GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

Per un inquadramento di sistema della disciplina dell'art. 42 bis DPR n. 327/2001 alla luce della giurisprudenza costituzionale e del giudice amministrativo

di **Giuseppe Tropea**

4 maggio 2022

---

1. Un criterio sistematico per inquadrare le persistenti criticità in tema di acquisizione sanante può essere quello che parta dal lungo periodo per giungere all'accavallarsi più recente fra impostazione funzionalista e proprietaria nel giro di pochi anni[1].

Nell'espropriazione per p.u. sono presenti, sin dall'origine, due profili[2]: strutturale, attinente al trasferimento di proprietà alla p.a.; funzionale, ovvero volto alla realizzazione dell'interesse pubblico. Il primo aspetto risolve un problema di appartenenza (norme di relazione); il secondo aspetto risolve un problema di attuazione dell'interesse pubblico (norme di azione).

Corollari di tale inquadramento di larga massima, sono, sotto il profilo sostanziale l'esaltazione dei valori della certezza e della garanzia, la centralità delle forme di apprensione del bene. Nel secondo profilo, invece, le forme sono secondarie, in quanto volte a tutelare l'interesse pubblico. Quanto al corollario processuale della distinzione di cui sopra, il giudice dell'appartenenza è notoriamente il g.o., quello dell'interesse pubblico è il g.a. Ovviamente in questa sede semplifico, forse sin troppo, un tema che è stato capo delle tempeste di tutto l'ambito spinosissimo del

riparto, basti pensare all'annoso scontro tra Corti sull'ampiezza della nozione di carenza di potere (in astratto o in concreto).

Nella versione originaria dell'istituto espropriativo il profilo strutturale è centrale, anche se rileva pure l'interesse pubblico, sia *ab initio* (d.p.u.) che ad espropriazione compiuta (retrocessione in caso di mancata realizzazione dell'interesse pubblico). In seguito, si accentua progressivamente l'accezione funzionalista**[3]**, in cui prevale il pubblico interesse e risultano meno garantite certezza e forme. Ciò è legato alle tendenze metodologiche funzionaliste degli anni '70**[4]** ed alla esaltazione del valore conformativo della «funzione sociale» rispetto alla proprietà privata (art. 42 Cost.), sempre più "terribile diritto"**[5]**.

L'assetto funzionalista trova quindi conferma nell'impianto del t.u. espropriazioni del 2001 (d.P.R. n. 327/2001), ma si scontra col "rinascimento proprietario"**[6]** derivante dalla giurisprudenza Corte Edu degli anni 2000**[7]**, poi proseguito dalla Consulta, che si caratterizza essenzialmente per: istanze indennitarie agganciate al valore di mercato del bene; esigenze di garanzia stabilità e prevedibilità, anche nella giurisprudenza (principio di legalità intesa come prevedibilità, non solo della disposizione ma anche della giurisprudenza); lotta alle cd. espropriazioni "larvate".

In un primo momento è la Cassazione ad apparire più legata al dogma funzionalista mentre il g.a. appare più filo-proprietario e in linea con la Cedu. Più di recente, come si dirà, le parti sembrano essersi invertite, specie dopo le due sentenze della Corte costituzionale che hanno fatto i conti prima con l'art. 43 poi con l'art. 42-bis del t.u. espropriazioni.

L'impostazione della Cassazione in tema di accessione invertita, risalente a un notissimo arresto del 1983, non muta dopo le sentenze Corte Edu dei primi del 2000. Si ritiene che l'occupazione acquisitiva non costituisca violazione della Cedu, in quanto l'interpretazione giurisprudenziale è divenuta costante, soddisfacendo il requisito della "prevedibilità"richiesto dalla Corte Edu a supporto del principio di legalità**[8]**. Ma la Corte Edu continua ad essere contraria**[9]**. E così pure la giurisprudenza amministrativa**[10]**.

Sono dell'avviso che sia possibile adottare due chiavi di lettura per cogliere questi residui profili di criticità. Quella sostanziale: del rapporto fra istituti di diritto privato e loro declinazione in senso speciale-pubblicistico (es. usucapione, rinuncia abdicativa, etc.). Quella processuale: dell'acquisizione sanante come problema anche – se non soprattutto ormai – di diritto processuale e di tutele**[11]** (es. tema del riparto di giurisdizione, tema delle tutele e dei poteri del commissario ad acta, tema dei limiti oggettivi del giudicato).

