

L'acquisizione sanante e l'ammissibilità del quesito facoltativo al Consiglio di Stato*

di Antonio Leo Tarasco

Il fatto che ha dato luogo al parere del Consiglio di Stato n. 3303/2008 può ricostruirsi nei termini seguenti. Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha posto alla seconda Sezione del Consiglio di Stato un quesito intorno alla possibilità da parte della Provincia di Roma, quale ente delegato dalla Regione Lazio all'esercizio delle funzioni relative ai procedimenti espropriativi nella provincia, di adottare il provvedimento di acquisizione, ai sensi dell'art. 43 T.U. espropriazione emanato con D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (d'ora in avanti, T.U.), a favore dell'Acea Distribuzione s.p.a. di un locale adibito a cabina elettrica di proprietà del condominio romano di via A. Gallonio n. 8, in cui è localizzato un impianto elettrico di trasformazione facente parte del sistema pubblico di distribuzione dell'energia elettrica. L'esigenza di procedere all'acquisizione sanante ex art. 43 T.U. 2001 nasce dalla cessazione del contratto di locazione tra il condominio e la Acea s.p.a. a seguito di un giudizio di licenza per finita locazione. Nonostante la sentenza di sfratto, l'Acea s.p.a. non ha provveduto a liberare il locale ed ha chiesto alla Provincia di Roma di utilizzare in proprio favore lo strumento di cui all'art. 43 del D.P.R. n. 327 del 2001 per acquisire coattivamente la proprietà del locale contestato.

Il problema dell'ammissibilità del quesito facoltativo tra Consiglio di Stato e Avvocatura dello Stato

Le soluzioni offerte dal parere n. 3303/2008 appaiono criticabili sia nel merito che "in rito", ossia in punto di ammissibilità della richiesta di parere stesso.

Quest'ultimo punto dà luogo, a sua volta, ad un duplice ordine di considerazioni.

In primo luogo, è evidente come la richiesta di parere formulata dal Ministero delle infrastrutture e i trasporti per conto della Regione Lazio (e questa a sua volta nell'interesse della Provincia di Roma) non sia altro che un'*escamotage* che serve ad aggirare l'inammissibilità di una richiesta di parere da parte degli enti locali e delle regioni; profilo, questo, di urgente soluzione in considerazione dell'amplissima traslazione delle funzioni legislative dallo Stato alle regioni, ex art. 117 Cost.¹. In ciò, tra l'altro, può leggersi un importante profilo differenziale tra funzione consultiva del Consiglio di Stato e analoga funzione svolta dalla Corte dei Conti (entrambi "organi ausiliari" ex art. 100 Cost., sebbene diversi siano gli organi ausiliati), dal momento che soltanto per la seconda il legislatore prevede la possibilità di rendere una consulenza in favore degli enti locali²: sotto tale aspetto, la riforma del titolo V della Costituzione ha lasciato intonse le attribuzioni del Consiglio di Stato ma non quelle della Corte dei Conti.

* Nota di commento al parere del Consiglio di Stato, sez. II, 12 novembre 2008, n. 3303/2008, pubblicato in *Foro amministrativo - C.d.S.*, n. 9/2009, pagg. 2173-2183.

¹ Come noto, all'indomani della riforma costituzionale del Titolo V, l'area consultiva del Consiglio di Stato si è notevolmente ridotta con il trasferimento di numerosi centri legislativi dallo Stato centrale alle regioni. Per questo, come ricordato da Alberto de Roberto nella *Relazione sulla Giustizia amministrativa* (Roma, Palazzo Spada, 26 febbraio 2004), punto 6, «la normativa secondaria, trasferita da centri di produzione diversi dal Governo o dai Ministri, non risulta più assistita da quel parere obbligatorio che, a garanzia della legittimità e della corretta formulazione delle norme, in passato assisteva la normativa secondaria». Ne deriva l'opportunità che anche le Regioni e gli enti di autonomia locale si avvalgano per taluni affari normativi «di una consulenza, distaccata e neutrale, quale è quella offerta dal Consiglio di Stato» (A. De Roberto, *Relazione*, cit., punto 8) onde evitare che al trasferimento delle funzioni legislative (ed amministrative) non sia parimenti associata la doverosa garanzia della correttezza dell'esercizio di tali funzioni.

Per tali ragioni – sostiene P. Turco, *Le istituzioni verso il federalismo. Una ipotesi di funzione consultiva decentrata*, in www.giustizia-amministrativa.it (testo dell'intervento tenuto dall'Autore al convegno dell'Associazione nazionale magistrati amministrativi il 28 e 29 novembre 2008, a Venezia, su *Le prospettive della Giustizia amministrativa tra federalismo e esigenza di efficienza*) – «una visione più autonomistica dell'ordinamento regionale impone il decentramento della funzione consultiva», fino a proporre «il TAR come organismo più adatto, per la sua presenza in tutte le regioni, la sua specifica competenza, la sua indipendenza dall'Ente Regione».

