

7 APRILE 2021

L'evoluzione della materia delle
espropriazioni e la questione circa
l'ammissibilità della rinuncia abdicativa al
diritto di proprietà: la soluzione delle
sentenze dell'Ad. Plen. n. 2 e n.4 del 2020

di Federica Coppola
Laureata in Giurisprudenza
Università degli Studi di Salerno

L'evoluzione della materia delle espropriazioni e la questione circa l'ammissibilità della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà: la soluzione delle sentenze dell'Ad. Plen. n. 2 e n.4 del 2020*

di Federica Coppola

Laureata in Giurisprudenza
Università degli Studi di Salerno

Abstract [It]: Il presente lavoro si pone l'obiettivo di analizzare l'evoluzione della normativa concernente il potere espropriativo della pubblica amministrazione nella duplice prospettiva nazionale e sovranazionale. In particolare, l'attenzione è posta con riferimento alle recenti sentenze dell'Ad. plen. concernenti l'inammissibilità dell'istituto della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà.

Abstract [En]: This work's purpose is to analyze the evolution of the legal system of expropriations, especially with a national and supranational perspective. This theme has always been discussed in an evolutionary parabola that involved, in a transversal way, legal device of civil law, including the abdicative renounce of right to property.

Parole chiave: Espropriazione; occupazione acquisitiva; accessione invertita

Keywords: Expropriation; indirect form of occupation; abdicative renounce of right to property

Sommario: 1. Premessa introduttiva. 2. Riferimenti normativi in tema di espropriazione. 3. Inquadramento giuridico dell'istituto dell'espropriazione ordinaria: differenza con il potere conformativo. 4. Le varie forme di espropriazione nella prospettiva sistematica. 5. Il fenomeno delle espropriazioni indirette: origine ed evoluzione. 6. L'attuale disciplina di cui all'art. 42 bis TU e la questione circa l'ammissibilità della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà: la soluzione dell'Ad. Plen. n. 2 e n.4 del 2020. 7. Considerazioni conclusive tra *favor* e spunti di criticità della soluzione della giurisprudenza amministrativa.

1. Premessa introduttiva

La tematica delle espropriazioni è stata oggetto di una parabola evolutiva che ha coinvolto, in maniera trasversale, categorie afferenti anche alla branca ordinamentale del diritto civile, tra cui l'istituto della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà. La materia si inserisce in una costante tensione di fondo tra il diritto di proprietà privata e l'interesse pubblico perseguito dallo Stato attraverso l'esercizio del potere ablatorio espropriativo. Le vicissitudini normative e giurisprudenziali sviluppatasi nel corso del tempo sono state il frutto della costante rivisitazione delle categorie dogmatiche tradizionali del diritto di proprietà e di tale potere statale. A tali considerazioni si aggiunge l'influenza prorompente del diritto sovranazionale, il quale ha portato, a sua volta, a nuove riflessioni per garantire coerenza del sistema

* Articolo sottoposto a referaggio.

ordinamentale complessivo. Dalla legittimazione del fenomeno delle c.d. espropriazioni indirette si giunge, ad oggi, alla cristallizzazione della c.d. espropriazione acquisitiva dell'art. 42 bis TU, alla quale ha fatto seguito l'opera interpretativa della giurisprudenza che, in ultimo, si è espressa sulla parallela questione della c.d. rinuncia abdicativa al diritto di proprietà (Ad. Plen. sentenze n.2 e n.4 del 2020).

2. Riferimenti normativi in tema di espropriazione

Con il termine espropriazione si definisce il trasferimento coattivo, per ragioni di pubblico interesse, della proprietà o di altro diritto reale su un bene dal privato alla pubblica amministrazione, con la conseguente conversione del diritto reale dell'espropriato in un credito ad una somma di denaro a titolo di indennità. Trattasi di atto autoritativo che comporta acquisto a titolo originario del diritto di proprietà in capo alla autorità espropriante, ed è tradizionalmente riconducibile al potere ablatorio reale della pubblica amministrazione.

Fondamento normativo di tale potere si riscontra *in primis* nella Carta costituzionale all'art. 42 Cost. in base al quale, al comma 3, «la proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale». Da tale disposizione si evincono i presupposti fondanti la legittimità dell'esercizio del potere espropriativo ad opera dello Stato, ovvero una espressa previsione di legge che la giustifichi, la previsione di un indennizzo, e la finalizzazione del potere espropriativo a motivi di interesse generale.

In primis, con riferimento alla formulazione dell'art. 42 Cost. comma 3, si evince la c.d. riserva di legge, corollario del principio di legalità, caposaldo della materia delle espropriazioni, nel senso che, in ragione dell'effetto privativo che si realizza in capo al privato, il quale viene privato del proprio diritto reale, ciò deve essere espressamente previsto dalla legge. *In secundis*, è prevista la corresponsione di un indennizzo quale ristoro a fronte della lesione causata al privato in ragione di un'attività lecita realizzata dallo Stato. Da tali ultime considerazioni emerge altresì la ragione per cui trattasi in tal caso di indennizzo e non di risarcimento del danno: il potere ablatorio esercitato dallo Stato è espressamente previsto dalla legge, ed in ciò legittimato, escludendo qualsiasi forma di risarcimento invece connesso ad attività illecita.

Per quanto riguarda la legislazione ordinaria, inevitabili sono i raffronti tra la disciplina della proprietà¹ prevista nel codice civile e la disciplina della procedura espropriativa così come evolutasi nel tempo.

Il *file rouge* dell'evoluzione interpretativa in materia considera la disciplina della procedura espropriativa strettamente interconnessa col contenuto del diritto di proprietà privata, così come modificatosi conformemente allo sviluppo del contesto storico – culturale di riferimento.

¹ Come evidenziato da A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in A. CICU – F. MESSINEO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, VIII, 2, Giuffrè, 1995, p.13, il diritto di proprietà è istituito che «la storia continuamente modella».

Nel codice civile del 1865 emerge la definizione della proprietà dell'art. 436 c.c., quale diritto di godere e di disporre della cosa nella maniera più assoluta, tipica di uno Stato liberale. Dall'espressione utilizzata nella disposizione emerge il connotato di intangibilità naturale del diritto di proprietà e il carattere eccezionale di qualsiasi forma di intervento pubblico in materia. Evidente è substrato culturale dell'ideale liberale che permea l'impostazione riconducibile all'epoca.

Con l'introduzione del c.c. del 1942, cui sottende un modello di Stato dirigista, si realizza, invece, una sorta di relativizzazione del diritto di proprietà, così come desunta dalla nuova formulazione secondo cui, ai sensi dell'art. 832 c.c., il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed escluso entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico.

Dal raffronto delle due formulazioni codicistiche emerge *ictu oculi* un differente approccio circa la definizione del diritto di proprietà, non più considerato quale diritto assoluto del soggetto titolare ma diritto che si esercita nel rispetto di prescrizioni positive e negative dell'ordinamento giuridico nel quale è inserito, in raffronto con le altre situazioni giuridiche soggettive con cui approccia.

È con l'avvento della Costituzione del 1948, quindi, che muta radicalmente l'approccio ermeneutico concernente il diritto di proprietà, inquadrandosi in una parabola evolutiva che giunge alla definizione di un diritto di proprietà riconosciuto e garantito dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale.

Emblematico è l'inserimento del riferimento al diritto di proprietà nell'ambito del Titolo III "Rapporti Economici", Parte I, "Diritti e doveri dei cittadini", della Carta costituzionale.

Dal raffronto delle definizioni del diritto di proprietà succedutesi nel tempo si evidenzia chiaramente un percorso che, da una descrizione minimale e atomistica della proprietà quale diritto assoluto di un soggetto, giunge al riconoscimento dello stesso quale situazione giuridica soggettiva «funzionalizzata in senso sociale»².

Con l'avvento della Costituzione³ si introduce una limitazione del diritto di proprietà cui è correlato un aspetto di doverosità nell'esercizio di tale diritto soggettivo. I limiti cui è soggetto l'esercizio del diritto di proprietà acquisiscono una connotazione attiva, nel senso di dovere di esercitare il diritto nel rispetto di

² La funzione sociale è vista come limite al diritto di proprietà da A. M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1972, p. 474. Cfr. M. COMPORTI, *La giusta indennità espropriativa tra giurisprudenza europea e giurisprudenza italiana*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, p.452, che richiama Corte Cost. n. 6 del 1966 e n. 38 del 1968 e n. 155/1972, secondo cui la Cost. ha configurato il diritto di proprietà come «diritto economico ridotto e limitato in funzione sociale, una proprietà, dunque, funzionalizzata agli interessi generali».

³ Cfr. A. BALDASSARRE, v. *Proprietà*, in *Dir. cost., Enc. Giur.*, XXV, Treccani, 1991, p.5, «la proprietà privata (...) diviene un diritto valore basato sulla Costituzione (positiva) e da questa variamente connesso ai valori posti al vertice del proprio ordinamento e correlato ad interessi generali (collettivi) costituzionalmente tutelati».

una funzione sociale dello stesso, ed una connotazione passiva, quale dovere di sopportare la limitazione o estinzione nei casi di legge.

Tale ricostruzione trova conferma dalla lettura in combinato disposto dell'art. 42 comma 3 Cost. e dall'art. 834 c.c.; tale ultima norma, conformemente a quanto prescritto dalla previsione costituzionale, prevede che nessuno possa essere privato in tutto o in parte dei beni di sua proprietà se non per causa di pubblico interesse, legalmente dichiarata, e contro il pagamento di una giusta indennità.

Dalle coordinate ermeneutiche evidenziate in premessa emerge come, nel contesto ordinamentale attuale, non si consideri più la proprietà quale diritto unico con contenuti immutabili e indefettibili, ma si discorra “delle proprietà” e della c.d. proprietà “conformata”: con tale ultima espressione si intende il riconoscimento alla legge e agli atti attuativi del potere di stabilire regole e limiti di utilizzo dei beni suscettibili di divenire oggetto di proprietà privata.

In definitiva, dall'impostazione monolitica e assoluta del diritto di proprietà si giunge, con riferimento all'odierno quadro normativo, a considerare esistenti tanti diritti di proprietà quante sono le categorie di beni che richiedono una diversa conformazione dello statuto proprietario.

È con riferimento a tali considerazioni che si discorre della c.d. proprietà pubblica quale espressione della frantumazione dell'originaria unitarietà del diritto di proprietà⁴.

La stessa Corte Cost. si è più volte espressa sul punto, ad es. con la sentenza n.55 del 29.05.1968, «secondo i concetti (...) di solidarietà sociale, resta escluso che il diritto di proprietà possa venire inteso come dominio assoluto e illimitato sui propri beni, dovendosi invece ritenerlo caratterizzato dall'attitudine di essere sottoposto nel suo contenuto ad un regime che la Costituzione lascia al legislatore di determinare». Per quanto concerne i riferimenti normativi nell'ordinamento sovranazionale, invece, si richiamano l'art. 17 par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), l'art. 17 CEDU, e l'art. 1 prot. 1 CEDU.

L'art. 1 prot. 1 CEDU è espressamente rubricato “Protezione della proprietà” e dispone che «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale».

Evidente appare la diversa impostazione concettuale del diritto di proprietà rispetto a quanto previsto dalle disposizioni interne.

⁴ Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, 2019, Dike giuridica, p.714, secondo cui «il contenuto della proprietà, un tempo monolite compatto, ha finito così per relativizzarsi, smarrendo il suo astratto carattere assoluto e prestando il fianco alla forza invasiva dell'interesse pubblico e del pubblico potere; di conseguenza, la disciplina della procedura espropriativa è stata costruita *per relationem* col contenuto storico concreto del diritto di proprietà privata».