Sviluppando questi due profili indagherò la giurisprudenza costituzionale e amministrativa degli ultimi anni in tema di acquisizione sanante.

2. Già dopo Corte cost. n. 293/2010 che ha dichiarato incostituzionale per eccesso di delega l'art. 43 t.u. espropriazioni, vi è stata una fase giurisprudenziale di passaggio con ricostruzioni funzionalizzanti del g.a., volte a colmare il vuoto lasciato da detta decisione.

Varie opzioni giurisprudenziali, più o meno estrose, sono state adottate per colmare la lacuna, e a fronte della scomunica di Strasburgo verso l'accessione invertita.

Da alcune sentenze che, nel richiamare con prosa significativamente imbevuta di concetti romanistici l'istituto della specificazione (art. 940 c.c.): acquisto della proprietà a titolo originario in capo all'ente specificatore e indennizzo (valore venale) per il proprietario**[12]**, ad altre che, in modo più lineare e meno enfatico, hanno affermato l'obbligo restitutorio facendo però salva l'acquisizione per usucapione ventennale e attribuendo rilievo alla eccessiva onerosità (art. 2058 c.c.) come causa di impedimento della restituzione ove «il costo del ripristino supererebbe il valore di mercato del bene»**[13]**.

In tale scenario Corte cost. n. 71 del 2015 si rivela una decisione per nulla scontata.

Come noto, essa ritiene non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 42 bis del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, sollevata, in riferimento agli artt. 42, 111, commi 1 e 2, e 117, comma 1, Cost., dalla Corte di cassazione, Sezioni Unite civili, in ragione delle significative innovazioni dell'art. 42 bis cit. rispetto al precedente art. 43 del medesimo T.U. espropri, che rendono il meccanismo compatibile con la giurisprudenza della Corte EDU in materia di espropriazioni cosiddette indirette, ed anzi rispondente all'esigenza di trovare una soluzione definitiva ed equilibrata al fenomeno, attraverso l'adozione di un provvedimento formale della pubblica Amministrazione. Tali differenze rispetto al precedente meccanismo acquisitivo consistono, in particolare, nella previsione: del carattere non retroattivo dell'acquisto; della necessaria rinnovazione della valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico a disporre l'acquisizione attraverso uno stringente obbligo motivazionale; del riconoscimento al proprietario non solo del danno patrimoniale ma anche di quello non patrimoniale; della condizione sospensiva per il passaggio della proprietà data dal pagamento delle somme dovute; dell'applicazione dell'acquisizione non solo quando manchi del tutto l'atto espropriativo, ma anche laddove sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera o il decreto di esproprio; infine, della comunicazione del provvedimento di acquisizione alla Corte dei conti da parte della medesima autorità che

acquisisce.

Restano aperti numerosi problemi.

Davvero l'art. 42-bis scoraggia le pratiche non conformi alle norme relative agli espropri in "buona e dovuta forma"? È necessario, in tal senso, un quadro giuridico in cui le acquisizioni sananti "costino" più degli espropri legittimi, per evocare nozioni di analisi economica del diritto **[14]**. Davvero oggi c'è conformità con la Cedu quanto al rispetto del principio di legalità?

Su alcuni problemi aperti ancora non ci sono state ancora Plenarie o prese di posizione della Corte di Strasburgo. La valutazione della p.a. resta discrezionale, ma ci si può legittimamente chiedere se la motivazione sull'interesse pubblico sia realmente sindacabile). Si pensi al tema della potenziale omissione del "giusto procedimento" espropriativo**[15]** che l'art. 42-bis di fatto autorizza.

A fronte di tanti problemi aperti vi sono stati vari interventi di Sezioni unite e Adunanza plenaria, a conferma della persistenza delicatezza della questione. In questa sede mi occuperò solo della giurisprudenza costituzionale e amministrativa pur essendo importante anche la questione del riparto di giurisdizione in tema di indennizzo**[16]**.