² Le "ulteriori forme di collaborazione" della Corte dei Conti verso gli enti locali, ai sensi del comma 8 dell'art. 7, L. n. 131 del 2003 sono state interpretate dalla prevalente giurisprudenza contabile come attività consultiva che regioni ed autonomie locali possono richiedere alla Corte dei Conti, con conseguente crescita esponenziale dei pareri richiesti nelle diverse regioni, come è dimostrato dal fatto che nella sola regione Lombardia si è passati, ad esempio, da 12 pareri resi dalla Corte nel 2005 a 31 resi nel 2006 per giungere ai 65 del 2007. Sul problema della legittimazione delle comunità

Sotto un secondo profilo, la richiesta di parere del Consiglio di Stato in esame si qualifica come richiesta di *parere facoltativo* in quanto non rientrante nelle ipotesi normative di cui all'art. 17, commi 25-26, L. 15 maggio 1997, n. 127, in cui è previsto l'obbligo di sottoporre l'esame di una questione al Consiglio di Stato.

Tuttavia, anche se il Consiglio di Stato richiama quella che definisce "costante giurisprudenza" che vieta la formulazione di un parere facoltativo in presenza di una "controversia in atto" e di una «prevedibile insorgenza di una lite ulteriore nell'ipotesi dell'emanazione del provvedimento di acquisizione coattiva», nelle conclusioni sembra disattendere quelle stesse acquisizioni giurisprudenziali.

Infatti, considerato che il Ministero delle infrastrutture e trasporti richiede il parere "per conto" della Provincia di Roma, la quale intenderebbe procedere all'acquisto coattivo in favore dell'Acea s.p.a. di un locale adibito a cabina elettrica di proprietà di un condominio romano attraverso l'istituto del provvedimento di acquisizione sanante di cui all'art. 43 T.U. 2001, non può fondatamente sostenersi – come invece fa il Consiglio di Stato – che «la provincia di Roma non ha mai avuto rapporti con il condominio e che comunque ogni quesito può costituire la base di un provvedimento impugnabile».

Se è vero che la Provincia capitolina non ha mai avuto rapporti diretti con il condominio, è pur vero che l'eventuale emanazione del provvedimento ex art. 43 T.U. travolgerebbe la sentenza civile resa contro l'Acea s.p.a. su azione del predetto condominio ove è ubicata la cabina elettrica, avente ad oggetto lo sfratto della società di distribuzione dell'energia elettrica dall'immobile condominiale. Infatti, se il provvedimento di acquisizione ex art. 43 T.U. è idoneo a porre nel nulla l'eventuale precedente condanna giudiziale (passata o meno in giudicato) alla restituzione del fondo occupato *sine titulo*³, a fortiori essa è in grado di travolgere la sentenza di sfratto del giudice civile, fatto salvo, ovviamente, il risarcimento dei danni.

Dunque, se è evidente che il parere del Consiglio di Stato non incide direttamente sulla controversia civile in atto non può parimenti dubitarsi ch'esso sia in grado di incidere *mediatamente* – e per questo non meno *significativamente* – sul contenzioso in atto; infatti, unica è la vicenda giuridica esaminata,

montane ad avvalersi della funzione consultiva della Corte dei Conti, ai sensi della citata disposizione, si vedano G. Astegiano, *L'individuazione dei soggetti che possono avvalersi della funzione consultiva della Corte dei Conti nell'interpretazione della sezione autonomie*, in *Foro Amm. CdS*, 2007, 2919 ss.; F. Battini, *I giuristi e il filo spinato*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2008, 587 ss. Più in generale, sulla funzione consultiva della Corte dei Conti, si veda F. Schlitzer, *La nuova funzione consultiva della Corte dei Conti per regioni ed enti locali nella riduttiva lettura della sezione autonomie*, in *Foro Amm. CdS*, 2006, 1609 ss.; Id., *Ancora sull'esercizio della funzione consultiva della Corte dei Conti per regioni ed enti locali da parte della sezioni, ivi*, 2006, 2652 ss.

³ È questo l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa, da ultimo ribadito da Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2009, n. 2877, in www.giustizia-amministrativa.it; sez. IV, 28 aprile 2008, n. 1902, in *Urb. Appalti*, 2008, 984, con nota di I. Severino, *Acquisizione sanante, giudicato e giudizio d'ottemperanza, ivi*, 985 ss., secondo cui la sopravvenienza del provvedimento di acquisizione sanante rende improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse l'appello della sentenza di ottemperanza finalizzata ad ottenere la restituzione del bene; in argomento, si veda pure T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 27 ottobre 2003, n. 2160, in *Urb. Appalti*, 2004, 467.

Secondo altro filone giurisprudenziale, il limite temporale per l'applicazione dell'art. 43, T.U. 2001 sarebbe costituito non già dal passaggio in giudicato di una sentenza di annullamento meramente dichiarativa dell'obbligo di riconsegna del bene ma dal passaggio in giudicato di una pronuncia costitutiva dell'obbligo di restituzione del bene illegittimamente detenuto: C.G.A. Sicilia, 21 dicembre 2005, n. 934, in www.giustizia-amministrativa.it; 26 luglio 2006, n. 440, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, 27 marzo 2008, n. 75, in www.giustizia-amministrativa.it.