La proprietà a livello sovranazionale è considerata dall'art. 1 prot. 1 CEDU quale aspetto della libertà della persona (nel cui titolo è inserito) e attinente ai diritti fondamentali dell'individuo, difficilmente compatibile con la parabola evolutiva del diritto interno che considera la proprietà, nel contesto attuale, quale diritto rilevante sul piano patrimoniale, soggetto a limiti e condizioni *ex lege*.

La valorizzazione del diritto di proprietà quale diritto e libertà della persona, nel contesto sovranazionale, trova conferma altresì al disposto dell'art. 17 par. 1 della Carta di Nizza (c.d. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), rubricato "Diritto di proprietà". Tale disposizione prevede che ogni persona abbia il diritto di godere della proprietà dei beni e che nessuno possa essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa.

La Carta di Nizza inserisce la disciplina concernente il diritto di proprietà nel Capo II della Carta rubricato "Libertà"⁵.

Si conferma ulteriormente quanto in precedenza affermato circa la complessa compatibilità tra l'inquadramento del diritto di proprietà a livello sovranazionale, espressione della libertà del singolo individuo, rispetto a quanto previsto dalla disciplina enucleata dall'ordinamento interno⁶.

Dal punto di vista sovranazionale, infatti, il diritto di proprietà si considera quale libertà della persona e non diritto afferente ai rapporti economici (cfr. art. 42 Cost.).

Al differente inquadramento giuridico del diritto di proprietà si aggiunge una più estesa garanzia, a livello sovranazionale, discendente dall'operatività del principio di legalità.

L'impianto nazionale e sovranazionale concernente il diritto di proprietà e la possibilità di una sua limitazione considerano quale nucleo comune la necessità che ciò si realizzi nel rispetto della previsione di norme di legge che ne disciplinino il fenomeno. La differenza che emerge è a monte con riguardo all'estensione della concezione del principio di legalità in materia.

Nell'impianto normativo interno il principio di legalità è tradizionalmente inteso quale principio di legalità formale, nel senso che risulta bastevole un'espressa previsione di legge per ritenerne soddisfatta la garanzia ad esso sottesa. L'impostazione ermeneutica sovranazionale, invece, considera il principio di legalità da un punto di vista c.d. sostanziale, nel senso che non considera sufficiente l'espressa previsione

⁵ Cfr. P. GROSSI, *Il diritto civile tra le rigidità d'ieri e le mobilità di oggi*, in M. LOBUONO (a cura di), *Scienza giuridica privatistica e fondi del diritto, Quaderni di diritto privato*, Cacucci editore, 2009, p. 29, secondo cui la Carta di Nizza ripropone una concezione giusnaturalistica e liberale della proprietà lontana dall'impianto sociale della Costituzione.

⁶ Cfr. C. SALVI, *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani: il problema*, in C. SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Giappichelli, 2012, pp. 1 e 14 e ss., secondo cui «l'incipit dell'art. 17 (...) è più simile ai testi ottocenteschi e alle tesi del neoliberismo giuridico e filosofico che alle formule sociali delle Costituzioni nazionali»; v. altresì C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 425, il quale sottolinea come «dalla Carta di Nizza vengono elementi che accentuano, anziché ridurre, le distanze tra l'impianto liberista del sistema europeo (...) e quello sociale della tradizione costituzionale italiana».

da parte della legge, ma è necessario che la stessa risulti, da un punto di vista contenutistico, chiara precisa e prevedibile per garantirne l'effettiva comprensione ai destinatari⁷.

In questi termini può dirsi che, a livello sovranazionale, l'espropriazione sia ammessa solo in forza di una legge che sia altresì chiara, precisa, e prevedibile nelle sue previsioni.

Da tali considerazioni emergono i connotati tipici del principio di legalità convenzionale, dal quale si ricavano una serie di corollari che permeano la materia delle espropriazioni. L'impostazione sovranazionale richiede che per la legittimità dell'esercizio del potere espropriativo si debbano rispettare corollari quali:

- a) la legalità sostanziale, nel senso della previsione esplicita dei presupposti del potere espropriativo;
- b) legalità procedurale (nel senso di giusta forma del procedimento, contraddittorio ed efficace difesa);
- c) legalità patrimoniale (è necessario un indennizzo adeguato, nel senso di essere pieno ed esteso anche al pregiudizio morale, nonché collegato al valore venale del bene);
- d) legalità processuale⁸.

3. Inquadramento giuridico dell'istituto dell'espropriazione ordinaria: differenza con il potere conformativo

Per comprendere il potere espropriativo è necessario *in primis* distinguerlo da figure affini, tra cui potere conformativo.

Tale potere è altresì riconducibile all'art. 42 Cost.

Il potere conformativo è il potere della pubblica amministrazione di connotare giuridicamente in senso limitativo il diritto di proprietà, incidendo su categorie di beni, onde contemperare l'interesse privatistico del proprietario con quello della collettività.

Prima facie emergono le differenze rispetto al potere espropriativo, in quanto il potere conformativo non opera su singoli beni e in ragione di ciò non è necessaria la corresponsione di un'indennità, in quanto il titolare del diritto di proprietà non risulta privato della titolarità del suo diritto dal punto di vista formale ma ne viene limitato nell'esercizio in ragione del contemperamento con l'interesse della collettività ai beni suddetti.

Sono tradizionalmente considerati conformativi quei vincoli che impongono una destinazione di zona tale da non richiedere necessariamente l'espropriazione dell'area, e che incidono su generalità di beni e nei confronti di una pluralità indifferenziata di soggetti, in funzione della destinazione dell'intera zona in

⁷ Corte EU Diritti dell'uomo sentenza 22 settembre 1994 Hentrich c. Francia; 8 luglio 1986 Lithron e altri c. Regno unito, «il principio di legalità convenzionale può dirsi rispettato solo quando le norme di diritto interno sono sufficientemente accessibili, precise e prevedibili».

⁸ La ricostruzione in tal senso F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 715 e ss.

cui i beni ricadono e in ragione delle sue caratteristiche intrinseche. Esempio tipico di vincolo conformativo sono i vincoli che derivano dalle zonizzazioni, ossia divisioni del territorio in grandi aree omogenee, vincoli di inedificabilità assoluta o relativa in aree destinate a verde oppure a bassa urbanizzazione.

Riferimenti normativi, ad es., sono l'art. 142 del Codice dei beni culturali e del paesaggio d.lgs. n. 42 del 2004 in tema di vincoli paesaggistici e ambientali che nascono in ragione delle caratteristiche obiettive e funzionali del bene.

Si sostiene, in sintesi, che il potere conformativo intervenga su un bene già qualitativamente connotato da caratteristiche tali che ne comportano una limitazione ad opera dell'intervento pubblico⁹, tant'è che si sostiene che il diritto su quel bene «nasce col corrispondente limite e con quel limite vive»¹⁰.

4. Le varie forme di espropriazione nella prospettiva sistematica

Il procedimento ordinario di espropriazione è disciplinato dal d.p.r. 8 giugno 2001 n. 327 c.d. Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità.

L'*iter* espropriativo delineato dal T.U. si articola in fasi procedurali strettamente interconnesse, una serie successiva di atti connessi, ovvero: 1) l'apposizione al bene del vincolo preordinato all'esproprio, 2) la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, 3) la determinazione dell'indennità di esproprio, 4) il decreto di esproprio.

L'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio apre la procedura espropriativa ed individua il luogo interessato dall'opera pubblica o di pubblica utilità. L'efficacia del vincolo è limitata a cinque anni dalla sua apposizione, periodo entro il quale deve intervenire la dichiarazione di pubblica utilità, pena la decadenza del vincolo. In relazione a tale fase procedurale è emersa la questione della c.d. reiterazione dei vincoli scaduti per effetto del decorso del tempo, ossia della prassi patologica, frequente in passato, di reiterare il vincolo prima della decadenza di cinque anni e prima che intervenga la successiva dichiarazione di pubblica utilità, comportando un assoggettamento *sine die* del soggetto titolare del diritto di proprietà sul fondo cui veniva apposto il vincolo.

Sulla questione è intervenuta la Corte Cost n. 179 del 20.05.1999, la quale ha escluso che la reiterazione dei vincoli preordinati all'esproprio potesse realizzarsi *sic et simpliciter*, in quanto con la suddetta reiterazione la tollerabilità della limitazione al proprio diritto inizia a venir meno.

⁹ Per una ricostruzione complessiva dell'istituto cfr. E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, 2017; F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, 2019, Dike editore; M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Giappichelli editore, 2018, IV ed.

¹⁰ Corte Cost. n. 56 del 1968.

La Consulta, di conseguenza, stabilì dei presupposti di legittimità del fenomeno da valutarsi quale riscontro di una duplice condizione positiva, ossia l'accantonamento delle somme necessarie per il pagamento dell'indennità, ed una specifica indagine concreta circa l'attualità dell'interesse pubblico e l'assenza di soluzioni alternative alla reiterazione del vincolo.

In conformità a quanto statuito dalla Corte Cost. è intervenuta anche Ad. Plen. n. 7 del 24.05.2007, la quale confermò la necessità di valutare, ai fini della legittimità del fenomeno della reiterazione dei vincoli preordinati all'esproprio, l'attualità dell'interesse pubblico in conformità ad un'adeguata istruttoria e ad un'adeguata motivazione.

La fase successiva si apre con la dichiarazione di pubblica utilità. È il provvedimento con il quale si evidenziano le ragioni di pubblica utilità dell'opera, nel quale cioè si dichiarano i motivi di interesse pubblico che giustificano l'effetto estintivo del diritto di proprietà riconducibile al privato e l'effetto acquisitivo dello stesso a carico dell'autorità espropriante. È in ragione di tali caratteristiche che il provvedimento in esame si considera quale «sostanza e fondamento del potere espropriativo¹¹, in rapporto di implicazione logica con il trasferimento coattivo», in quanto «fotografa l'interesse pubblico e attua l'art. 42 Cost.», nonché «guarentigia prima e fondamentale del cittadino e nel contempo la ragione giustificatrice del suo sacrificio nel bilanciamento degli interessi del proprietario alla restituzione dell'immobile e della pubblica amministrazione al mantenimento dell'opera pubblica per la funzione sociale della proprietà¹².

È con l'adozione di tale atto preliminare che emergono quei motivi di interesse generale, di cui all'art. 42 Cost., necessari per il proseguimento legittimo del procedimento espropriativo.

A tale fase segue l'emanazione del decreto di esproprio. Tale atto svolge una funzione di riepilogo dell'intera procedura espropriativa e il suo principale effetto è quello di produrre il trasferimento del diritto dall'espropriato all'espropriante. L'esecuzione del decreto si attua mediante l'immissione del possesso nel bene. Il decreto di esproprio, in sintesi, attua il passaggio di proprietà.

Dalla disamina della disciplina così come descritto dal T.U. si ricavano le caratteristiche proprie della forma espropriativa ordinaria.

È preliminarmente necessario, per il proseguo della trattazione, distinguere le eterogenee ipotesi di espropriazione che sono emerse nel corso dell'evoluzione storica, definendone i connotati precisi per differenza rispetto all'espropriazione ordinaria.

¹¹ Cfr. M. SANTISE, *Coordinate di diritto amministrativo, op. cit.*, pp. 158 e ss.

¹² Cass. S.U. n.826/1960; altresì Cass. S.U. n. 2435/1984, dalla quale si desume la definizione di dichiarazione di pubblica utilità quale «pietra angolare su cui deve poggiare, per legge, l'espropriazione per pubblica interesse».