In particolare, considererò con l'uso delle chiavi di lettura metodologiche sopra indicate il tema della rinuncia abdicativa (Ad. plen. n. 2 del 2020); della servitù e dell'applicabilità dell'art. 42-bis anche ad attività privatistiche viziate (Ad. plen. n. 5/2020); del giudicato implicito e dei limiti oggettivi del giudicato civile risarcitorio (Ad. plen. n. 6 del 2021). Sullo sfondo, non ancora direttamente decisa ma oggetto di un importante *obiter* nel 2016, si colloca la delicata questione dell'usucapione sanante, che probabilmente si riproporrà a breve: siamo vicini ai venti anni dal 2003...

3. Dopo l'epocale spartiacque rappresentato da Corte costituzionale n. 71/2015, il Consiglio di Stato inizia a riflettere, con una serie di importanti Adunanze plenarie, sui problemi residuali, che la Consulta lascia sul terreno. Le chiavi di lettura continuano ad essere quella sostanziale del rapporto pubblico-privato e quella processuale, relativa ai mezzi di tutela, nell'idea di fondo che si afferma dell'art. 42-bis come unico possibile «procedimento espropriativo semplificato» (Corte cost. n. 71/2015). Il Consiglio di Stato sembra riappropriarsi dell'approccio funzionalista, suscitando una serie di perplessità sul piano dell'efficacia della tutela del privato, ma che attengono anche al metodo di fondo nei rapporti pubblico/privato.

Dopo la sentenza della Consulta del 2015 si prospetta immediatamente un tema di tutele e di corretta perimetrazione dei tempi del potere di cui all'art. 42-bis, tra procedimento e processo.

L'Adunanza plenaria n. 2/2016 parte proprio dal tema relativo all'incertezza sui tempi, problema che si riverbera sulle modalità di tutela del cittadino specie rispetto al silenzio della p.a., per poi fare un discorso a treccentosessanta gradi sull'acquisizione sanante.

Secondo i giudizi di Palazzo Spada nel caso in cui il giudicato disponga espressamente la restituzione del bene l'amministrazione non potrà emanare il provvedimento ex art. 42-bis. Questa preclusione, invece, non sussiste in alcune ipotesi: quando il privato non ha interesse reale ed attuale alla tutela reipersecutoria, e non propone quindi una rituale domanda di condanna dell'amministrazione alla restituzione previa riduzione in pristino; quando il proprietario ha interesse alla restituzione ma il giudice non si pronuncia sulla relativa domanda o si pronuncia "in modo insoddisfacente"; quando il giudice amministrativo, ferma restando l'impossibilità di condannare direttamente in sede di cognizione l'amministrazione a emanare tout court il provvedimento in questione, imponga all'amministrazione, eventualmente anche nel rito sul silenzio, di decidere — ad esito libero, ma una volta e per sempre, e nel rispetto delle garanzie sostanziali e procedurali — se intraprendere la via dell'acquisizione ex art. 42-bis ovvero abbandonarla in favore di altre soluzioni (restituzione del fondo, accordo transattivo, etc.). Rigido garante del principio di riserva di amministrazione, il g.a. esclude la possibilità per il g.a. di condannare l'amministrazione a disporre l'acquisizione sanante, perché altrimenti si sostituirebbe alla discrezionalità amministrativa.

In sintesi, secondo Ad. plen. n. 2/2016 l'illecito permanente ex art. 2043 c.c. viene a cessare solo in conseguenza: a) della restituzione del fondo; b) di un accordo transattivo; c) della rinunzia abdicativa (e non traslativa) da parte del proprietario implicita nella richiesta di risarcimento del danno per equivalente monetario a fronte della irreversibile trasformazione del fondo; d) di una compiuta usucapione, a certe condizioni.