In dottrina, sostengono l'inidoneità del provvedimento di acquisizione sanante a travolgere il giudicato avente ad oggetto la restituzione del bene, P. Cerbo, *Sub art. 43*, in A. Travi (a cura di), *Commentario sistematico al testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2004, 271 ss.; R. Chieppa, V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 880, secondo cui il termine per l'emanazione del provvedimento acquisitivo è rappresentato dalla «notifica della sentenza che riconosca esplicitamente al privato il diritto alla restituzione del bene».

Secondo il T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 18 settembre 2008, n. 384, inedita ma citata in F. Bruno, R. Chieppa, C. Criscenti, R. De Nictolis, I. Franco (a cura di), *Guida ragionata alla più recente giurisprudenza amministrativa*, Roma, 2009, 108 nonché in www.giustizia-amministrativa.it, la domanda di parte pubblica, ex art. 43, comma 3, T.U. 2001, con la quale si offra il risarcimento dei danni in luogo della condanna alla restituzione del bene deve essere introdotta in giudizio dalla p.a. con ricorso incidentale notificato alle altre parti, trattandosi di domanda riconvenzionale diretta a modificare l'originario *petitum* del ricorso.

E appena il caso di precisare che tale forza del provvedimento ex art. 43, unitamente all'ampliamento delle ipotesi di occupazione d'urgenza ex art. 22-bis, T.U. 2001, rendono la fattispecie in esame potenzialmente applicabile in una serie assai vasta di ipotesi, con tutte i conseguenti dubbi di legittimità costituzionale della disciplina che – almeno nelle intenzioni del legislatore – era stata introdotta per sopprimere la fattispecie dell'acquisizione a seguito dell'occupazione motivata dall'urgenza della realizzazione dell'opera pubblica (l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità dell'art. 43 T.U. 2001 è stata emessa da T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 28 ottobre 2008, n. 730, in *Urb. Appalti*, 2009, 203, con nota critica di P. Cerbo, *Profili di costituzionalità della cd. acquisizione sanante, ivi*, 2009, 208 ss., il quale si sofferma condivisibilmente intorno all'assenza di validi parametri di costituzionalità invocati dal TAR Campania che, a suo dire, renderebbero inammissibile la questione davanti alla Consulta).

indipendentemente dal fatto che la Provincia non abbia mai avuto rapporti con il condominio e che il Consiglio di Stato esamini un quesito formulato dal Ministero delle infrastrutture e trasporti.

Sembra suffragare tali considerazioni la giurisprudenza consultiva⁴ secondo cui l'attività consultiva facoltativa del Consiglio di Stato «non può richiedersi quando essa vada ad incidere, *direttamente od indirettamente*, su un contenzioso in atto o *in fieri*, poiché in tali casi l'esercizio della funzione consultiva potrebbe dar luogo ad indebite ingerenze e sovrapposizioni, che arrecherebbero una ferita al principio di imparzialità del giudice e di parità di situazione fra le parti», sancito espressamente oggi a livello costituzionale dall'art. 111, comma 2, Cost., come novellato dalla legge costituzionale n. 2/1999 (corsivi miei)⁵. Se è evidente che il Consiglio di Stato, nel precedente citato, si riferisca al contenzioso che potrebbe presentarsi davanti al giudice amministrativo, e quindi alla possibile lesione del «principio di imparzialità del giudice e di parità di situazione fra le parti» di cui al novellato art. 111 Cost., è pur vero che ragioni di opportunità avrebbero certamente sconsigliato di rendere il parere che evidentemente finisce con il legittimare l'esercizio di un'attività amministrativa capace di porre sostanzialmente nel nulla una sentenza resa tra due parti (Acea, potenziale beneficiario della procedura espropriativa, ed il condominio romano di via Gallonio n. 8, destinatario di tale procedura).

Per la verità, il quesito posto dal Ministero delle infrastrutture e trasporti sembra inammissibile anche in considerazione del fatto che – a mente del citato parere n. 1855/2003 – l'attività consultiva del Consiglio di Stato non può essere attivata, neppure con riguardo a quella facoltativa, «da una mera pretesa dell'amministrazione interessata, la quale, al contrario, dovrà esporre, nella sua richiesta di parere, i rilevanti motivi di interesse pubblico strumentali alle attività fondamentali o comunque più significative, che quasi impongono il ricorso al parere facoltativo». Al contrario, il quesito posto dal Ministero appare essere una richiesta di *consiglio* su come procedere nella fattispecie concreta per evitare che l'Acea s.p.a. abbandoni i locali condominiali (come pur intimato dal giudice civile), richiesta, questa, che avrebbe al più legittimato il coinvolgimento dell'Avvocatura dello Stato il cui parere sarebbe stato reso nell'interesse esclusivo dell'amministrazione richiedente e non dell'ordinamento giuridico (come invece dovrebbe procedere il Consiglio di Stato).

L'opportunità di investire di una questione del genere l'Avvocatura dello Stato piuttosto che i magistrati di Palazzo Spada sembra suggerita da altro e più recente parere del Consiglio di Stato, il n. 2395/2008⁶ che – ribadendo il principio per cui l'attività consultiva facoltativa del Consiglio di Stato concernente la risposta a quesiti giuridico-amministrativi liberamente formulati dall'Amministrazione non è espletabile quando possa interferire su un contenzioso in atto o *in fieri* – precisa che in tali casi «l'Amministrazione può più appropriatamente ricorrere alla consulenza, riservata, dell'Avvocatura dello Stato» – al fine di non ledere i principi di terzietà del giudice e di parità delle parti, *ex art. 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, ed art. 111 Cost.