Con il termine espropriazione sostanziale o di valore (c.d. non traslativa) si intende una ipotesi di espropriazione che annulla il valore sostanziale del bene e non realizza la perdita della titolarità formale del diritto di proprietà in capo al soggetto espropriato. Trattasi di forma di espropriazione che si realizza senza l'*iter* procedurale del T.U., pur comportando limitazioni del diritto di proprietà tali da svuotarne il contenuto in quanto si incide sul godimento del bene tanto da renderlo inutilizzabile in relazione alla natura dello stesso, o determinandone il venir meno del suo valore di scambio. In questi termini, per espropriazione c.d. sostanziale o di valore si intende far riferimento a quel fenomeno parallelo, di cui *supra*, dell'apposizione di vincoli urbanistici formalmente conformativi ma sostanzialmente espropriativi. Altra forma di espropriazione è la c.d. legale o *ope legis*, la quale trova espresso fondamento normativo all'art. 43 Cost. Trattasi di forma espropriativa realizzata per fini di utilità generale, in relazione solo ad imprese o categorie di imprese che si riferiscono a servizi essenziali o fonti di energia o situazioni di monopoli, caratterizzate dal connotato preminente di interesse generale. La differenza rispetto al procedimento espropriativo ordinario attiene alla realizzazione tramite le c.d. leggi provvedimento, nel senso che la scelta circa *l'an* dell'espropriazione non è dell'autorità espropriante ma è della legge, la quale può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, le suddette categorie allo stato, agli enti pubblici, a comunità di lavoratori o di utenti.

L'espropriazione legale rappresenta un'ipotesi eccezionale del sistema in quanto espressamente prevista dalla legge e prescindendo da una valutazione tendenzialmente discrezionale della pubblica amministrazione nella scelta dell'esercizio o meno del potere espropriativo.

Da tale disamina deve essere altresì escluso il riferimento alla forma espropriativa c.d. a carattere sanzionatorio, afferente ad es. nel caso di reato di abuso edilizio.

La forma espropriativa maggiormente dibattuta e contestata è la c.d. espropriazione indiretta, v. *infra*.

5. Il fenomeno delle espropriazioni indirette: origine ed evoluzione

Le problematiche in tema di espropriazione c.d. indirette, o c.d. occupazioni illegittime, sono emerse nel corso del tempo ogniqualvolta si verificava una forma di espropriazione non in conformità con le garanzie procedurali previste dalla legge, in ultimo con riferimento alla normativa di cui al T.U. d.p.r. n.327 2001¹³.

Le espropriazioni indirette afferiscono ad un fenomeno legittimato in passato dalla giurisprudenza e si definiscono c.d. indirette in quanto la perdita del diritto di proprietà e il suo trasferimento in capo ad altro

¹³ Sin dalla sua emanazione il procedimento di esproprio contenuto nel TU d.p.r. n.327 2001 fu definito «complicato arabesco», «procedura ricca di insidie», «assomiglia ad un'infinita ed estenuante corsa ad ostacoli per arrivare ad un'espropriazione legale e corretta della proprietà privata», in questi termini P. LORO, *Delitto e perdono*, in P. LORO (a cura di), M. ANTONIOL, *L'art. 42 bis dpr 327 2001, La nuova acquisizione coattiva sanante*, Padova, 2011, p. 7.

soggetto non si producono in forza di valido provvedimento amministrativo in un contesto procedimentale prestabilito, ma indirettamente in forza dell'irreversibile trasformazione del bene attuato dall'autorità espropriante.

L'origine del fenomeno si ravvisa sin dalla originaria l. n. 2359 del 1865, prima legge riguardante le disposizioni in materia di Esproprio per Pubblica Utilità. La disciplina prevedeva un'articolazione del procedimento di espropriazione che presupponeva *ab initio* il provvedimento dichiarativo di pubblica utilità, cui ha fatto seguito la l. n. 865/1971, la quale modificò l'*iter* prevedendo la concentrazione del procedimento in un'unica fase comprensiva della dichiarazione anzidetta e della dichiarazione di indifferibilità ed urgenza delle opere pubbliche.

Con la previsione di tale ultima dichiarazione si consentiva all'espropriante di occupare l'area e di iniziare i lavori con le c.d. occupazioni temporanee d'urgenza, finalizzate ad accelerare l'esecuzione delle opere dichiarate urgenti ed indifferibili, e quindi, eccezionalmente, nelle more dell'emanazione del decreto, permettevano all'autorità espropriante di occupare l'area e di realizzare l'opera prima di esserne divenuta proprietaria per il tramite del decreto di esproprio.

Il fenomeno della c.d. occupazione acquisitiva nasce dall'utilizzo dell'istituto dell'occupazione d'urgenza che, da situazione ravvisabile in ipotesi eccezionali, diventa uno strumento di sistematico, ossia strumento per compensare la lungaggine del procedimento espropriativo ordinario mediante l'immissione immediata nel possesso subito dopo la dichiarazione di pubblica utilità.

Si palesò un problema di abuso dell'istituto dell'occupazione d'urgenza, sviluppatosi quale istituto che realizzava una deviazione patologica dal procedimento ordinario di espropriazione.

È in tale contesto che si sviluppano gli istituti di creazione ermeneutica della c.d. occupazione usurpativa e appropriativa.

La occupazione appropriativa o c.d. acquisitiva è stata per la prima volta legittimata da Cass. S.U. 16.02.1983 n.1464¹⁴ sul presupposto dell'operatività dell'istituto di creazione pretoria¹⁵ della c.d. accessione invertita. La giurisprudenza all'epoca riconobbe acquisita a titolo originario la proprietà del suolo in capo all'autorità espropriante, pur se occupata *sine titulo*, purché realizzandovi su di essa un'opera pubblica o operandovi un'irreversibile trasformazione del bene.

Tale forma di occupazione si caratterizzava per l'anomalia del procedimento di esproprio, il quale prevedeva *ab origine* una dichiarazione di pubblica utilità ma risultava mancante della conclusione con un formale atto ablativo (ossia il decreto di esproprio).

Il meccanismo acquisitivo si realizzava per il tramite della trasformazione irreversibile del fondo, nel senso che la destinazione irreversibile del suolo ad interessi pubblici comportava l'acquisto a titolo originario e la contestuale estensione del diritto di proprietà dall'opera della pubblica amministrazione al fondo del privato. Si estendeva, cioè, la proprietà riconosciuta in capo alla autorità espropriante al fondo sul quale essa aveva realizzato l'opera.

L'accessione c.d. invertita veniva considerata quale modalità sussidiaria di acquisto della proprietà a favore della pubblica autorità nelle ipotesi di espropriazioni c.d. in via di fatto, ossia a seguito di comportamenti espropriativi che si realizzavano per il tramite della trasformazione irreversibile del bene.

L'autorità espropriante, in sintesi, diveniva proprietaria del bene avendo costruito sul fondo del privato un'opera pubblica, per il tramite di un meccanismo di accessione c.d. invertita.

¹⁴ Cass. n. 1464 del 16.02.1983, in *Foro it.*, 1983, I, p. 626, risolveva un contrasto sorto in giurisprudenza in ordine al principio da applicare nelle fattispecie in cui l'occupazione temporanea e d'urgenza di un terreno, preordinata alla successiva espropriazione, fosse illegittima, *ab initio* o per scadenza dei termini fissati dal decreto, senza la tempestiva sopravvenienza del decreto di espropriazione o per annullamento del titolo, ed il terreno fosse stato trasformato con la realizzazione dell'opera pubblica. Conforme Cass. S.U. n. 394 del 10.06.1988, dalla quale si discorre di fenomeno «caratterizzato, quale suo indefettibile punto di partenza, da una dichiarazione di pubblica utilità dell'opera e, quale suo punto di arrivo, dalla realizzazione dell'opera stessa». *Ex multis* Corte Cost. con sentenza n. 486 del 27.12.1991 ha consacrato la legittimità dell'istituto statuendo che «la fattispecie acquisitiva alla mano pubblica di beni privati costituita dalla figura, di creazione giurisprudenziale, della c.d. accessione invertita od occupazione appropriativa, ricorre quando il soggetto pubblico occupa un suolo privato e, radicalmente e irreversibilmente, lo trasforma in bene pubblico assoggettato al regime proprio dei beni demaniali o patrimoniali indisponibili, su di esso realizzando un'opera pubblica, oggetto di precedenti dichiarazioni di pubblica utilità». Cfr. Corte Cost. n. 188 del 23.05.1995, discorreva di «ablazione senza espropriazione». La dottrina criticava la legittimità di tale meccanismo espropriativo, tant'è che R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva, tutela della proprietà e dei diritti umani*, Giuffrè, 2006, p. 1 e ss., la considerava espropriazione sostanziale che degradava il procedimento di espropriazione del TU a mera formalità. *Contra* R. ORIANI, *Occupazione d'urgenza, costruzione dell'opera pubblica, decreto di espropriazione "tardivo", tutela giurisdizionale del proprietario, contributo ad uno Studio interdisciplinare*, in *Foro it.*, 1982, V, p.226, secondo cui l'istituto dell'accessione invertita costituirebbe soluzione idonea a soddisfare l'interesse pubblico all'inutile dispersione di ricchezza – restituendo l'opera realizzata al privato, e l'interesse del proprietario che potrebbe essere costretto a riprendersi un bene con un'opera spesso inutilizzabile (favorendogli il risarcimento del danno integrale).

¹⁵ Cfr. N. DI PRISCO, *Accessione invertita ed estinzione della proprietà*, in *Dir. e giur.*, 1983, p.954, l'accessione invertita costituisce uno degli esempi paradigmatici di operatività del formante giurisprudenziale nella creazione del diritto vivente nel nostro ordinamento; cfr. A. GAMBARO, *L'occupazione acquisitiva e dialogo tra formanti*, in *Foro It.*, 1993, 9, p.389.

L'art. 934 c.c. prevede il principio generale di accessione secondo cui qualunque costruzione od opera esistente sopra il suolo appartiene al proprietario di questo; con l'istituto di creazione giurisprudenziale dell'accessione c.d. invertita, invece, si realizza *a contrario* una *vis atractive* del suolo, formalmente di proprietà del privato ma irreversibilmente trasformato in ragione della realizzazione di un'opera di pubblica utilità, alla sfera della proprietà pubblica.

Il decreto di esproprio che non veniva adottato *medio tempore* veniva sostituito dall'irreversibile trasformazione del bene. La rilevanza riconosciuta a tale comportamento della pubblica amministrazione sostituiva il decreto di esproprio.

La Corte ricostruisce per il tramite di tale espediente manipolativo l'effetto traslativo del diritto di proprietà dal privato alla pubblica autorità.

L'unica forma di tutela riconosciuta al soggetto privato del diritto di proprietà sul suolo era il risarcimento del danno integrale¹⁶ per fatto illecito della pubblica amministrazione, sussumibile nell'art. 2043 c.c.

Alla forma espropriativa indiretta della c.d. occupazione appropriativa o acquisitiva si affianca la c.d. occupazione usurpativa, rispetto alla quale emergono considerazioni differenti.

Le occupazioni usurpative venivano definite tali in quando si realizzava l'acquisto del diritto di proprietà sul fondo ad opera della pubblica autorità per il tramite della sola irreversibile trasformazione del bene, *ab origine* senza la dichiarazione di pubblica utilità. In tal senso, in quanto manchevoli *ab inizio* di un procedimento espropriativo a garanzia dei privati, tali forme espropriative si consideravano invece sempre illeciti permanenti¹⁷.