Al netto dei successivi interventi correttivi della stessa Plenaria, ad esempio in tema di rinuncia abdicativa, la sentenza suscita alcune perplessità. Intanto sul fronte dei casi in cui è possibile superare il giudicato restitutorio nell'impiego dell'acquisizione sanante. Quando può dirsi che il giudice si pronunci "in modo insoddisfacente" sulla domanda restitutoria? Potrebbe rientrarvi, magari, un perplesso caso relativo al suolo acquisito per compiere una bonifica nell'impossibilità di una restituzione immediata del bene libero da quanto residuo per il suo precedente impiego a discarica?**[17]**

E il tema dell'usucapione? L'usucapione sanante è "sanata" da Ad. plen. n. 2/2016. Alle seguenti condizioni: a) sia effettivamente configurabile il carattere non violento della condotta; b) si possa individuare il momento esatto della *interversio possesionis*; c) si faccia decorrere la prescrizione

acquisitiva dalla data di entrata in vigore del t.u. espr. (30 giugno 2003) perchè solo l'art. 43 del medesimo t.u. ha sancito il superamento dell'istituto dell'occupazione acquisitiva e dunque solo da questo momento potrebbe ritenersi individuato, ex art. 2935 c.c., il giorno in cui il diritto può essere fatto valere.

Restano delle perplessità: anche in questo caso, infattti, pare di assistere all'impiego di categorie civilistiche piegate a finalità di interesse pubblico.

Talune obiezioni non sembrano essere fugate dalle assertive affermazioni della Plenaria, assertive forse anche perché nel 2016 si opera un consapevole "rinvio" della questione. A mio avviso è ancora solida l'obiezione volta a negare l'usucapibilità in base all'idea che l'attività illecita di costruzione di un'opera non realizzi una valida interversione del possesso, quanto un abuso della situazione di vantaggio cagionata dalla detenzione materiale del bene**[18]**. Si deve quindi dubitare della compatibilità con l'art. 1 Protocollo addizionale Cedu: l'usucapione in queste ipotesi sembra infatti un altro caso di espropriazione indiretta. Il potere di acquisizione, come oggi previsto dall'art. 42-bis, pare qualificare la p.a. come detentrice del bene e non mero possessore (ai fini dell'usucapione): permanendo il potere di acquisizione non c'è *animus possidendi*, ma detenzione. Per non parlare del paradosso di una tutela addirittura inferiore all'accessione invertita: l'estinzione della tutela reale e di quella obbligatoria. Visto il termine di decorrenza dell'usucapione individuato dalla Plenaria, il problema fra un anno inizierà a riproporsi**[19]**. Già il Consiglio di Stato ha operato un *revirement* su quanto detto dalla Plenaria sulla rinuncia abdicativa; ci si chiede se farà lo stesso per l'usucapione sanante. Verrebbe da ritenere di no, se manterrà l'approccio neo-funzionalista che ha assunto negli ultimi anni.

4. Rispetto a tale atteggiamento si segnala prima di tutto una pronuncia meno commentata, ma certamente da non sottovalutare.

Per Ad. plen. n. 5/2020 l'art. 42-bis del d.P.R 8 giugno 2001 n. 327 si applica a tutte le ipotesi in cui un bene immobile altrui sia utilizzato e modificato dall'amministrazione per scopi di interesse pubblico, in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, e dunque quale che sia la ragione che abbia determinato l'assenza di titolo che legittima la disponibilità del bene. Inoltre, il giudicato restitutorio (amministrativo o civile che sia), inerente l'obbligo di restituire un'area al proprietario da parte dell'Amministrazione occupante *sine titulo*, non preclude l'emanazione di un atto di imposizione di una servitù, in esercizio del potere ex art. 42-bis, comma 6, d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327, poichè questo presuppone il mantenimento del diritto di proprietà in capo al suo titolare.

Qui la Plenaria adotta con nettezza un approccio di flessibile rilevanza dell'art. 42-bis, di chiara matrice funzionalista. Da un lato ritiene applicabile la disposizione nel caso di nullità o annullamento di un contratto di compravendita, posto che anche nei modelli privatistici la finalità di interesse pubblico resterebbe immanente al rapporto; dall'altro che il giudicato restitutorio non precluda l'emanazione di un atto di imposizione di servitù, poiché questo presuppone il mantenimento del diritto di proprietà in capo al suo titolare.