Principio, questo, conforme, anche al precedente di cui al parere n. 2294/2002⁷, secondo cui il Consiglio di Stato, quale organo di consulenza imparziale e terzo dello Stato-ordinamento e non dello Stato-apparato, «non è destinato a supportare le scelte decisionali delle amministrazioni quante volte esse ritengano, a loro discrezione, di avvalersi della consulenza del Consiglio, dal momento che tale funzione consultiva svolta nell'interesse non dell'ordinamento generale ma dell'amministrazione assistita compete, specificamente, all'Avvocatura dello Stato. Al contrario, il Consiglio di Stato fornisce il proprio avviso solo in stretta e rigorosa interpretazione della legge e su questioni di larga massima, la cui soluzione potrà guidare la successiva azione amministrativa nel suo concreto, futuro esplicarsi»⁸.

⁴ Cons. Stato, sez. II, 12 novembre 2003, n. 1855, in *Foro Amm. CdS*, 2003, 3420, in tema di quesito (facoltativo) proposto dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

⁵ Cons. Stato, sez. II, 13 marzo 2003 n. 82/99, inedita (ma in www.giustizia-amministrativa.it); Id., sez. cons. atti norm., 25 settembre 2002, n. 2994/02, in *Foro Amm. CdS*, 2002, 3020, con *Osservazioni* di G. Leone e A.L. Tarasco.

⁶ Cons. Stato, sez. II, 3 settembre 2008, n. 2395, in *Foro Amm. CdS*, 2008, fasc. 9, reso a seguito di quesito formulato dal Ministero delle politiche agricole e forestali sull'inquadramento dei direttori d'istituto e dei direttori di sezione dei soppressi istituti di ricerca e sperimentazione agraria nel Consiglio per la ricerca e la sperimentazione in agricoltura.

⁷ Cons. Stato, sez. cons. atti norm., n. 2294/2002, cit. 3020.

⁸ Sull'inserimento del Consiglio di Stato all'interno dello Stato-ordinamento e non dello Stato-apparato, v. Ad. Gen., 24 aprile 1980, n. 30, con cui è stata ammessa la consultazione del Consiglio di Stato anche su richiesta delle Regioni.

Sull'attività consultiva del Consiglio di Stato, si vedano oltre ai precedenti già citati altresì i pareri di Cons. Stato, sez. I, 28 giugno 2000, n. 576, in *Foro It.*, 2002, III, 452; Id., 19 aprile 2000, n. 269, inedito; sez. II, 15 maggio 2002, n.

Probabilmente, proprio al fine di rendere – sebbene inopportuno – il parere richiesto, ma nel contempo rispettare formalmente la giurisprudenza in materia⁹, nel parere n. 3303/2008 in esame il Consiglio di Stato, dopo aver criticabilmente osservato che «comunque ogni quesito può costituire la base di un provvedimento impugnabile», aggiunge che il parere richiesto nella fattispecie viene reso «in termini di puro principio di diritto» (punto 6 del *Premesso e Considerato*), ossia, deve ritenersi, prescindendo dalle concrete esigenze e contingenze rappresentate dall'Amministrazione.

Autorità espropriante e beneficiario dell'espropriazione

Nel merito della vicenda, l'individuazione dei possibili beneficiari del provvedimento ex art. 43 T.U. occupa la quasi interezza del parere in commento anche se, in effetti, lo spazio dedicato alla questione è inversamente proporzionato alla sua importanza nell'economia delle argomentazioni.

Determinante appare essere piuttosto la riconducibilità del provvedimento di cd. acquisizione sanante ex art. 43, D.P.R. n. 327/2001 al novero dei provvedimenti ablatori. Infatti, una volta dimostrata tale (ragionevole) equiparazione, è gioco forza concludere nel senso che anche il provvedimento ex art. 43 T.U., al pari di qualsiasi altro provvedimento ablatorio, può essere emesso da autorità diversa dal beneficiario del provvedimento stesso.

Che l'espropriazione possa essere disposta anche in favore di soggetti diversi dall'autorità espropriante e, segnatamente, di soggetti privati, costituisce un dato pacifico sul piano normativo. Ciò viene disposto oltre che dall'art. 1, comma 1, T.U. 2001, anche dall'art. 3, comma 1, che definisce "espropriato" il "soggetto, pubblico o privato, titolare del diritto espropriato" (lett. a)) e "beneficiario dell'espropriazione" il «soggetto, pubblico o privato, che chiede l'espropriazione» (lett. b)).

È pienamente rispondente alla procedura espropriativa non solo la previsione di un beneficiario dell'espropriazione (nel cui patrimonio entrano a far parte gli immobili espropriati) distinto dall'autorità espropriante ma altresì di un beneficiario distinto altresì dal soggetto che corrisponde le indennità occorrenti per l'acquisto. Ciò avviene normalmente nei procedimenti di attuazione di piani di zona per l'edilizia economica e popolare in cui il procedimento espropriativo è realizzato da soggetti delegati dal Comune (come I.A.C.P. o cooperative edilizie) il quale, divenendo titolare del diritto espropriato, è comunque gravato dall'onere di pagare le prescritte indennità¹⁰, con conseguente sua legittimazione passiva nel giudizio di opposizione alla stima¹¹.