In sintesi, il nucleo comune alle due figure giurisprudenziali consisteva nella occupazione illegittima di un'area da parte dell'autorità espropriante per il tramite dell'irreversibile trasformazione della stessa; tali forme espropriative, però, si differenziavano in quanto erano caratterizzate dalla assenza del mero decreto di esproprio, per quanto concerne l'occupazione appropriativa, o *ab origine* della dichiarazione di pubblica utilità, con riferimento all'occupazione usurpativa.

La legittimazione del fenomeno delle occupazioni appropriative quale forma di espropriazione capace di realizzare l'effetto traslativo della proprietà in capo alla pubblica autorità trova il punto di arresto con l'intervento della Corte EU¹⁸ del 30.05.2000.

¹⁶ Con l'istituto di creazione giurisprudenziale dell'accessione invertita si riconosce al privato «la migliore delle consolazioni possibili: il risarcimento integrale del danno subito», in questi termini G. BAROZZI REGGIANI, *Campane a morto per le espropriazioni indirette*, in *Dir. e com.*, n. 2/3, 2011, p.743.

¹⁷ In tal senso Cass. Civ. n.1615 del 16.07.1997.

¹⁸ Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia n. 31524/96, CEDU, 2000-VI; Carbonara e Ventura c. Italia n.24638/94, CEDU, 2000-VI.

La Corte EU qualifica le forme di espropriazione indiretta, sia appropriate che usurpative, quali illeciti permanenti in quanto occupazioni abusive, nel senso che è sempre necessario, in ossequio al principio di legalità convenzionale, il rispetto di presupposti di legge espressamente previsti (c.d. presupposto di legalità sostanziale) e l'adozione di un espresso, formale, e motivato provvedimento amministrativo ablativo conclusivo di un procedimento amministrativo (c.d. presupposto di legalità procedurale).

È in questi termini che la Corte EU condanna l'Italia per l'istituto dell'occupazione appropriativa e usurpativa in quanto istituti che violano il disposto dell'art. 1 prot. 1 CEDU.

Le contestazioni operate dalla giurisprudenza sovranazionale evidenziano, in definitiva, il mancato rispetto dei corollari del principio di legalità convenzionale.

Nelle forme espropriative indirette l'acquisto del diritto di proprietà a titolo originario è strutturato in termini di connessione con un comportamento illecito della pubblica autorità, ossia l'irreversibile trasformazione del bene, in violazione con la previsione normativa che ancora il trasferimento della proprietà all'emanazione del decreto di esproprio.

La denunciata violazione del diritto di proprietà, consacrato quale diritto della persona nell'ordinamento sovranazionale, si ravvisa in quanto risultano violati i corollari di legalità sostanziale e procedurale derivanti dal principio di legalità convenzionale¹⁹.

L'intervento legislativo con l'art. 43 T.U. sottende la *ratio* di conformarsi al *dictat* della Corte EU²⁰, onde evitare le conseguenze di esborso di denaro in capo all'autorità espropriante per ottemperare alla richiesta di risarcimento dei danni per il comportamento abusivo da essa attuato.

La norma in esame, in sintesi, avrebbe dovuto sanare il *deficit* di legalità paventato dalla giurisprudenza sovranazionale e disciplinare il fenomeno delle occupazioni appropriate²¹ e usurpative che, per il tramite

¹⁹ Cfr. M. BORGIO, *Occupazione acquisitiva, occupazione usurpativa, acquisizione coattiva sanante ex art. 43 TU espropri*, in www.esproprioonline.it, 16 gennaio 2006 – 16 marzo 2006, secondo cui «l'accessione invertita non è idonea ad assicurare un sufficiente grado di certezza del diritto e non presenta carattere tale da favorire la buona amministrazione e gestione della procedura espropriativa e da impedire episodi di illegalità».

²⁰ Le decisioni della Corte di Strasburgo decretano il superamento del fenomeno della occupazione appropriativa e «aprono la strada al riconoscimento di una tutela più ampia del diritto di proprietà nei confronti dell'esercizio dei pubblici poteri», in questi termini M. CONTICELLI, *L'accessione invertita viola la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, commento a Corte Eu II Sez. 30 maggio 2000*, in *Giornale dir. amm.*, 2001, p. 149. Cfr. F. G. SCOCA, *Modalità di espropriazione e "rispetto" dei beni (immobili) privati*, in *Dir. amm.*, 2006, 3, p. 519, con riguardo alla sentenza De Sciscio v. Italia in tema di occupazione acquisitiva riflette sul concetto di «qualità della legge»: all'origine dell'acquisto della proprietà vi è un fatto illecito. Alla giurisprudenza sovranazionale si conformò anche Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 2279 del 24.04.2013, la quale evidenziò che «la distinzione tra occupazione usurpativa e appropriativa ha perso di significato in quanto trattasi in entrambi i casi di illecito permanente».

²¹ È in particolar modo con riferimento all'occupazione acquisitiva, ovverosia a quel fenomeno che realizzava il trasferimento del diritto di proprietà dal privato all'autorità espropriante in forza della mera trasformazione irreversibile del suolo sulla scorta di una dichiarazione di pubblica utilità *ab origine*, che V. CARBONE, *Il nuovo TU in materia di espropriazione: scompare l'occupazione appropriativa?*, in *Con. Giur.*, 2001, 10, p. 1267, sottolineò come «divenne erroneamente una diffusa regola giurisprudenziale».

dell'istituto di conio giurisprudenziale della c.d. accessione invertita, consentivano di introdurre un modo di acquisto della proprietà connesso ad un comportamento illegittimo.

L'art. 43 T.U., rubricato "Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico", disciplinava la c.d. occupazione provvedimentoale o acquisizione sanante²², consentendo alla pubblica amministrazione di acquisire in sanatoria, con effetti *ex tunc*, le proprietà occupate in ragione del fenomeno legittimante della trasformazione irreversibile del fondo, pur in carenza di titolo legittimante. Tale meccanismo, però, equiparava ai fini della sanatoria entrambe le ipotesi di occupazione acquisitiva e usurpativa²³, destando non poche criticità in quanto, a differenza dell'occupazione acquisitiva, l'occupazione usurpativa è stata da sempre contestata per la mancanza *ab origine* di una dichiarazione di pubblica utilità²⁴, quale primigenia garanzia dell'interesse del cittadino a tutela del proprio diritto di proprietà.

La norma contemplava due ipotesi di acquisizione sanante, la c.d. acquisizione provvedimentoale e giudiziaria.

Per il tramite dell'acquisizione provvedimentoale la pubblica amministrazione emanava un provvedimento formale a valle, cioè sostitutivo dell'intero *iter* procedimentale espropriativo del TU, che sanava *ex tunc* la situazione cristallizzata dal comportamento della pubblica amministrazione *ab origine* illecito²⁵.

A tale forma di acquisizione il legislatore aveva previsto una forma di occupazione c.d. giudiziaria con cui la pubblica amministrazione, in caso di impugnazione di un provvedimento di acquisizione *ex art. 43 T.U.* o in presenza di una domanda di restituzione del bene, poteva chiedere al giudice amministrativo, tramite eccezione processuale, di escludere la restituzione del bene e di condannarla al risarcimento del danno per equivalente. Per il tramite di tale eccezione processuale si permetteva alla pubblica amministrazione di neutralizzare la domanda di restituzione.

Tale forma di acquisizione sanante palesò criticità e frizioni con quanto richiesto espressamente dalla giurisprudenza sovranazionale in punto di rispetto del principio di legalità sostanziale e procedurale.

²² Cfr. S. RAIMONDI, *Dall'occupazione senza titolo alla nuova occupazione provvedimentoale del TU n. 327 del 2001*, in *Foro amm. Tar*, 2004, n.3, pp. 998-1007.

²³ Cfr. F. GOGGIAMANI, *Le vie di difesa del proprietario di un bene illegittimamente occupato al vaglio del principio di effettività della tutela*, in *Foro amm.*, Tar, 2010, I, p.2340, parla di «colabrodo giuridico».

²⁴ In tal senso la stessa giurisprudenza *ex multis* Cass. civ., Sez. I, n.1080 del 25.01.2012, in Ced, Cassazione, 2012, secondo cui «in mancanza di dichiarazione di pubblica utilità, la quale è necessaria per attribuire all'attività manipolativa dell'immobile altrui un vincolo di scopo in vista del trasferimento coattivo del medesimo mediante espropriazione, la mera attività manipolatrice di tale immobile che ne comporta l'inserimento in un nuovo e inscindibile contesto (...) costituisce illecito comune e non occupazione espropriativa, non essendo sufficiente ad attrarre il fondo privato nella disciplina giuridica dei beni pubblici».

²⁵ Secondo la giurisprudenza amministrativa (Ad. gen. Parere n. 4/2001) l'art. 43 TU «introduce nel sistema un istituto che consente all'amministrazione di acquisire, mediante titolo giuridico, l'opera pubblica realizzata in un primo tempo in assenza del valido decreto di esproprio; l'illecito aquiliano (che si ha nel caso di occupazione senza titolo) viene meno al momento dell'emanazione dell'atto di acquisizione».

Per il tramite di tale disposizione il legislatore si limitava a trascrivere in legge i presupposti di operatività dei fenomeni di creazione pretoria²⁶, cui si aggiungeva la possibilità del trasferimento del diritto di proprietà in base a provvedimento giurisdizionale.

Emersero sin dall'inizio dell'entrata in vigore della norma opzioni interpretative tendenti a criticare la formulazione della disposizione in esame.

In primis la norma sembrava limitarsi a prevedere le due forme di occupazione abusiva e a correggerle di un substrato legislativo che permettesse di considerarle legittime in ossequio alle osservazioni della giurisprudenza sovranazionale. Il legislatore si limitò ad aderire alle considerazioni concernenti la necessità di dotare di una base legale il fenomeno delle occupazioni abusive, senza tener conto del perseverare di illegittimità del fenomeno, il quale risultava ancora legittimato anche in assenza di un procedimento espropriativo predeterminato a garanzia del privato.

In altri termini, si dotava di base legale un fenomeno che appariva in violazione con il principio di legalità procedurale convenzionale, il quale richiede che il procedimento espropriativo si espliciti nel rispetto di norme di legge e per il tramite di un formale provvedimento amministrativo conclusivo di un procedimento predeterminato.

Alla luce di tali coordinate ermeneutiche si legge l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 43 T.U. sollevata dal Tar Campania (ordinanze n.114,115 e 116 del 2009) con particolare riguardo agli artt. 3, 24, 42, 97 e 113 Cost. Per il tramite di tali eccezioni si evidenzia come l'istituto di cui all'art. 43 T.U. «avrebbe assunto la natura di strumento ordinario, attraverso il quale si legalizza l'illegale»²⁷.

²⁶ In questi termini cfr. N. PAOLETTI – A. MARI, *Occupazione appropriativa e nuovo testo unico in materia di espropriazione*, in *Riv. Amm.*, 2001, p. 558, secondo cui «in realtà, ci si trovi di fronte ad un nuovo istituto, altrettanto, se non maggiormente, aberrante della stessa accessione invertita: in altri termini, un'accessione invertita sotto mentite spoglie che suscita molte perplessità in ordine alla sua conformità a tutta una serie di superiori principi generali sia nazionali che internazionali».