Il crinale dei tormentati rapporti pubblico/privato è qui con nettezza lambito: a detta del giudice amministrativo l'azione amministrativa che si concretizza nell'emanazione di provvedimenti amministrativi, ovvero quella che si svolge, in forma paritetica, attraverso la sottoscrizione di accordi con i soggetti privati (art. 11 l. n. 241/1990, in particolare attraverso gli accordi sostitutivi di provvedimento), così come la stessa azione che utilizza direttamente strumenti disciplinati dal diritto privato (in specie, contratti), partecipa dell'unica (ed unificante) ragione di interesse pubblico, che la sorregge e giustifica, rappresentandone la causa in senso giuridico. Una visione marcatamente pan-pubblicista e soggettiva che di fatto identifica il concetto di interesse pubblico e quello della parte pubblica, che si riscontra in molti luoghi della giurisprudenza amministrativa più recente, come quello relativo all'accesso alla fase esecutiva del contratto d'appalto**[20]**, in una «una visione della materia, che fuoriesce dall'angusto confine di una radicale visione soggettivistica del rapporto tra il solo, singolo, concorrente e la pubblica amministrazione e che vede la confluenze la tutela di molteplici interessi anche in ordine alla sorte e alla prosecuzione del contratto». Ritiene ancora la Plenaria, ampliando il compasso applicativo dell'art. 42-bis anche per questo verso, che se oggetto del *petitum* è il recupero del bene alla piena proprietà e disponibilità del soggetto privato originariamente proprietario, non rientra nell'ambito oggettivo del giudicato, e dunque non si pone in contrasto con lo stesso, un provvedimento che, senza incidere sulla titolarità del bene, imponga sullo stesso ex novo (e, quindi, *ex nunc*) una servitù, trattandosi di ipotesi affatto diversa da quella inibita dal giudicato e assolutamente coerente con, e anzi presupponente, il mantenimento della proprietà in capo al privato.

5. In Ad. plen. n. 2/2020 il tema è il rilievo nella fattispecie della rinuncia abdicativa. La Plenaria guarda indietro a modifica il proprio convincimento, precedentemente espresso, seppure in via di *obiter*, nella sentenza n. 2/2016.

Esclude così la configurabilità nel nostro ordinamento della rinuncia abdicativa quale atto implicito ed implicato nella proposizione, da parte di un privato illegittimamente espropriato, della domanda di risarcimento del danno per equivalente monetario derivante dall'illecito

permanente costituito dall'occupazione di un suolo da parte della p.a., a fronte dell'irreversibile trasformazione del fondo.

Lo fa sulla base di tre macro-argomentazioni, molto criticate dai civilisti, ma anche alcuni amministrativisti.

Per l'art. 42-bis l'autorità può acquisire il bene con un atto discrezionale, in assenza del quale scattano gli ordinari rimedi di tutela, compreso quello restitutorio, non residuando alcuno spazio per giustificare la perdurante inerzia dell'amministrazione, che non solo apprende in modo illecito il bene del privato, ma che attraverso una propria omissione (non esercitando il potere all'uopo previsto dalla legge) finirebbe per ottenere la proprietà del bene stesso ancora una volta al di fuori delle procedure legali previste dall'ordinamento.

La scelta, di acquisizione del bene o della sua restituzione, va effettuata esclusivamente dall'autorità (o dal commissario *ad acta* nominato dal giudice amministrativo, all'esito del giudizio di cognizione o del giudizio d'ottemperanza, ai sensi dell'art. 34 o dell'art. 114 c.p.a): 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. Pertanto, il giudice amministrativo, in caso di inerzia dell'Amministrazione e di ricorso avverso il silenzio ex art. 117 c.p.a., può nominare già in sede di cognizione il commissario ad acta, che provvederà ad esercitare i poteri di cui all'art. 42-bis d.P.R. n. 327-2001 o nel senso della acquisizione o nel senso della restituzione del bene illegittimamente espropriato.

Questo è lo snodo argomentativo centrale che la Plenaria pretende di trarre, con talune forzature, dalla sentenza della Consulta del 2015. Questo assunto, come diremo, sconta dei preconcetti di fondo e presenta una serie di eterogenesi dei fini, specie in termini di tutela del privato.