1248/2002, inedito; sez. II, n. 118/2002, inedito; sez. cons. atti normativi, 1° luglio 2002, n. 1354, in *Foro amm. CdS*, 2002, 2607, con *Osservazioni* di G. Leone e A. L. Tarasco.

In dottrina, per maggiori approfondimenti, M. Della Morte, *La garanzia della funzione consultiva nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 2004; G. De Michele, *La funzione amministrativa e il suo giudice alla luce delle recenti modifiche della Costituzione*, in *Foro Amm. TAR*, 2002, 1, 317 ss.; V. Parisio, *Funzione consultiva del Consiglio di Stato e pubblicità dell'azione amministrativa alla luce di recenti interventi normativi*, in *Dir. e Soc.*, 2000, 389 ss.; C. Mignone, *Profili di tecnica della legislazione nella giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato*, in *Dir. Amm.*, 1997, 2, 199 ss.; A. Quartulli, *Ancora sulla competenza consultiva del Consiglio di Stato sui progetti di legge*, in *Rass. Parl.*, 1989, 69 ss.; G. Sterlicchio, *La collaborazione del Consiglio di Stato alla funzione legislativa: prospettive di sviluppo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, vol. I, 73 ss.

⁹ Si aggiungano ai pareri citati altresì Cons. Stato, sez. II, 25 settembre 2002, n. 2994, in *Foro Amm. CdS*, 2002, 3020, secondo cui «il Consiglio di Stato non è organo consultivo dell'amministrazione, che partecipa, mediante una consulenza di legittimità o di merito, all'ordinario svolgersi dell'azione amministrativa (per tale funzione di consulenza v'è l'Avvocatura dello Stato), ma si qualifica quale organo ausiliario del Governo in una particolare posizione di autonomia, indipendenza e terzietà, attraverso la quale la funzione consultiva concorre insieme a quella giurisdizionale a realizzare la giustizia nell'amministrazione». In termini, v. pure Cons. Stato, sez. I, 28 giugno 2000, n. 576, in *Foro It.*, 2002, III, 452; id., 19 aprile 2000, n. 269, inedito; id., parere n. 118/02, su richiesta del Ministero per i beni e le attività culturali (inedito); par. n. 1248/02 del 15 maggio 2002 (inedito).

¹⁰ Il che, tra l'altro, non esclude che in sede "amichevole" l'ente beneficiario e quello delegato assumano solidalmente l'obbligazione verso il soggetto espropriato: Cass., sez. I, 1° febbraio 2000, n. 1083, in *Giust. Civ.*, 2000, 1, con nota di Giacalone. Più di recente, nello stesso senso, Cass. civ., sez. I, 24 maggio 2007, n. 12153, in *Mass. Giur. It.*, 2007 nonché Cass. civ., sez. I, 10 luglio 2008, n. 19048, in *Mass. Giur. It.*, 2008 secondo cui nei casi di espropriazione per la realizzazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, è il comune l'ente obbligato al pagamento dell'indennità, quale beneficiario delle aree espropriate, anche se – ai sensi dell'art. 60 della L. n. 865 del 1971 – venga delegato altro soggetto per l'acquisizione delle aree, in considerazione del fatto che la proprietà degli immobili appartiene pur sempre al comune espropriante.

¹¹ Cass., sez. I, 8 maggio 2001, n. 6367, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, fasc. 5. In argomento, si veda anche G. Leone, A. Marotta, *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. Santaniello, Padova, vol. XXVII, 1997, 29, che – in materia di edilizia residenziale pubblica – ricostruiscono la potestà espropriativa comunale come meramente attuativa di quella regionale, al pari di quella degli ICAP e delle cooperative edilizie: gli interventi, secondo gli Autori, «si realizzano sì nell'ambito di piani particolareggiati adottati ed approvati da essi stessi

In generale, ai fini dell'acquisto del bene *ex art.* 43 T.U. 2001, momento determinante è rappresentato «non dalla “occupazione” bensì dalla (...) concreta “utilizzazione”» del bene, in quanto il provvedimento di acquisizione sanante viene emanato dalla p.a. che utilizza il bene, «anche se la stessa non coincide con l'ente che ha realizzato l'opera o posto in essere il provvedimento illegittimo»¹².