²⁷ La stessa dottrina evidenziava la possibilità che per il tramite di tale meccanismo si garantisse una possibilità alla amministrazione di trovare una via legale di uscita dalla situazione di illegittimità nella quale si trovava S. SALVAGO, *(Prima) declaratoria di incostituzionalità per la c.d. acquisizione coattiva sanante*, in *Giust. civile*, 2011, n.2, p. 305; v. F. REGA, *Forme (vecchie e nuove) di acquisizione al patrimonio indisponibile di beni privati utilizzati per scopi di interesse pubblico*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p.244. Ancora S. BENINI, *L'occupazione appropriativa è proprio da epurare?*, in *Foro It.*, 2002, I, p. 2598 e ss., in nota a Cass. sez. I, 29 agosto 2002, n. 12650, parla di «legalizzazione dell'illegale». Cfr. P. LORO, *Il testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità*, Napoli, 2003, p. 125, secondo cui «l'accertamento, da parte dell'autorità competente, che il trasferimento coattivo del diritto del privato risponde ad un pubblico interesse non è più necessariamente preventivo ad una condotta legittima, ma anche successivo ad una condotta illegittima. E tanto basta a consentire l'oblazione». *Contra* A. GAMBARO, *Occupazione acquisitiva*, in *Enc. Dir.*, agg. IV, Milano, 2000, p.857, il quale sostiene che la contestazione di collegare l'acquisto del diritto di proprietà ad un fatto illecito «non appare ben coordinato, né con la disciplina generale dell'accessione, né con la teoria dei modi di acquisto della proprietà a titolo originario, molti dei quali, in effetti, contemplanò un potenziale fatto illecito tra i propri elementi costitutivi. La ripugnanza ad ammettere che un atto illecito possa collocarsi all'origine di una vicenda acquisitiva del diritto dominicale non ha quindi ragion d'essere specie in un sistema come il nostro che, eliminando l'azione di rivendicazione delle cose smarrite o rubate, ha mostrato di voler elevare a criterio generale l'irrilevanza della qualificazione lecito/illecito nel sistema della circolazione della proprietà».

Sulla questione di legittimità costituzionale si è espressa la Corte Cost. 08.10.2010 n. 293, la quale ha disposto la illegittimità costituzionale dell'art. 43 T.U. per violazione art. 76 Cost., in quanto la legge delega aveva conferito al legislatore delegato il potere di provvedere solo ad un ordinamento formale delle disposizioni vigenti, mentre l'art. 43 T.U. è connotato da novità e quindi dal vizio di eccesso di delega²⁸.

Secondo la Corte Cost. «nel regime risultante dalla norma impugnata (...) si prevede un generalizzato potere di sanatoria, attribuito alla stessa amministrazione che ha commesso l'illecito (...) non è poi 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».

Il vizio di eccesso di delega si ravvisa nella non sovrapponibilità *in toto* dell'istituto di cui all'art. 43 T.U. alle figure dell'occupazione usurpativa e acquisitiva che invece doveva disciplinare, ma presenta elementi di novità.

La Consulta aggiunge che «la norma in esame non solo è marcatamente innovativa rispetto al contesto normativo positivo di cui si era consentito un mero riordino, ma neppure coerente con quegli orientamenti di giurisprudenza che, in via interpretativa, erano riusciti a porre un certo rimedio ad alcune patologie emerse nel corso dei procedimenti espropriativi».

Cassare dal T.U. l'art. 43, in altri termini, rispondeva alla *ratio* di evitare che, per il tramite del mero inserimento formale di una disposizione di legge che espressamente lo disciplinava, il fenomeno delle occupazioni usurpative continuasse a trovare legittimazione²⁹.

All'eliminazione dell'art. 43 T.U. ha fatto seguito l'inserimento nel corpo del d.pr. 327 del 2001 dell'art.42 bis³⁰.

Non può non evidenziarsi come tale disposizione avrebbe dovuto superare le critiche palesate con riferimento alla precedente formulazione dell'art. 43. In realtà, ancora una volta, il legislatore sembra aver

²⁸ Sulla violazione dell'art. 76 per eccesso di delega, di cui *supra*, G. M. MARENGHI, *La nuova disciplina dell'acquisizione sanante*, in *Giorn. Dir. amm.*, 12, 2011, p. 1360, ritiene che le motivazioni della sentenza «siano state interpretate in modo strumentale dal legislatore che si è soffermato unicamente sui profili di illegittimità formale denunciati. La bocciatura per eccesso di delega è stata arbitrariamente letta come l'espressione di un mero scrutinio di legittimità, imperniato unicamente sull'ampiezza del potere normativo riconoscibile al legislatore delegato e disancorato ad una valutazione della compatibilità della norma con i principi costituzionali che tutelano la proprietà privata».

²⁹ Cfr. V. CARBONE, *Il nuovo tu in materia di espropriazione: scompare l'occupazione appropriativa?*, in *Corr. Giur.*, 2001, 10, p. 1265, secondo cui il Governo non ha eliminato l'occupazione appropriativa ma si è limitato a disciplinarlo con diversa denominazione.

³⁰ Rif. espressione «legge – tappo» ripresa da A. M. SANDULLI, *In vista della seconda “legge – tappo”*, in *Riv. Giur.*, Ed.1973, II, p.21, riferita alla l. n. 1187/1969 sulla durata quinquennale dei vincoli urbanistici. Cfr. A. GAMBARO, *Occupazione acquisitiva*, in *Enc. Dir.*, agg. IV, Milano, 2000, p.854, il quale afferma, con riferimento all'accessione invertita, che l'istituto è intervenuto per risolvere «un garbuglio dovuto ad un disordinato accavallarsi di leggi in materia di procedimento di espropriazione», allo stesso modo può dirsi per l'art. 42 bis T.U.

adottato un approccio formalistico e non sostanziale alla questione della conformità della norma ai principi dichiarati dalla giurisprudenza sovranazionale.

È alla luce di tali riflessioni che gli interpreti si sono domandati circa la reale effettiva portata modificativa del disposto dell'art. 42 bis T.U. rispetto al precedente istituto dell'acquisizione sanante.

L'art. 42 bis è rubricato "Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico" ed è istituto che evita la restituzione del bene al privato con una sorta di c.d. procedimento espropriativo semplificato, che assorbe in sé dichiarazione di pubblica utilità e decreto di esproprio.

La disposizione in esame si conforma alla precedente in quanto considera entrambe le ipotesi di occupazione illegittima del fondo usurpativa o acquisitiva³¹.

Si tratta di una forma di c.d. espropriazione invertita. Per il tramite di tale strumento la pubblica amministrazione che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, valutati gli interessi in conflitto, può disporre che esso sia acquisito non retroattivamente al suo patrimonio indisponibile, con corresponsione di un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del 10% del valore venale del bene.

È esclusa l'ipotesi di occupazione giudiziaria, la quale creava le maggiori frizioni con quanto statuito a livello sovranazionale.

Per quanto riguarda l'effettiva portata innovativa della disposizione è necessario preliminarmente operare una disamina della fattispecie.

In primis la norma prevede espressamente la non retroattività ed in tal modo permette di escludere le criticità evidenziate dalla disposizione precedente che prevedeva una sanatoria con effetti *ex tunc* di un comportamento illecito della pubblica amministrazione *ab origine*. L'acquisto della proprietà avviene *ex nunc* solo al momento dell'emanazione dell'atto di acquisizione e ciò impedisce l'utilizzo dell'istituto in presenza di un giudicato che abbia già disposto la restituzione del bene al privato.

L'onere motivazionale³² è rafforzato in quanto devono essere indicate specificamente le attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che giustificano l'emanazione del provvedimento, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati, nonché l'assenza di ragionevoli alternative alla sua emanazione.

Il ristoro è composito³³, ossia sia il risarcimento del danno nel periodo *ante* adozione del provvedimento, sia indennizzo *post* emanazione del provvedimento. Tale previsione è conforme alla considerazione

³¹ M. ANTONIOL, *L'art. 42 bis dpr 327 2001, la nuova acquisizione coattiva sanante*, Padova, 2011, p.69, afferma che l'art. 42 bis «svaluta la distinzione» tra occupazione acquisitiva e usurpativa.

³² Definito «a dir poco pedante» secondo M. MORELLI, *Il nuovo art. 42 bis del d.p.r. n.327 2001*, in *Lexitalia.it*, 7-8 2011.

³³ Definito secondo G. RICCHIUTO, *L'art. 42 bis del tu espropriazione sotto i riflettori della giurisprudenza amministrativa*, in *Nuovo dir. amm.*, 2012, I, p. 77, «doppio indennizzo», con riferimento al danno patrimoniale e non patrimoniale.

secondo cui la fase antecedente all’emanazione del provvedimento rimane illecita, e quindi produce un risarcimento del danno, mentre la fase successiva, invece, comporta il sorgere di un diritto all’indennizzo. In tal senso si ottempera a quanto paventato dalla giurisprudenza precedente che temeva il rischio di legalizzare un fenomeno illecito, in quanto spetta comunque al privato il diritto al risarcimento del danno per il periodo precedente al provvedimento di acquisizione.

Nonostante le argomentazioni a favore dell’ammissibilità della norma, le S.U. Cass. ord. 2014 n.441 ritiene non compatibile il disposto normativo con la Cost. in quanto dalla previsione dell’art. 42 T.U. si continua a legittimare un’occupazione che manca *ab initio* del suo presupposto legittimante, ovvero la dichiarazione di pubblica utilità.

Secondo la Cassazione «tali atti successivi non sono idonei ad eliminare l’illegittimità del primo atto», ossia l’inizio di un procedimento espropriativo manchevole della dichiarazione anzidetata.

Secondo la giurisprudenza la previsione di cui all’art. 42 bis T.U. continua ad apparire in contraddizione con l’evoluzione giurisprudenziale e dottrinale tesa a eliminare l’operatività di fenomeni, in particolare l’occupazione usurpativa. La portata applicativa della norma è così ampia da riconoscersi l’operatività dell’istituto di acquisizione sanante anche nel caso in cui manchi *ab origine* la dichiarazione di pubblica utilità³⁴.

Si evidenzia altresì come, per il tramite della disposizione in esame, sembra riconoscersi alla pubblica amministrazione la facoltà di mutare titolo e ambito della propria responsabilità, nonché il tipo di indennizzo, tant’è che espressamente la Cass. denuncia che «il fatto illecito non può mutare natura e divenire giusto per effetto dell’autotutela amministrativa»³⁵.

In sintesi, quindi, la Cassazione valorizza la perdurante mancanza della dichiarazione di pubblica utilità che rende illegittimo ogni atto successivo, e quindi il protrarsi della lesione del principio di legalità così come declinato dalla giurisprudenza sovranazionale³⁶. Si aggiunga che il riferimento alla “valutazione degli

³⁴ Secondo R. CONTI, *L’acquisizione sanante resuscitata: art. 42 bis TU espropriazione*, in *Urb. e app.*, 2012, 7, p.736, il «punctum crucis» dell’art. 42 bis è considerare indifferente che vi sia o meno la dichiarazione di pubblica utilità, di conseguenza ritenendo ammissibile l’operatività dell’istituto anche qualora manchi *ab origine* la predeterminazione degli interessi pubblici cui è vincolato l’agire della PA (e quindi, di riflesso, ritenere l’operante l’istituto anche in ipotesi di occupazione usurpativa).

³⁵ Cfr. C. PUNZO, *Mutata la forma, la sostanza è la stessa? Commento a caldo al nuovo art. 42 bis del testo unico sulle espropriazioni introdotto dal dl n 98 del 6 luglio 2011*, in www.neldiritto.it, il quale si chiede se «sia bastato mutare la conseguenza (indennizzo piuttosto che risarcimento) di un comportamento illecito della pa per renderlo conforme a legge».