Ma seguiamo ancora l'argomentare della Plenaria e guardiamo quali sono a detta del giudice amministrativo le criticità della rinuncia abdicativa.

> essa non spiega esaurientemente la vicenda traslativa in capo all'Autorità espropriante. Se l'atto abdicativo è astrattamente idoneo a determinare la perdita della proprietà privata, non è altrettanto idoneo a determinare l'acquisto della proprietà in capo all'Autorità espropriante. Ai sensi dell'art. 827 c.c. l'acquisto, peraltro a titolo originario e non derivativo, si realizzerebbe in capo allo Stato e non in capo all'Autorità espropriante. Né l'effetto traslativo può essere recuperato attraverso l'ordine di trascrizione della sentenza di condanna al risarcimento del danno, atteso che le vicende della trascrizione si pongono solo sul piano dell'opponibilità verso terzi degli atti giuridici dispositivi di diritti reali, ma

non disciplinano la validità e l'efficacia giuridica degli stessi.
la rinuncia viene ricostruita quale atto implicito, senza averne le caratteristiche essenziali. La rinuncia abdicativa, se riferita al ricorso giurisdizionale, non viene effettuata dalla parte, né personalmente, né attraverso un soggetto dotato di idonea procura. La domanda risarcitoria non può costituire univoca volontà espressa di rinuncia al bene; l'istituto della rinuncia abdicativa si pone come radicalmente estraneo alla teorica degli atti impliciti che riguarda solo gli atti amministrativi e non gli atti del privato.
infine: essa non è provvista di base legale, in un ambito, come quello dell'espropriazione, dove il rispetto del principio di legalità è richiamato con forza sia a livello costituzionale (art. 42 Cost.), sia a livello di diritto europeo (CEDU). Si è ricordato, infatti, sotto questo profilo, che occorre evitare, in materia di espropriazione cd. indiretta, di ricorrere a istituti che in qualche modo si pongano sulla falsariga della cd. occupazione acquisitiva, cui la giurisprudenza fece ricorso negli anni Ottanta del secolo scorso per risolvere le situazioni connesse a una espropriazione illegittima di un terreno che avesse tuttavia subìto una irreversibile trasformazione in forza della costruzione di un'opera pubblica.

Rispetto a questa dirompente affermazione, il Consiglio di Stato si pone il problema delle sue ricadute sulla parte privata, un po' come aveva fatto con la sentenza n. 13/2017 con l'affermazione del cd. *prospective overrulling*.

Quale tutela, dunque, in caso in "erronea" domanda risarcitoria?

L'ordinamento processuale offre un adeguato strumentario per evitare, nel corso del giudizio, che le domande proposte in primo grado, congruenti con quello che allora appariva il vigente quadro normativo e l'orientamento giurisprudenziale di riferimento assurto a diritto vivente, siano di ostacolo alla formulazione di istanze di tutela adeguate al diverso contesto normativo e giurisprudenziale vigente al momento della decisione della causa in appello: la conversione della domanda ove ne ricorrano le condizioni (art. 32 c.p.a.); la rimessione in termini per errore scusabile (art. 37 c.p.a.); l'invito alla precisazione della domanda in relazione al definito quadro giurisprudenziale, in tutti i casi previa sottoposizione della relativa questione processuale, in ipotesi rilevata d'ufficio, al contraddittorio delle parti ex art. 73, comma 3, c.p.a., a garanzia del diritto di difesa di tutte le parti processuali.

Invero come accennato le criticità restano, e sono tante. Come diremo, peraltro, si trascineranno nella successiva sentenza n. 6 del 2021.

Prima di tutto, di nuovo, ad essere evocata è la cornice generale dei rapporti pubblico/privato: il diritto privato viene implicitamente bollato come «terra di nessuno»**[21]** ed emerge una velata diffidenza del g.a. per un meccanismo di tutela affidato al soggetto leso.