Il problema della previa modificazione del bene oggetto del provvedimento di acquisizione sanante *ex art.* 43, T.U. 2001

Di rilievo, invece, è la precisazione del Consiglio di Stato secondo cui, posta la piena ammissibilità di un provvedimento ablatorio (nella specie, il provvedimento di acquisizione sanante di cui all'art. 43 T.U.) anche se disposto in favore di un soggetto diverso dal beneficiario, «l'emanazione del provvedimento deve avvenire non sulla base del generico potere espropriativo o della semplice pregressa utilizzazione del bene da parte di un soggetto privato (sia pure svolgente un servizio pubblico), bensì sulla base della sussistenza di tutti gli altri elementi previsti dalla fattispecie». Ciò sembra significare che per quanto il provvedimento *ex art.* 43 T.U. sia riconducibile al novero dei provvedimenti ablatori e sia astrattamente possibile adottarlo in favore di soggetto diverso dall'autorità espropriante (nella specie, adottato dalla Provincia in favore dell'Accea s.p.a.), in concreto per la sua emanazione devono comunque ritenersi sussistenti tutti i presupposti dalla specifica normativa, e cioè:

- 1) modificazione del bene immobile per scopi di pubblico interesse;
- 2) valutazione (e conseguente motivazione) degli interessi in conflitto, ossia dell'interesse pubblico al mantenimento dell'opera e quello privato teso ad ottenere la restituzione del bene, sebbene trasformato;
- 3) descrizione delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area;
- 4) determinazione della misura del risarcimento del danno¹³.

Dal complesso di requisiti prescritti dalla normativa, sono ricavabili almeno due profili critici.

In primo luogo, nella comparazione degli interessi in conflitto non potrà non tenersi conto anche dell'interesse privato all'esecuzione coattiva della sentenza di sfratto a carico dell'Accea s.p.a., interesse tutelato da una sentenza del giudice ordinario e contro cui non appare ragionevole opporre un interesse pubblico al mantenimento del sito per supposte ragioni di pubblico interesse che impedirebbero all'Accea s.p.a. di reperire altro locale dove trasferire la cabina elettrica.

Non può non ricordarsi, infatti, come la giurisprudenza amministrativa, sostenuta dalla dottrina¹⁴, insista sul carattere “eccezionale” dell'applicazione dell'istituto e sulla necessità di condurre con particolare rigore la valutazione degli interessi in conflitto, tenendo presente che il provvedimento *ex art.* 43 T.U. non costituisce «una mera alternativa alla procedura ordinaria»¹⁵. Nella fattispecie concreta, invece, non si tratta

(art. 24 della L. 28 febbraio 1985, n. 47), ma nell'ambito e per il conseguimento di un fine, che l'ordinamento ha inteso fosse prefigurato ed individuato dalla Regione, anche in attuazione di un piano urbanistico territoriale più ampio».

¹² R. Chieppa, V. Lopilato, *Studi*, cit., 878.

¹³ Per evidenti ragioni di spazio, si tralascia in questa sede l'analisi puntuale dei requisiti per l'integrazione della fattispecie dell'acquisizione sanante, per la cui serrata e condivisibile critica si rinvia per tutti a G. Leone, *Un nuovo modo di acquisto della proprietà: l'atto di acquisizione in assenza del valido provvedimento ablatorio (art. 43 del T.U. 8 giugno 2001 n. 327, delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità)*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2001, 237 ss., part. 244 ss.

La norma, si noti, è fortemente sospetta di incostituzionalità, non tanto per le considerazioni del TAR Campania, sez. V, n. 730/2008, prima citato, in merito alla violazione del principio (di dubbia natura costituzionale) dell'intangibilità del giudicato, quanto in relazione al ben più fondato vizio di eccesso di delega, come notato da G. Leone, *Un nuovo modo di acquisto della proprietà*, cit., 244: la legge di delega (art. 7, comma 2, lett. d), L. 8 marzo 1999, n. 50) ha autorizzato il Governo al mero «coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti, apportando, nei limiti di detto coordinamento, le modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa (...)». Ma, come è noto, l'art. 43 T.U. del 2001 codifica un istituto del tutto nuovo, assente nella normativa pregressa, non costituendo un mero coordinamento delle disposizioni in materia di occupazione appropriativa ma anzi proponendosi di eliminare un istituto vigente. In proposito, il Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. Gen., parere 29 marzo 2001, n. 4, punto 29.4) affronta il punto delle ragioni dell'inserimento dell'istituto dell'acquisizione sanante (nell'art. 43 T.U.) giudicando la riforma «essenziale, perché l'ordinamento deve adeguarsi ai principi costituzionali ed a quelli generali del diritto internazionale sulla tutela della proprietà».

¹⁴ Si veda, ad esempio, A. Police, G. Di Leo, *L'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, 285 ss., secondo cui «se si lasciasse libera l'amministrazione procedente di emanare provvedimenti *ex art.* 43 in totale discrezionalità, si sarebbe passati, per quanto riguarda la fonte dell'acquisizione, dalla realizzazione della irreversibile trasformazione del fondo (un mero fatto, come nella vecchia disciplina dell'accessione invertita) alla manifestazione di una semplice e sostanzialmente libera volontà provvedimentale».

¹⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2, in *Foro Amm. CdS*, 2005, 2109, con nota di M.L. Maddalena, *Dalla occupazione appropriativa alla acquisizione ad effetti sananti: osservazioni a margine dell'adunanza plenaria n. 2 del*

di sanare una situazione illegittima venutasi a creare per effetto di una procedura espropriativa illegittima, ma pur sempre avviata, quanto piuttosto di concepire un procedimento finalizzato all'adozione del provvedimento di acquisizione sanante *ex art. 43*; soluzione, questa, astrattamente consentita dal T.U. 2001 che ne prevede l'emanazione anche "in assenza" del "provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità", ma solo a condizione di immaginare la irreversibile trasformazione dei luoghi anni addietro, all'epoca in cui la cabina fu costruita senza pensare menomamente ad una espropriazione dei locali condominiali...!

