetto che subisce l'occupazione, soprattutto in assenza di una scelta od atto abdicativi, anche impliciti, da parte del titolare del diritto di proprietà”*... *“valendo il principio dell'effettività della tutela del diritto del proprietario... a meno che non sia il proprietario a rinunciarvi... ed essendo insussistente la imprescindibile dichiarazione di p.u... va escluso in passaggio del bene nel demanio comunale”*.

Ma interessante appare l'ulteriore considerazione circa i limiti dell'azione restitutoria con accoglimento della richiesta

di riduzione in pristino: non può farsi ricorso né **all'eccezione ex art.2933 sul pregiudizio all'economia nazionale**, non trattandosi "*di cose insostituibili ovvero di eccezionale importanza per l'economia nazionale* (non sussiste alcun legame tra la strada comunale realizzata e le sorti dell'economia di un intero Paese) né **all'eccessiva onerosità di cui all'art. 2058 c.c.**, che riguarda il risarcimento per equivalente del danno, i cui limiti non sono applicabili alla tutela dei diritti reali, atteso il carattere assoluto e la loro tutelabilità con specifiche azioni di difesa della proprietà ex art.948 c.c. (azione di rivendica) ed art. 949 c.c.(azione negatoria) che "*esigono la rimozione del fatto lesivo*" (Cass. SS.UU. 10 maggio 1995 n.5113; Cass., 4 novembre 1993 n.10932).

Il giudizio si concludeva, affermati i principi di diritto su enunciati, con la sentenza in commento e cassazione con rinvio ad altra Sezione della Corte d'Appello. Riassunta, però, dal privato la causa in sede di rinvio, questa veniva sospesa, poiché nel frattempo, dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 293 dell'8 ottobre 2010, che aveva a dichiarare l'incostituzionalità del citato art.43 T.U. espropri, era stato introdotto dal legislatore con l'art.34 del D.L. n.98/2011 **il nuovo art.42 bis T.U. espropri**. Il Comune coglieva al balzo la novella legislativa ed emetteva il provvedimento di "*occupazione sanante*" della strada comunale realizzata abusivamente negli anni 90 del secolo scorso, cioè circa 20 anni orsono, avverso il quale gli eredi del privato attore, ormai deceduto, si gravavano avanti il TAR Veneto, che, al pari di altri Giudici amministrativi e Corti di merito, ordinava la sospensione del giudizio in attesa del vaglio di

legittimità della Corte Costituzionale del nuovo art.42 bis su rimessione delle SS.UU.

3)- LE NOVITÀ DEL PROVVEDIMENTO DI ACQUISIZIONE SANANTE EX ART.42 BIS DEL DPR 327/01 ED I DUBBI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLE SS.UU. CON ORDINANZA N.441/2014.

Si individuino ora quali sono le **principali novità introdotte dalla nuova normativa**, nonostante i principi restitutori sulla tutela reale affermata dalla Corte di Cassazione richiamata in caso di occupazione usurpativa, passata in giudicato ed in attesa della sentenza della Corte Costituzionale.

3.1) Una prima innovazione rispetto al precedente regime di occupazione sanante è dato dalla applicabilità del nuovo istituto **“ ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore ed anche se vi è già stato un provvedimento di acquisizione successivamente ritirato od annullato”** (co.8, art.42 bis, entrato in vigore il 6.7.2011).

Malgrado la precisazione del primo comma che l'atto di acquisizione è destinato ad operare **“ non retroattivamente”**, tanto da prevedere l'indennizzo (debito di valuta) e non il risarcimento del danno (debito di valore con rivalutazione ex art.1224, 2 co c.c.), con la disposizione dell'8 comma è stata confermata la possibilità di utilizzare il provvedimento sanante ex tunc.

Così anche quelle Amministrazioni occupanti che fossero incorse in situazioni di illegalità, venutesi a verificare nel corso degli anni pregressi al 2011, avevano una legale via

di uscita, come concretamente già operato da parecchi Comuni del Veneto, come quello per il caso poc'anzi illustrato.