Da un punto di vista più strettamente tecnico, il riferimento alla teoria dell'atto amministrativo implicito sembra scarsamente pertinente rispetto alla rinuncia abdicativa alla proprietà, che è istituto del tutto differente per presupposti, ambito di operatività e conseguenze. Peraltro, le più recenti acquisizioni civilistiche ammettono la rinuncia abdicativa implicita. In questo senso i giudici si limitano a escludere la rilevanza dell'art. 827 c.c. (che disciplina l'appartenenza allo Stato dei beni vacanti), ma non richiamano altre norme come l'art. 1070 c.c. (rinunzia della proprietà a favore del proprietario del fondo dominante), l'art. 1104 c.c. (abbandono del diritto del comunista a favore degli altri partecipanti). Infine, si osserva che il mancato effetto traslativo in capo all'ente espropriante non impedisca di considerare legittima l'operazione di sussunzione della rinuncia abdicativa nella domanda giudiziale di risarcimento del danno**[22]**.

Taluni sono arrivati a parlare, commentando questa operazione ermeneutica, di abdicazione di giustizia**[23]**.

Secondo questa prospettiva critica il richiamo alla tutela proprietaria costituzionale e convenzionale europea si rivela singolare all'interno della decisione, sol che si osservi che l'affermazione del conseguente principio di diritto è la circoscrizione dei poteri di reazione del privato e, comunque, la riserva alla sola amministrazione occupante della decisione sulla sorte del bene (restituzione o acquisizione).

Sicché a fronte dell'illecita occupazione di un bene immobile la determinazione legislativa delle legittime modalità di esproprio non può essere considerata come limite all'ordinario potere dispositivo del proprietario. Si ritiene, in tal senso, che «il problema, all'evidenza, ruota tutto attorno all'effettività delle tutele. Nel nuovo assetto delineato dall'adunanza plenaria la palla passa dal privato (e dal giudice) alla pubblica amministrazione: nel che, beninteso, sta il rovesciamento di prospettiva che consente di sterilizzare l'insana ansia del privato di dettare i tempi della traiettoria che dovrebbe portare alla finale (magari, comunque, tardiva) soddisfazione delle sue ragioni e alla pubblica amministrazione di tornare alla compostezza del suo privilegio, con agio di decidere come le conviene»**[24]**. Si prospetta così un'opzione alternativa: trattandosi di illecito permanente funzionerebbe sempre il principio della *property rule*, che deve funzionare di default, al privato spetta comunque l'azione restitutoria, assuma essa carattere reale (art. 948 c.c.) o personale (art. 2043-2058 c.c.), oltre che risarcitoria.

Dall'asserita esaustività e autosufficienza dell'istituto dell'acquisizione 'sanante' non si potrebbe far derivare la limitazione o, meglio, l'elisione degli ordinari poteri, dispositivi e di azione, del privato che abbia sofferto l'illecita condotta dell'amministrazione, se non operando un salto logico e giuridico inammissibile. In ragione di tale impropria operazione logica, verrebbe creata

una norma che non poggia su alcun fondamento e che è in contraddizione con la legge di Hume, ossia frutto di un salto logico dalla realtà dell'essere a quella del dover essere**[25]**. In altri termini, si compie una operazione di normogenesi, logicamente invalida e giuridicamente inammissibile, non foss'altro perché contraria al principio di divisione dei poteri. Peraltro, conducendo ad un esito abdicatorio del diritto di proprietà del privato.

Si arriva per questa via alla prospettazione di un possibile difetto di giurisdizione ex art. 111 Cost. (eccesso di potere giurisdizionale), tema alquanto delicato dopo la notissima vicenda che ha portato alla recente sentenza della Corte di giustizia, Grande Sezione, nel caso *Ranstad,* che non a caso si colloca a metà strada tra questioni di stretto diritto processuale, come la nozione di "giurisdizione" o di interesse strumentale, e vicende profonde, di ordine perfino istituzionale di dialogo/scontro tra Corti, che toccano i confini disciplinari tra pubblico e privato.

6. Come detto i nodi della tutela vengono al pettine in Ad. plen. 6 del 2021, che evidenzia ulteriormente le criticità derivanti da Ad. plen. n. 2/2020. Nel contrasto tra certezza e stabilità dei rapporti vs. legalità nazionale e convenzionale ci troviamo dinanzi una giurisprudenza amministrativa all'apparenza molto sbilanciata sulla prima. Di nuovo quindi si misura uno scarto rispetto alla tradizione ante-sentenze della Corte costituzionale del 2010 e del 2015.