Solo a condizione di far risalire ad anni addietro la trasformazione del locale condominiale mai (incomprensibilmente) espropriato si può concepire come suscettibile di espropriazione e formare oggetto del provvedimento di acquisizione sanante il locale condominiale adibito a cabina elettrica.

Sotto altro punto di vista, l'ammissibilità del provvedimento *ex art. 43* T.U. dovrebbe essere esclusa se si pone mente alla lettera dell'art. 43 (che richiede espressamente una «modificazione del bene immobile per scopi di pubblico interesse») e alla tradizionale giurisprudenza che pretende ai fini dell'acquisto del bene, nell'ambito dell'occupazione appropriativa, la irreversibile trasformazione dell'immobile¹⁶; trasformazione che pare proprio mancare nella fattispecie concreta per via del fatto che l'amministrazione provinciale intenderebbe acquisire in favore dell'Acea s.p.a. un immobile già ordinariamente utilizzato dalla società locale *tal quale*, in virtù di un comune contratto di affitto. L'ipotizzato provvedimento di acquisizione sanante servirebbe nella specie non già ad acquisire un immobile trasformato o da trasformarsi ma solo a legittimare la continuazione dell'utilizzo di un immobile trasformato anni addietro in assenza di una dichiarazione di pubblica utilità.

Tuttavia, invocando la progressiva espansione della nozione di opera pubblica, il parere n. 3303/2008 in commento ritiene possibile che il provvedimento *ex art. 43* T.U. 2001, in quanto provvedimento ablatorio, possa comprendere anche «opere che prescindano dalla realizzazione di costruzioni».

Tale affermazione richiede una precisazione.

Non si ignora in questa sede la giurisprudenza richiamata dal Consiglio di Stato che tende a distinguere nettamente l'istituto dell'accessione civilistica di cui all'art. 938 c.c. da quello dell'accessione invertita. Secondo l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità, infatti, mentre nell'istituto di diritto privato l'acquisto della proprietà del suolo da parte di chi occupi (in buona fede) una porzione del fondo attiguo è espressamente ricollegata dalla legge ad un'attività costruttiva che deve riguardare "un edificio", nelle espropriazioni p.u., «la nozione di "opera pubblica" è andata via via espandendosi, fino a ricomprendere ogni intervento del pubblico potere (non necessariamente estrinsecantesi nella realizzazione di una costruzione) diretto ad ottenere, nell'interesse della collettività, una modificazione durevole del mondo fisico». Ne consegue che deve ammettersi che l'effetto acquisitivo possa determinarsi «anche in presenza di opere la cui realizzazione prescinda, almeno in parte, da iniziative di tipo edificatorio»¹⁷.

La inessenzialità dell'edificazione ai fini della realizzazione della fattispecie estintivo-acquisitiva dell'occupazione appropriativa, però, deve essere riguardata «con riferimento alla struttura complessiva dell'opera pubblica, la quale è (e non può non essere) unitaria e, appunto per questo, non si presta ad essere sezionata in frammenti diversi, ciascuno soggetto a un diverso regime giuridico»¹⁸. Ciò significa che a differenza che nell'ipotesi contemplata dall'art. 938 c.c., gli effetti della cosiddetta accessione invertita possono «determinarsi anche rispetto alle parti di suolo non interessate da costruzioni o da manufatti di contorno o di servizio (ad es. giardini, cortili, zone di rispetto etc.) che, pur non avendo subito un rilevante mutamento del loro aspetto materiale, *rappresentino tuttavia una componente dell'opera pubblica ritenuta dall'occupante indispensabile per il suo completamento e la sua funzionalità*» (corsivi miei)¹⁹.

2005; in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, 285, con nota di A. Police e A. Di Leo, *L'utilizzazione senza titolo*, cit. A ciò si aggiunga che, purtroppo, come rilevato da G. Leone, *Un nuovo modo di acquisto della proprietà*, cit., 245, la motivazione richiesta dal primo comma dell'art. 43 T.U. circa la valutazione degli interessi in conflitto è del tutto apparente: «infatti, cosa potrà dichiarare un'amministrazione dopo che essa ha constatato che la procedura espropriativa posta in essere è divenuta illegittima per propria inerzia, imperizia o comunque inattività, oppure che sia stata annullata dal giudice amministrativo? Nell'atto di valutazione, al di là di tutto, prevarranno sempre gli interessi pubblici, mentre quelli privati, diretti alla conservazione del bene, dovranno ovviamente quanto necessariamente recedere (...).»

¹⁶ Si veda, ad esempio, Cass., Sez. Un., 23 maggio 2008, n. 13358, in *Mass. Giur. It.*, 2008.

¹⁷ Cass. civ., sez. I, 3 aprile 1997, n. 2897, in *Urb. Appalti*, 1997, 649.

¹⁸ Cass. civ., sez. I, n. 2897/1997, cit., § 4.