³⁶ Secondo l’ordinanza interlocutoria n.442 del 13.01.2014 delle S.U. Civ. Cass. «la legalizzazione dell’illegale non è conclusivamente consentita dalla giurisprudenza di Strasburgo neppure ad una norma di legge, né tanto meno ad un provvedimento amministrativo di essa attuativo, quale è quello che disponga l’acquisizione sanante».

interessi in conflitti³⁷ risulta eccessivamente vago e aleatorio³⁸, lasciato cioè ad un apprezzamento di ampia discrezionalità dell'autorità espropriante, senza alcun riferimento a parametri cui tale valutazione debba essere ancorata.

Sulla questione di legittimità costituzionale si è espressa la Corte Cost. n. 71 del 30.05.2015 la quale ha riconosciuto la legittimità costituzionale dell'occupazione provvedimento così come disciplinata all'art. 42 bis T.U.

Alla luce di quanto osservato dalla Suprema Corte, tale istituto prevede un procedimento espropriativo semplificato, eccezionale, in cui il provvedimento di acquisizione sanante della pubblica amministrazione «assorbe in sé la dichiarazione di pubblica utilità, sia il decreto di esproprio, e, quindi, sintetizza *uno actu* lo svolgimento dell'intero procedimento, in presenza dei presupposti stabiliti dalla legge».

L'iter delineato dall'art. 42 bis T.U. si considera, quindi, procedimento ablatorio *sui generis*³⁹ «semplificato nelle forme ma complesso negli esiti», che «sostituisce il regolare procedimento amministrativo».

Gli indici di legittimità della normativa sono individuati dalla Consulta nella previsione della irretroattività dell'effetto sanante, dell'obbligo motivazionale rafforzato, della previsione dell'indennizzo sia per il pregiudizio patrimoniale (pari al valore venale del bene) che per il pregiudizio non patrimoniale (pari al 10% del valore venale del bene), del passaggio di proprietà ancorato alla condizione sospensiva del pagamento delle somme dovute.

Secondo la Corte Cost. «l'adozione dell'atto acquisitivo, con effetti non retroattivi, è certamente espressione di un potere attribuito appositamente dalla norma impugnata alla stessa pubblica amministrazione. Con l'adozione di tale atto, quest'ultima riprende a muoversi nell'alveo della legalità amministrativa, esercitando una funzione amministrativa ritenuta meritevole di tutela privilegiata, in funzione degli scopi di pubblica utilità perseguiti, sebbene emersi successivamente alla commissione di un illecito ai danni del privato cittadino».

La legittimazione della posizione privilegiata alla pubblica autorità permette di escludere la violazione dell'art. 3 Cost. paventata dalla Cassazione.

A tali considerazioni legittimanti l'istituto di cui all'art. 42 bis T.U. si aggiunge l'esclusione della possibilità (prevista dall'art. 43 T.U. in precedenza) della c.d. acquisizione in via giudiziaria, in virtù della quale l'acquisizione del bene in favore della pubblica autorità poteva realizzarsi anche per effetto della pronuncia del giudice volta a paralizzare l'azione restitutoria proposta dal privato.

³⁷ Secondo Cass. n. 441/2014, cit., «l'art. 42 bis, prescindendo dalla dichiarazione di pubblica utilità, autorizza l'espropriazione sostanziale in assenza di una predeterminazione dei motivi di interesse generale che dovrebbero giustificare il sacrificio del diritto di proprietà».

³⁸ Espressione eccessivamente vaga e indefinita secondo R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva*, op. cit., p. 619.

³⁹ In questi termini si è espressa Ad. Plen. n.2/2016.

6. L'attuale disciplina di cui all'art. 42 bis T.U. e la questione circa l'ammissibilità della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà: la soluzione dell'Ad. Plen. n. 2 e n. 4 del 2020

L'istituto della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà è espediente ermeneutico creato dagli interpreti per tutelare il privato dinanzi ad una forma espropriativa c.d. indiretta, in quanto accadeva che costui, di fronte a forma di occupazione illegittima e senza adozione del provvedimento di acquisizione sanante, azionava domanda risarcitoria per equivalente chiedendo i danni per il risarcimento del danno da perdita del bene.

Si riteneva, in sintesi, che nella domanda risarcitoria per equivalente avanzata dal privato fosse implicita la rinuncia abdicativa al suo diritto di proprietà, in quanto non più interessato al mantenimento della titolarità del diritto ma spinto all'ottenimento del risarcimento del danno.

Gli interpreti, quindi, consideravano implicita alla domanda di risarcimento del danno avanzata dal privato la rinuncia al suo diritto di proprietà, in tal modo temperando, da un lato, l'interesse del privato al mero ottenimento del risarcimento e, dall'altro, l'interesse della pubblica autorità ad ottenere la titolarità formale del diritto, mantenendo l'occupazione della *res*⁴⁰.

L'inammissibilità iniziale di tale istituto era paventata da coloro che ritenevano la domanda inammissibile in quanto la pubblica autorità aveva solo il possesso del bene ma non la proprietà, in quanto il trasferimento della proprietà non poteva realizzarsi per *facta concludentia* (in questo caso, con il comportamento dell'irreversibile trasformazione del bene).

Tali considerazioni trovano conferma nella disciplina civilistica, la quale statuisce il principio della tipicità dei modi di acquisto della proprietà e della tipicità e tassatività dei diritti reali⁴¹, costituenti cioè un *numerus clausus*.

Con l'ammissibilità della implicita rinuncia abdicativa al diritto di proprietà, in sintesi, si sarebbe previsto un modo di acquisto della proprietà a carattere pubblicistico privo di base legale.

La stessa Corte Europea ha sottolineato come la proprietà del bene possa essere perduta solo in base a legittimo procedimento espropriativo, altrimenti non si configura alcuna perdita del diritto di proprietà.

La domanda di risarcimento del danno per equivalente per la perdita della proprietà del bene risultava

⁴⁰ Sul punto v. G. ARIEMMA, *Occupazioni sine titulo e tutela del privato: l'ammissibilità della rinuncia abdicativa in materia di espropriazione per pubblica utilità*, in *Istituzioni diritto ed economia*, Anno II, n. 2 2020, pp. 256 e ss., secondo cui «si pone la necessità di capire se tra le cause di estinzione del fatto illecito perpetrato dalla p.a. sia possibile collocare, oltre agli strumenti pacifici della restituzione del fondo, della conclusione di un contratto traslativo e del procedimento ex art. 42 bis T.U. Espr., anche l'istituto civilistico della rinuncia abdicativa, cui il privato potrebbe ricorrere nell'ipotesi in cui non abbia interesse alla restituzione del bene, ormai trasformato, e la p.a. utilizzatrice del bene non addivenga alla adozione del provvedimento di acquisizione».

⁴¹ Cfr. R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva*, *op. cit.*, p. 126, il quale si chiede come tale opzione possa «conciliarsi rispetto al principio del *numerus clausus* dei modi di acquisto della proprietà se appunto si considera a monte che non vi è alcun interesse pubblico perseguito dalla amministrazione, (...) mancando una valida dichiarazione di pubblica utilità».

inammissibile, quindi, perché mancava il presupposto *ab origine* della perdita del diritto di proprietà sul bene del privato.

La rinuncia abdicativa si definisce, in un'accezione minima, quale negozio unilaterale dismissivo a carattere non recettizio che ha il fine di consentire al titolare del bene di spogliarsi dello stesso, senza trasferirlo ad altri. In questi termini si considera rinuncia abdicativa e non traslativa.

La giurisprudenza della Cass. S.U. 19.01.2015 n. 735 aderì all'orientamento dell'ammissibilità della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà. Secondo la Cassazione sussistono sufficienti elementi tangibili che consentono in maniera inequivoca di individuare un comportamento incompatibile con il mantenimento del diritto di proprietà⁴². In definitiva, la proposizione della domanda di risarcimento del danno per equivalente è il modo che rappresenta inequivoca volontà incompatibile con il mantenere il bene presso di sé.

In tal senso in questa pronuncia le S.U. riconobbero al privato la possibilità di domandare risarcimento del danno per equivalente con implicita rinuncia al diritto di proprietà, considerando per danni non la perdita della proprietà ma la perdita delle utilità ricavabili dal terreno. Si considerò quindi implicita la rinuncia al diritto di proprietà per mancanza di interesse al mantenimento della *res*.

L'orientamento favorevole all'ammissibilità dell'istituto si fonda su una ricostruzione sistematica dell'impianto civilistico costellato da norme a sostegno della configurabilità di una rinuncia abdicativa al diritto di proprietà. Tali disposizioni si rinvergono all'art. 827 c.c., che implicitamente ammette immobili acefali, all'art. 2643 n.5 c.c., che prevede la trascrizione rinunce al diritto di proprietà, all'art. 118 comma 2 c.c. in tema di condominio. In definitiva, sono numerose le norme che prevedono la possibilità di dismettere il diritto di proprietà.

Dalle coordinate ermeneutiche evidenziate, quindi, nella normativa civilistica si ricava *a contrario* dalle singole ipotesi evidenziate una generale possibilità di attuazione del negozio dismissivo, pur non previsto da una generale norma espressa.

In aggiunta a tale argomento sistematico – letterale, l'orientamento favorevole evidenzia altresì un argomento teologico – funzionale, nel senso che una rinuncia implicita al diritto di proprietà in seno ad una domanda di risarcimento del danno per equivalente permetterebbe di valorizzare il principio della

⁴² Dalle S.U. cit. si legge espressamente che «il privato ha diritto a chiederne la restituzione, salvo non decida di abdicare al suo diritto e chiedere il risarcimento del danno per equivalente». *Ex multis* Cass. Civ. Sez. I, 03.10.2018 n.24101, secondo cui «nelle occupazioni illegittime lo spossessamento del privato da parte della p.a. ha natura di illecito permanente che viene a cessare per effetto, oltre che della restituzione del terreno, di un accordo transattivo, della compiuta usucapione da parte dell'occupante che lo ha trasformato, della rinuncia del proprietario al suo diritto che è implicita nella richiesta di risarcimento dei danni per equivalente».

concentrazione delle tutele di cui all'art. 111 Cost., in quanto permetterebbe al privato di adire direttamente al giudice amministrativo facendo valere una pretesa di competenza del giudice ordinario.

A tale orientamento si conforma l'Ad. Plen. n. 2/2016 (punto 5.3 della motivazione) la quale ritiene ammissibile, seppur in via incidentale alla questione in oggetto, la rinuncia abdicativa da parte del proprietario ricostruita in questi termini.

L'orientamento favorevole all'ammissibilità della rinuncia abdicativa trova altresì conferma in una *ratio* di favore per il privato, consentendogli di dismettere il bene nei casi in cui non abbia più interesse al mantenimento dello stesso.

Con l'Ad. Plen. n. 2 e n. 4 del 2020, in controtendenza rispetto all'orientamento maggioritario della giurisprudenza amministrativa e civilista, si afferma l'inammissibilità dell'istituto della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà implicito nella domanda di risarcimento del danno per equivalente del privato.

A sostegno dell'inammissibilità l'Ad. Plen. ricostruisce una serie di argomenti.

In primis, la teoria dell'ammissibilità non spiega in che modo si realizzi la vicenda traslativa in capo all'autorità espropriante, in quanto l'art. 827 c.c., norma richiamata a sostegno dell'ammissibilità, prevede il trasferimento in capo allo Stato e non all'autorità espropriante, la quale dovrebbe acquisire il bene *ex* art. 42 bis T.U.