Ma ciò cozza **con l'art.111 Cost.**, come afferma l'ordinanza delle Sezioni Unite n. 441 del 13.1.2014, sulla quale ha ancora da pronunciarsi la Corte Costituzionale.

Disponendo, infatti, l'applicabilità ai giudizi in corso delle regole sull'acquisizione coattiva sanante in seguito ad occupazione illegittima, sono violati i principi del giusto processo, in particolare le condizioni di parità delle parti avanti il giudice, intromettendosi il potere legislativo nella amministrazione della giustizia allo scopo di influire sulla risoluzione di una categoria di controversie.

3.2) In attesa della pronuncia della Corte Costituzionale occorre, comunque, che venga rinnovata **la valutazione, motivata anche con l'assenza di ragionevoli alternative, di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico** a disporre l'acquisizione, come poco prima al 1 co. era stato imposto con l'incipit "*valutati gli interessi in conflitto*" per le utilizzazioni di beni immobili "*per gli scopi d'interesse pubblico*".

Soltanto che anche queste espressioni non sono sinonimi dei "**motivi di interesse generale**" di cui **all'art.42, 2 e 3 co. Cost.** che dettano garanzie a tutela della proprietà, per le seguenti ragioni (recitano ancora le SS.UU. con l'ordinanza citata): a- il riferimento normativo ad una valutazione degli "*interessi in conflitto*" non comporta l'ancoraggio legale dell'ampia discrezionalità, riconosciuta all'amministrazione espropriante, ad "*elementi e criteri idonei a delimitarla chiaramente*" (Corte Cost. 38 /1966), in breve non si ravvede alcun parametro predeterminato dei "*motivi*

d'interesse generale", definito dalla legge per la "soddisfazione di effettive e specifiche esigenze rilevanti per la comunità"; b)- viene giustificato ex post il sacrificio espropriativo unicamente in base alla situazione di fatto illegittimamente determinatasi, senza che preventivamente emergano motivi d'interesse generale che giustifichino la dichiarazione di p.u., prima dell'unico atto complesso di dichiarazione di p.u. di espropriazione ed anteriormente al sacrificio della proprietà (corte Cost. 155/1995).; c)- il principio di legalità non è recuperabile in forza dei bilanciamenti e della comparazione degli interessi pubblici e privati poiché sono devolute soltanto alla PA, senza neppure limiti temporali di ricorrere al nuovo istituto, le valutazioni sulla causa di pubblica utilità a comprimere la proprietà privata, con effetto retroattivo, onde eliminare ex post le obbligazioni restitutorie, che vengono per il soggetto privato così escluse.

3.3) Una terza innovazione non di poco conto è **l'estensione dell'oggetto della acquisizione sanante**, così allontanandosi, però dalle categorie del demanio e patrimonio pubblico (artt.822 ed 826 c.c.) e rescindendo il collegamento con l'area delle espropriazioni:

-all'acquisizione, di cui al sesto comma, quando il bene continui ad essere soltanto utilizzato dal proprietario, del **diritto di servitù** al patrimonio dei soggetti privati e pubblici, titolari di concessioni o titoli equiparati oppure che svolgano servizi di pubblico interesse nei settori dei trasporti, telecomunicazioni, acqua ed energia;

- alla materia **dell'edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata** "ovvero quando si tratta di terreno

destinato ad essere attribuito per finalità d'interesse pubblico in uso speciale a soggetti privati" in base alla mera utilizzazione dell'immobile per scopi d'interesse pubblico(es.alloggi IACP con dichiarazione di pu senza termini ovvero scaduti) .

Sul punto l'ordinanza delle SS.UU. della Cassazione ribadisce che la applicabilità generalizzata della "acquisizione sanante" ad ogni genere di situazione sostanziale e processuale, attribuito alla stessa Amministrazione, ripropone numerosi e gravi dubbi contenuti negli artt.3,24,42 e 97 Cost.