¹⁹ Cass. civ., sez. I, n. 2897/1997, cit., § 4. Così, ad esempio, se l'occupazione sia stata attuata per la realizzazione di uno stadio o di un impianto sportivo, non potrebbe seriamente sostenersi che la "radicale trasformazione" mediante

Ancor più chiaramente, secondo Cass. civ. sez. I, 29 marzo 1995, n. 3723²⁰, la "radicale trasformazione" del terreno può realizzarsi anche solo su parte del terreno occupato: in tale ipotesi, «la parte che non subisce la trasformazione è suscettibile egualmente della cd. "occupazione appropriativa" (solo) nel caso in cui essa non conservi una propria autonomia nel senso che, benché rimasta inalterata nella sua composizione originaria, formi tuttavia per motivi giuridici o fattuali parte inscindibile dell'opera pubblica quale progettata nella sua unitarietà, e cioè sia destinata imprescindibilmente, nel progetto espropriativo, a strumento o funzione di migliore utilizzazione, nell'interesse pubblico, dell'opera da costruire strettamente intesa».

Gli orientamenti giurisprudenziali ora ricostruiti sono stati recepiti nel T.U. 2001 che all'art. 1, comma 2, definisce «opera pubblica o di pubblica utilità anche la realizzazione degli interventi necessari per l'utilizzazione da parte della collettività di beni o di terreni, o di un loro insieme, di cui non è prevista la materiale modificazione o trasformazione».

Pertanto, sulla base degli indirizzi giurisprudenziali ora richiamati, è agevole rilevare che se è possibile occupare con effetti sostanzialmente espropriativi un suolo che non venga poi trasformato, è però necessario che il suolo occupato-ma-non-trasformato contribuisca a realizzare l'unitaria opera pubblica per la quale l'occupazione appropriativa è stata inizialmente disposta.

Tale fattispecie può dirsi integrata immaginando che l'ipotizzato provvedimento di acquisizione sanante di cui all'art. 43 T.U. sia finalizzato ad acquisire il locale adibito a cabina elettrica facente parte del più ampio sistema pubblico di distribuzione dell'energia elettrica, come prescritto dalla giurisprudenza della Cassazione prima ricostruita, ed in cui l'opera pubblica principale è l'impianto di produzione, mentre il sistema di distribuzione (tralicci) e trasformazione (cabine) costituiscono beni pertinentiali rispetto a quella stessa opera principale.

Nonostante l'astratta riconducibilità del bene condominiale all'interno della categoria dell'opera pubblica, deve, però, rilevarsi come lo strumento dell'occupazione venga proposto dall'amministrazione unicamente per evitare di dar corso allo sfratto ai danni dell'Acea Distribuzione s.p.a., così facendo intravedere la possibilità di utilizzare uno strumento amministrativo per un fine diverso da quello indicato dalla legge; il che porterebbe a configurare in astratto un vizio di eccesso di potere del provvedimento della cui adozione si tratta, visto che il parere del Consiglio di Stato n. 3303/2008 avalla l'utilizzo dello strumento dell'art. 43 T.U. per consentire all'Acea di continuare ad utilizzare i locali prima occupati e per i quali il condominio proprietario aveva invece ottenuto dal giudice civile lo sfratto per finita locazione.

E non sembra neppure potersi applicare al caso di specie quella giurisprudenza che distingue tra presupposti per l'emissione del provvedimento (modificazione del bene) e presupposti per la domanda, senza limiti di tempo, della esclusione della restituzione del bene (mera utilizzazione del bene): infatti, nella specie, il Consiglio di Stato si è espresso unicamente intorno alla possibile emanazione del provvedimento di acquisizione sanante ex art. 43, comma 3, T.U. 2001 e non alla "neutralizzazione" della richiesta di restituzione del bene, domanda che non è soggetta a limiti di tempo e non sembra presupporre la trasformazione del bene²¹.

Pertanto, mentre il parere n. 3303/2008 ricostruisce il problema prospettato dall'Amministrazione a partire dall'ammissibilità o meno dell'espropriazione in favore di opere private di pubblica utilità, i termini della questione sembrano essere sensibilmente diversi, fino ad abbracciare la stessa legittimazione del Consiglio di Stato a rendere il parere facoltativo e, segnatamente, a renderlo sostanzialmente in favore dell'amministrazione (locale) attraverso la formale richiesta del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

incorporazione nell'opera pubblica, con i conseguenti indicati effetti sull'assetto proprietario in caso di occupazione illegittima o divenuta tale, riguarda soltanto le parti di suolo interessate da costruzioni, strutture o manufatti di contorno o di servizio, e non pure e soprattutto le parti propriamente destinate a campi di gioco o di gara, che non subiscono un mutamento rilevante del loro aspetto materiale (principio affermato con riferimento all'occupazione di un terreno poi incorporato e non trasformato nella realizzata struttura carceraria di Nuoro: Cass. civ., sez. I, 1° luglio 1991, n. 7231, in *Riv. Giur. Edil.*, 1992, I, 77).

²⁰ In *Rass. Giur. Energia Elettrica*, 1995, 159.

²¹ Secondo quanto statuito, ad esempio, da T.A.R. Toscana, 11 giugno 2004, n. 2066, in *Corr. Giur.*, 2004, 1225, con nota di R. Conti, *Testo unico espropriazione: art. 43 e domanda di esclusione della restituzione senza limiti di tempo*, *ivi*, 1232 ss.