Alla luce di tale considerazione l'Ad. Plen. n. 2 del 2020 considera artificiosa e inconcludente la soluzione proposta dall'istituto della rinuncia abdicativa, non idonea cioè a spiegare il fenomeno dell'effetto estintivo del diritto di proprietà in capo al privato e conseguentemente dell'acquisto a titolo originario in capo alla pubblica amministrazione occupante.

Tali coordinate ermeneutiche si ricavano espressamente dai *dictat* dell'Ad. Plen. n. 4 del 2020, secondo cui «la trasposizione della figura negoziale della rinuncia abdicativa dall'ambito privatistico al settore dell'espropriazione per pubblica utilità (...) genera un'irrazionalità amministrativa di tipo funzionale, in quanto lascia 'aperta' e irrisolta la questione dell'effetto acquisitivo in capo alla pubblica amministrazione; non è mai stata fornita una soluzione certa e univoca in ordine all'individuazione del *titulus* e del *modus acquirendi* del diritto di proprietà in capo all'amministrazione occupante obbligata al risarcimento dei danni».

Sul punto si avalla l'interpretazione contraria all'ammissibilità della rinuncia abdicativa nella materia delle espropriazioni in quanto rispetto alle ipotesi richiamate dal c.c. la proprietà non rimane priva di titolare ma, ad esempio, si riespande la proprietà di altri soggetti.

Per quanto concerne il fenomeno *in subiecta materia*, invece, non risulta sufficientemente argomentato e spiegato l'*iter* affinché dal negozio dismissivo del privato si realizzi l'effetto traslativo della *res* in capo alla pubblica amministrazione occupante.

In secundis, la rinuncia non può essere considerato atto “implicito” alla domanda di risarcimento del danno per equivalente perché non ne gode delle caratteristiche essenziali. La teoria degli atti impliciti riguarda solo i provvedimenti amministrativi e non gli atti del privato, e l’atto implicito è tale se si desume inequivocabilmente da altro atto che sia espressamente emanato dall’autorità competente. Dalla domanda di risarcimento per equivalente non può dirsi desunta inequivocabilmente la volontà di rinunciare al diritto di proprietà.

In definitiva, quindi, la teoria degli atti impliciti è stata elaborata con riferimento agli atti amministrativi e non gli atti del privato, e si aggiunga che, ove anche si ammettesse l’operatività della stessa, non risultano gli inequivocabili indici della volontà del privato ad abdicare al proprio diritto.

In ultimo, quale argomento predominante, l’Ad. Plen. n. 2 del 2020 sottolinea come la teoria della rinuncia implicita al diritto di proprietà sia del tutto priva di base legale, in aperta violazione con l’art. 42 Cost. che invece prevede un principio di legalità imperante⁴³.

Il *punctum crucis* della questione, in sintesi, è «che la rinuncia abdicativa non si salda all’acquisizione da parte dello Stato ex art. 827 c.c. Le due sequenze non si congiungono; la traslazione non si conclude. E si ha buon gioco a dire, allora, che la rinuncia abdicativa non è in grado di fornire la base legale all’acquisizione da parte della pubblica amministrazione»⁴⁴.

Dalla disamina delle argomentazioni evidenziate emerge che ove si ammettesse tale rinuncia si finirebbe per confrontarsi con gli stessi problemi provocati dall’occupazione appropriativa, perché si arriverebbe al trasferimento di un bene in base ad un meccanismo di fatto, ovvero con la dismissione di un diritto priva di base legale.

Tale riflessione trova conferma nel fatto che l’occupazione giudiziaria sia stata giudicata illegittima proprio perché consentiva al giudice di decidere le sorti del bene in assenza di provvedimento espresso della pubblica amministrazione⁴⁵.

⁴³ Cfr. in tema E. AMANTE, *L’Adunanza plenaria espunge la rinuncia abdicativa implicita dall’acquisizione sanante*, in *Urb. e app.*, n.3/2020, p. 370, secondo cui «in altri termini, non sussiste norma di diritto positivo, né – invero – argomento logico, in forza del quale desumere da una richiesta di ristoro del danno anche la rinuncia al diritto soggettivo che si assume leso (...) in breve, equiparare la domanda risarcitoria ad una rinuncia costituisce una *fiction iuris* priva di fondamento legale».

⁴⁴ Emblematica la ricostruzione, in questi termini, di C. BONA – R. PARDOLESI, *Rinunzia abdicativa, abdicazione dalla giustizia?* (nota a *Cons. stato, ad. plen.*, 20 gennaio 2020, nn. 4 e 2, in *Foro it.*, n.3/2020, p. 170).

⁴⁵ A conferma di ciò Ad. Plen n. 4 del 2020 sottolinea che, nel caso si ritenesse ammissibile la rinuncia abdicativa al diritto di proprietà per il venir meno dell’interesse del proprietario al diritto di cui è titolare, «s’imporrebbe la necessità di (spesso complessi) accertamenti giudiziari sul grado di trasformazione del fondo idoneo a giustificare l’atto abdicativo, dall’esito per definizione incerto, con la conseguente introduzione, sotto diversa veste, dell’acquisizione giudiziaria già prevista nel pregresso art. 43 d.P.R. n. 327 del 2001 ed espunta dall’ordinamento per le criticità che la connotavano».

In questo caso la deriva patologica della normativa è ancor più evidente, in quanto le sorti del bene le deciderebbe il privato⁴⁶ per il tramite di un atto implicito privo di base legale, con il rischio di riconoscergli «un abnorme potere di determinare in via unilaterale e, soprattutto, non necessariamente prevedibile l'andamento della procedura e le sorti del bene occupato»⁴⁷.

L'Ad. plen. n.2 del 20.01.2020, in definitiva, enuncia il seguente principio di diritto: «per le fattispecie disciplinate dal 42 bis TUES, l'illecito permanente dell'autorità viene meno nei casi da esso previsti (acquisizione del bene o la sua restituzione) (...) la rinuncia abdicativa non può essere ravvisata».

In particolare «la rinuncia abdicativa non costituisce uno dei casi previsti dalla legge. Anzi, in una certa prospettiva, sembra richiamare (...) l'ormai tramontato istituto dell'occupazione acquisitiva, di cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha evidenziato la contrarietà alla Convenzione Europea (...) l'istituto della rinuncia abdicativa, di chiara matrice pretoria, finirebbe per presentare gli stessi problemi e dubbi interpretativi entrando in eliminabile tensione con i principi enunciati dalla Corte Europea e con le garanzie apprestate al diritto di proprietà dalla nostra Carta Costituzionale».

A tale impostazione si conforma l'Ad. Plen. n. 4 del 2020 la quale statuisce che «per le fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 42 bis d.P.R. n. 327 del 2001, la rinuncia abdicativa del proprietario del bene occupato *sine titulo* dalla pubblica amministrazione (...) non costituisce causa di cessazione dell'illecito permanente dell'occupazione *sine titulo*», in quanto «la disciplina del procedimento espropriativo speciale ex art. 42 – bis d.P.R. n. 327 del 2001 regola, in modo tipico, esaustivo e tassativo, il procedimento di (ri)composizione del contrasto tra l'interesse privato del proprietario e l'interesse generale cui è preordinata l'acquisizione del bene alla mano pubblica comportante la cessazione dell'illecito permanente».

La rinuncia abdicativa al diritto di proprietà, in definitiva, appare un istituto coniato dagli interpreti totalmente difforme ai *dictat* della Corte Eu in punto di conformità al principio di legalità convenzionale, in quanto manca una espressa base legale che lo legittimi e comporta il riconoscimento del diritto di

⁴⁶ Emblematica è la ricostruzione dell'Ad. plen. n. 2 del 2020 la quale espressamente dichiara che «la scelta, di acquisizione del bene o della sua restituzione, va effettuata esclusivamente dall'autorità (...) in sede di giurisdizione di legittimità, né il giudice amministrativo né il proprietario possono sostituire le proprie valutazioni a quelle attribuite alla competenza e alle responsabilità dell'autorità individuata dall'art. 42 bis». V. sul punto A. DI CAGNO, *La rinuncia abdicativa in favore dell'amministrazione nell'ambito delle occupazioni illegittime, in Urb. e app.*, n. 1/2020, p. 112, secondo cui «la scelta pertanto non può spettare al singolo e una diversa interpretazione sarebbe evidentemente “contra legem” (...) se si riconoscesse al privato la facoltà di abdicare al proprio diritto, si annullerebbe la sfera di discrezionalità che la legge espressamente riserva alla sola amministrazione, nel valutare se acquistare il bene o restituirlo».

⁴⁷ Emblematica la riflessione di T.A.R. Torino 28.03.2018 n.368 che, avallando la tesi negativa circa l'ammissibilità della rinuncia abdicativa alla proprietà nei termini esposti, sottolinea come «si tratterebbe di un potere squilibrato: foriero di gravi danni per la amministrazione occupante, la quale ciò nonostante nulla di concreto potrebbe opporre per bloccarlo, stante gli effetti automatici *ex lege* che la rinuncia abdicativa produrrebbe».

proprietà in capo all'autorità espropriante in mancanza di un provvedimento formale ed espresso della pubblica amministrazione.

7. Considerazioni conclusive tra *favor* e spunti di criticità della soluzione della giurisprudenza amministrativa

È evidente come dal ragionamento dell'Ad. Plen. risulti una sorta di ritorno al passato, in quanto le stesse argomentazioni ad oggi evidenziate per l'inammissibilità dell'istituto della rinuncia abdicativa sono sovrapponibili a quanto denunciato dalla Corte Eu 2000.

L'ammissibilità della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà comporterebbe le stesse criticità paventate con riferimento alle forme di espropriazione c.d. indiretta, usurpativa e acquisitiva, in quanto manchevole di una base legale espressa e in contrasto con i principi di legalità convenzionale che richiedono la presenza, *in subiecta materia*, di una determinazione della pubblica amministrazione per il tramite di un formale ed espresso provvedimento.

In definitiva, la tutela del privato desumibile dall'istituto di cui all'art. 42 bis T.U. si considera sufficiente, effettiva ed esaustiva⁴⁸, ed in quanto tale non necessita dell'integrazione ad opera di fattispecie tipicamente civilistiche quale la rinuncia abdicativa al diritto di proprietà⁴⁹.

Si aggiunga che, ove la pubblica amministrazione non adempia all'obbligo di determinarsi al provvedimento ex art. 42 bis T.U., il privato potrà agire ex artt. 31 e 117 c.p.a. avverso il silenzio inadempimento. In altri termini, «la facoltà divisa dall'art. 42 bis per consentire alla pubblica amministrazione di acquisire legittimamente il bene, perché serve al soddisfacimento del pubblico interesse, diventa un potere – dovere che, in quanto tale, va attivato. La pubblica amministrazione, insomma, deve potersi esprimere»⁵⁰.

Sul punto si evidenziano le criticità paventate con riferimento al fatto che la soluzione avallata dall'Ad. Plen. in esame esclude *in nuce* la domanda di risarcimento del danno per equivalente correlata ad una

⁴⁸ Sul punto v. Ad. Plen. n. 4/2020 secondo cui l'art. 42 bis T.U. ha regolato «in modo tipico, esaustivo e tassativo il procedimento di ricomposizione del contrasto tra l'interesse privato del proprietario e l'interesse generale cui è preordinata l'acquisizione del bene alla mano pubblica comportante la cessazione dell'illecito permanente».