Concludendosi la panoramica innovativa, non è affatto sicuro che l'istituto in commento passi il vaglio di costituzionalità e quindi resti nel nostro ordinamento la "legalizzazione dell'illegale", non consentita neppure dalla giurisprudenza di Strasburgo.

4)- I RIMEDI ALTERNATIVI ALL'ILLEGALITÀ LEGALE": ACCORDI EX ART. 6 L.R. 11/04: FORME ALTERNATIVE ALL'ESPROPRIAZIONE; STRUMENTI CIVILISTICI D'ACQUISTO IMMOBILIARE: USUCAPIONE.

Non resta che interrogarsi **quali altri ragionevoli rimedi alternativi possano esser adottati all' "occupazione sanante"**

4.1) Particolarmente pregnante è l'orientamento, al fine di regolarizzare le situazioni di occupazioni illegittime, anche con soddisfazione patrimoniale del privato, di imporre la strada **dell'accordo pubblico-privato di cui all'art.6 e dell'art.34 della L.R. n.11/04**, da iscriversi nel più generale

istituto di cui agli accordi previsti dall'art.11 della L. n.241/90.

Così ha statuito il CDS, con la sentenza della Sez. IV del 15 settembre 2014: *“nell’attuale quadro normativo le amministrazioni hanno l’obbligo giuridico di far venir meno in ogni caso l’occupazione sine titolo e, quindi di adeguare comunque la situazione di fatto a quella di diritto. La PA o restituisce ovvero deve attivarsi perché vi sia un legittimo titolo di acquisto dell’area. Quello che le Amministrazioni non possono fare è restare inerti in situazioni di illecito permanente connesso con le occupazioni illegittime”*.

Dunque mentre il privato può domandare la stipula di un accordo; la PA, una volta che fosse venuto meno l’istituto dell’acquisizione sanante, ha l’obbligo giuridico o di restituire con ripristino ovvero di provvedere e concludere un accordo transattivo con i proprietari che determini il definitivo trasferimento del diritto di proprietà (Consiglio di Stato, Sez. IV 28.1.2011, n.676).

Questa grande potenzialità degli accordi, alternativa all’esercizio unilaterale ed imperativo del potere espropriativo, è stata sviluppata nella Regione Veneto, proprio nel campo del governo del territorio.

L’art.34, 3 comma della L.R. n.11/04 recita: *“Il Comune può, anche su proposta dei proprietari interessati, definire forme alternative all’espropriazione. Tali forme seguono i criteri: della perequazione di cui all’art.35, possono consistere nella permuta con altri immobili o con quote edificatorie all’interno dei piani urbanistici, oppure nella partecipazione dei proprietari*

medesimi alla realizzazione delle attrezzature e dei servizi pubblici...".

Non è chi non abbia percepito l'innovatività e peculiarità di questa disposizione regionale, in cui il privato, da un lato, attraverso il confronto dinamico con l'ente pubblico, trova a mezzo accordo sulla compensazione urbanistica, di cui all'art. 37 L.R. 11/04, (ma ora sembra non più per il contributo straordinario dovuto dal sopravvenire della legge "Sblocca Italia" -art.17 DL 133/14 conv.164/2014) la soddisfazione del suo interesse a rilevanti valorizzazioni immobiliari e, dall'altro lato, gli enti locali regolarizzano la situazione di fatto abusiva e raccolgono le risorse necessarie per la dotazione di opere ed interventi pubblici.

4.2) Un secondo rimedio di ragionevole alternativa, oltre a quelli ordinari d'acquisto civilistici e della cessione bonaria di cui all'art.45 T.U espropri, è l'accertamento ed il riconoscimento **dell'usucapione a favore della PA** come modello di acquisto della proprietà ab origine, a costo zero, se raffrontata con l'indennizzo ed il risarcimento dell'occupazione sanante.