⁴⁹ Cfr. in tema G. ARIEMMA, *Occupazioni sine titulo e tutela del privato: l'ammissibilità della rinuncia abdicativa in materia di espropriazione per pubblica utilità*, *op. cit.*, p. 289, secondo cui «ad oggi, quindi, la tutela offerta al privato è riconosciuta dall'Adunanza plenaria come un tutela “celere, concentrata e definitiva” senza più alcuna necessità di ricorrere all'istituto della rinuncia abdicativa, che rimetterebbe alla determinazione unilaterale dello stesso, la decisione circa la sorte del bene. Può dirsi così rispettato quel principio di effettività della tutela proclamato a più riprese a livello costituzionale (art. 24), nazionale (art. 1 c.p.a.), e sovranazionale (art. 6 e 13 CEDU)». Sul punto v. altresì E. AMANTE, *L'Adunanza plenaria espunge la rinuncia abdicativa implicita dall'acquisizione sanante*, *op. cit.*, p. 369, secondo cui «la rinuncia abdicativa non viene oggi “ex professo” rinnegata (...) bensì sensibilmente circoscritta nell'ambito di operatività».

⁵⁰ In tal senso C. BONA – R. PARDOLESI, *Rinuncia abdicativa, abdicazione dalla giustizia? (nota a Cons. stato, ad. plen., 20 gennaio 2020)*, *op. cit.*, p. 171.

implicita rinuncia al diritto di proprietà del privato, da cui deriva che al privato appare offerta una tutela «se ed in quanto lo stesso si attivi per realizzare l'interesse pubblico che la stessa pubblica amministrazione trascura e che il giudicante individua come prioritario»⁵¹.

In particolare, si avalla quella concezione di sistema “chiuso e autosufficiente” dell'art. 42 bis T.U. così come paventato dall'ordinanza di rimessione in esame; è dalla natura “chiusa” dell'art. 42 bis T.U. che si attribuisce alla sola pubblica amministrazione la scelta circa l'*an* dell'acquisizione sanante o della restituzione⁵².

Per quanto concerne il *dictum* dell'Ad. plen., è bene sottolineare come la stessa si preoccupi di limitare l'inammissibilità della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà alla materia espropriativa, non estendendo tale considerazione nella prospettiva generalizzata dell'istituto dal punto di vista civilistico⁵³.

L'espropriazione per pubblica utilità, infatti, sottende un principio di legalità immanente e rafforzato, il quale postula un approccio rigoroso rispetto a qualsiasi intervento manipolativo che realizzi un effetto ablativo della proprietà privo di base legale, qual è il caso in esame.

Alla soluzione prospettata dall'Ad. Plen. sulla questione in esame non mancano criticità paventate con riferimento al fatto che si tratterebbe di una composizione della disamina sbilanciata a favore della pubblica amministrazione, la quale assurge ad unico soggetto detentore del potere di decidere discrezionalmente le sorti del bene oggetto del proprio illecito⁵⁴.

Non può non evidenziarsi come, rispetto a tale soluzione tranciante, il privato che abbia sofferto un'usurpazione si troverebbe a subire rimedi la cui titolarità è riconosciuta alla pubblica amministrazione

⁵¹ V. sul punto E. BARILA', *Nuovi interventi del Consiglio di Stato sulla tutela della proprietà rispetto ad occupazioni illegali dell'amministrazione (nota a Cons. Stato, ad. plen., 20 gennaio 2020, nn. 4 e 2, in Foro it., n.3/2020, p. 168, il quale critica come le sentenze in esame «mettano tra parentesi la tutela risarcitoria “senza se e senza ma” assicurata dal codice civile».*

⁵² Emblematica la riflessione di E. AMANTE, *L'Adunanza plenaria espunge la rinuncia abdicativa implicita dall'acquisizione sanante, op. cit., p.369*, secondo cui «il sistema di tutela (...) è conchiuso, ed autosufficiente, all'interno dei rimedi esplicitati dall'art. 42 bis T.U. Es.».

⁵³ Sul punto v. S. R. MASERA, *Cessazione dell'occupazione illegittima e irreversibile trasformazione del fondo, in Giur. It., n. 8 – 9/2020, pp. 1989 e ss.*, secondo cui le due chiavi di lettura della questione sono l'effettività della tutela e l'eshaustività della disciplina dell'art. 42 bis T.U., in particolare se considerare l'art. 42 bis T. U. esaustivo oppure suscettibile di integrazione con le regole del c.c. in tema di risarcimento del danno e modalità di trasferimento della proprietà.

⁵⁴ Cfr. su tali criticità E. BARILA', *Nuovi interventi del Consiglio di Stato sulla tutela della proprietà rispetto ad occupazioni illegali dell'amministrazione, op. cit., p. 163*, secondo cui «una volta affermato che la tutela passa necessariamente attraverso una valutazione discrezionale della pubblica amministrazione sulla acquisizione o meno, si può aprire il vaso di Pandora dei provvedimenti elusivi o comunque non utili alla tutela, come potrebbero essere espressi e reiterabili dinieghi variamente motivati». Si aggiunga che, critica P.A., p. 165, «è consistente il dubbio che in questi termini ad essere specialmente protetta non sia la funzione pubblica, nel suo concreto esercizio, quanto piuttosto la pubblica amministrazione in quanto tale». V. altresì C. BONA – R. PARDOLESI, *Rinunzia abdicativa, abdicazione della giustizia?, op. cit., p. 171*, secondo cui, con riferimento alla titolarità esclusiva in capo alla pubblica amministrazione circa le sorti della *res*, sottolineano come «l'esperienza lo insegna, può (non farlo e) giocare allo sfinimento (...) di fronte a una vicenda che si è compiuta nel segno dell'illiceità, si torna al punto di partenza. E l'autore del misfatto può decidere il da farsi».

autore dell'illecito *ab initio*, e che finché quest'ultima non si esprime, lo stesso non può agire e chiedere il risarcimento del danno patito⁵⁵.

In particolare, la tutela riconosciuta al privato risulterebbe peggiore rispetto alla stessa tutela che gli spetterebbe ove titolare dell'illecito risultasse un soggetto diverso dalla pubblica amministrazione, non potendo usufruire della possibilità della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà generalmente ammissibile nella panoramica civilistica⁵⁶.

Nella disamina in esame, infatti, deve rilevarsi altresì che «la rinuncia rappresenta una facoltà insita nella titolarità dei diritti disponibili, esercizio della libertà negoziale e di facoltà dominicali tutelate anche dalla Costituzione»⁵⁷. Con riferimento a tali riflessioni, e considerando l'interpretazione in precedenza dominante circa l'ammissibilità della rinuncia abdicativa in tema, si sarebbe potuto tener conto di presupposti e modalità per attribuire rilevanza giuridica alla rinuncia abdicativa *in subiecta materia*, piuttosto che escluderla *in toto* nei termini anzidetti⁵⁸.

Tuttavia, la soluzione dell'Ad. Plen. appare maggiormente in linea con la necessità di risolvere la *vexata quaestio* nella logica di una soluzione compromissoria tra le posizioni della pubblica amministrazione e del privato coinvolto.

A tali coordinate ermeneutiche si aggiunge che, ove si riconoscesse al privato la possibilità di rinunciare implicitamente al proprio diritto dominicale, tale scelta potrebbe sottendere interessi giustificativi diversi

⁵⁵ Cfr. le criticità paventate da C. BONA – R. PARDOLESI, *ibidem*, p. 173.

⁵⁶ V. per le criticità in esame E. AMANTE, *L'Adunanza plenaria espunge la rinuncia abdicativa implicita dall'acquisizione sanante*, *op. cit.*, p. 375, secondo cui «al proprietario illegittimamente spogliato dalla pubblica amministrazione l'ordinamento offre una tutela attenuata (o condizionata) rispetto alla tutela ordinariamente concessa allo stesso proprietario, ove spogliato da soggetto diverso dalla PA; nel primo caso, la tutela restitutoria non consegue ad una libera scelta di reazione del privato che ha subito l'illecito, bensì al mancato esercizio di poteri discrezionali della stessa autorità che ha agito “contra ius”». Secondo l'A., infatti, «il rinvio alle necessarie determinazioni dell'amministrazione (...) pone la tutela del privato in una situazione di obiettiva subalternità rispetto al potere di un'amministrazione che ha pure agito illecitamente; chi ha subito il torto non può confidare in un'immediata tutela giurisdizionale, ma deve attendere che l'autorità si pronuncerà sull'“an” dell'acquisizione».

⁵⁷ In questi termini M. SANTISE – F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche, Edizione speciale*, Giappichelli Editore, 2020, p. 323.

⁵⁸ V. sul punto M. SANTISE – F. ZUNICA, *op. ult. cit.*, p. 337. In particolare E. BARILA', *Nuovi interventi del Consiglio di Stato sulla tutela della proprietà rispetto ad occupazioni illegali dell'amministrazione*, *op. cit.*, p. 165, critica la soluzione dell'Ad. plen. in esame sottolineando come realizzerebbe una «alterazione dell'equilibrio» delineato dalla Corte cost. n. 71 del 2015, in quanto «la rinuncia abdicativa a rigore comporta, ex art. 827 c.c., l'acquisizione del ben da parte dello Stato (...) e non a quello dell'ente pubblico occupante, l'acquisizione si verifica a favore del patrimonio disponibile (...) e pertanto nulla impedisce alle pubbliche amministrazioni occupanti di esercitare il potere di acquisizione sanante anche a seguito della rinuncia abdicativa». Sulla criticata compatibilità della soluzione dell'Ad. Plen. 2020 con la prospettazione della Corte cost. 2015 v. altresì R. BONA – R. PARDOLESI, *Rinuncia abdicativa, abdicazione dalla giustizia?*, *op. cit.*, p. 173, secondo cui la Corte cost. 2015 ha salvato l'incostituzionalità dell'art. 42 bis T.U., con riferimento all'art. 42 Cost., sull'assunto che la giurisprudenza amministrativa avrebbe dovuto elaborare strategie per evitare che il privato rimanesse esposto a tempo indefinito alle decisioni della pubblica amministrazione.

dalla mera dismissione del diritto, quali ad esempio l'ottenimento di una ingente somma di denaro in sostituzione della *res*⁵⁹.

La parabola evolutiva concernente il potere espropriativo della pubblica amministrazione ed il diritto di proprietà del privato si inserisce in una tendenza, quindi, ad una soluzione compromissoria tra gli opposti interessi sottesi a tali concetti tradizionali, suscettibili di continua rivisitazione per soddisfare le mutevoli esigenze del contesto sociale, economico, culturale che ne fa da substrato.

⁵⁹ V. le criticità di A. DI CAGNO, *La rinuncia abdicativa in favore dell'amministrazione nell'ambito delle occupazioni illegittime*, *op. cit.*, p. 113, secondo cui «la scelta del privato di rinunciare al bene potrebbe apparire giustificata dall'interesse ad incassare una somma (...) superiore al valore venale del bene occupato, e non dalla reale esigenza di tutelare, conservandolo, il proprio diritto di proprietà sul fondo occupato». V. altresì M. SANTISE – F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche*, *op. cit.*, p. 326, secondo cui «il legislatore potrebbe aver consapevolmente voluto precludere al proprietario di rinunciare alla proprietà del fondo in quanto, ammettendo la rilevanza della rinuncia “abdicativa” nell'ambito delle espropriazioni di fatto, vi sarebbe il rischio per la p.a. di dover corrispondere un risarcimento commisurato al valore venale del bene occupato anche nei casi in cui il fondo stesso e l'opera che su di esso insiste non siano più rispondenti a “scopi di pubblico interesse”, poiché l'obbligo di pagare un tale risarcimento verrebbe in tal caso a dipendere unicamente dalla illegittima occupazione del fondo da parte della amministrazione e dalla unilaterale reazione del privato, prescindendo totalmente da valutazioni afferenti l'utilità pubblica del bene».