Si fa riferimento alla recente sentenza del CDS, Sez. IV, 18 novembre 2014, secondo cui, dopo aver affermata la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di controversie relative all'accertamento del compimento dell'usucapione in favore della PA su beni illegittimamente occupati e trasformati senza tempestiva emanazione del decreto d'esproprio, il Consiglio di Stato così statuisce: *"nel caso in cui la PA occupi, in vi a d'urgenza ed in vista delle espropriazioni, un fondo senza far luogo all'adozione del*

provvedimento d'esproprio, la detenzione della detenzione del fondo per un primo periodo sarà legittima; conseguentemente tale rapporto di fatto con la cosa non è utile per far maturare l'usucapione ventennale acquisitiva, mentre, una volta scaduto il termine di occupazione legittima, la mancata restituzione del fondo legittimamente occupato e la contemporanea utilizzazione delle opere pubbliche possono qualificarsi come atti idonei a trasformare l'originaria detenzione in possesso per l'acquisto ad usucapione prevista dall'art. 1158 c.c."

Sul punto la Cassazione civile, seppure aveva a definire l'occupazione in assenza di un titolo valido come illecito permanente, non di meno ha rilevato che esso è suscettibile di cessare per effetto anche dell'accertamento dell'usucapione del bene da parte dell'occupante che lo abbia trasformato (cfr. Cass. Civ. Sez. I^a ord. 15.5.2013 n 11684).

In ogni caso ove la parte ricorrente lamentasse la mancata emanazione del decreto d'esproprio e chiedesse comunque la restituzione delle aree, l'eccezione di usucapione, che fosse sollevata dall'Amministrazione, non sposta la giurisdizione al giudice ordinario ed impone la cognizione al Giudice amministrativo ai sensi dell'art. 8 c.p.a. sulle questioni pregiudiziali di diritti della introdotta "eccezione riconvenzionale d'usucapione da parte della PA".

Ne consegue che l'eventuale accertamento in via incidentale dell'eccepito acquisto per usucapione della PA della proprietà del bene privato determina l'estinzione dei diritti azionati dal privato medesimo e fa venir meno *ab origine* l'illiceità della condotta lesiva della proprietà, dedotta in causa.

Questo orientamento giurisprudenziale presenta degli aspetti di criticità, perché sembra mancare il possesso pacifico e pubblico: come possa un'occupazione originariamente illegittima o divenuta tale successivamente (perché protrattasi oltre i termini di legge) considerarsi pacifica in questa ipotesi non è facile sottrarsi al convincimento che sempre di un' "aggressione" si tratta (V. Domenichelli).

Non è comunque difficile prevedere che l'intera questione si riproporrà, proprio sulla scorta di quanto ricostruito dai Giudici amministrativi ed in particolare dalle SS.UU. della Corte di Cassazione, allorché la Corte Costituzionale avrà a pronunciarsi, soprattutto per la scelta del mezzo più economico di acquisto sanante da parte del Comune.

Infatti l'art. 42bis in commento prevede non già un indennizzo ma un risarcimento del danno per il periodo di occupazione senza titolo che è stato riconosciuto come irragionevole, poiché assume dei parametri base di liquidazione (1/20 del valore annuo) inferiori rispetto ai parametri dell'1/12mo dovuto per indennità di occupazione legittima: valore maggiore rispetto a quello riconosciuto per il tempo d'occupazione abusiva dal terzo comma del citato art. 42bis.

Così, in conclusione, fiduciosi si dovrà attendere il deposito della sentenza della Corte Costituzionale che chiarirà l'intero sistema di occupazione sanante, anche alla luce dei principi della CEDU, con sicura incidenza "a valle" sul regime delle opere pubbliche previste dagli strumenti urbanistici degli Enti Locali, dimensionati con forme alternative

all'espropriazione secondo la Legge Regionale urbanistica n.
11/2004, di cui si sta celebrando il decennale.

Avv. Primo Michielan