Il Tribunale di Cagliari nel 2006 ritiene che la fattispecie che gli viene portata all'attenzione è un caso di occupazione appropriativa, ma rigetta espressamente la domanda per prescrizione. Il Tar Sardegna respinge quindi un successivo ricorso sulla medesima vicenda ribadendo che si tratta di occupazione appropriativa, e che l'iniziale richiesta risarcitoria fosse da considerare come rinuncia abdicativa alla proprietà dell'opera. Nel frattempo, tuttavia, tale sistemazione viene superata da Ad. plen. n. 2/2020, secondo la quale l'acquisto della proprietà da parte della p.a. può ormai avvenire solo ex art. 42-bis, in base a una – pretesa – rigorosa applicazione del principio di legalità. Quindi, come detto, la Plenaria del 2020 affronta il conseguente tema dei riflessi processuali con riferimento ai giudizi già instaurati a seguito della proposizione dell'azione risarcitoria nel precedente assetto pretorio. Il punto è che nel caso all'esame della Plenaria del n. 6/2021 tali ausili alla parte privata finiscono per non operare, per la peculiarità della fattispecie. La domanda di fondo, infatti, è se il giudicato che si è formato sulle domande risarcitorie e petitorie proposte alla luce del precedente assetto pretorio «copra» anche l'acquisizione della proprietà in capo alla p.a. ovvero se residui uno spazio per attivare la tutela delineata nel 2020 della Plenaria.

Ad. plen. n. 6 del 2021 lo esclude perentoriamente.

In caso di occupazione illegittima, a fronte di un giudicato civile di rigetto (per prescrizione) della domanda di risarcimento del danno per l'equivalente del valore di mercato del bene illegittimamente occupato dalla pubblica amministrazione, formatosi su una sentenza irrevocabile contenente l'accertamento del perfezionamento della fattispecie della cd. occupazione acquisitiva, alle parti e ai loro eredi o aventi causa è precluso il successivo esercizio, in relazione al medesimo bene, sia dell'azione (di natura personale e obbligatoria) di risarcimento del danno in forma specifica attraverso la restituzione del bene previa rimessione in pristino, sia dell'azione (di natura reale, petitoria e reipersecutoria) di rivendicazione, sia dell'azione ex artt. 31 e 117 c.p.a. avverso il silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza di provvedere ai sensi dell'art. 42-bis, d.P.R. n. 327/2001. Insomma: un completo deficit di tutela. Al fine della produzione di tale effetto preclusivo non è necessario che la sentenza passata in giudicato contenga un'espressa e formale statuizione sul trasferimento del bene in favore dell'amministrazione, essendo sufficiente che, sulla base di un'interpretazione logico-sistematica della parte-motiva in combinazione con la parte-dispositiva della sentenza, nel caso concreto si possa ravvisare un accertamento, anche implicito, del perfezionamento della fattispecie della cd. occupazione acquisitiva e dei relativi effetti sul regime proprietario del bene, purché si tratti di accertamento effettivo e costituente un necessario antecedente logico della statuizione finale di rigetto.

Tale presa di posizione è passibile di critiche sul piano sostanziale e su quello processuale.

Per l'Adunanza Plenaria il giudicato civile si è «formato sia sull'inesistenza del diritto al risarcimento dei danni perché estinto per prescrizione», sia sul suo immediato e diretto presupposto logico-giuridico costituito dal «regime proprietario del bene conseguente all'accertato perfezionamento della c.d. 'occupazione acquisitiva'» e, dunque, sull'acquisto a titolo originario del bene da parte dell'amministrazione in virtù della sua "irreversibile trasformazione". E tuttavia, dal momento della produzione dei fatti alla introduzione del giudizio civile e alla successiva sentenza, per poi arrivare alla Plenaria del 2021, si è verificato il completo e assoluto mutamento della qualificazione pretoria del fatto illecito (da istantaneo a permanente) ed è stato escluso che dal medesimo potessero scaturire effetti incidenti sul diritto di proprietà. L'effetto preclusivo derivante dal giudicato civile di rigetto della domanda attorea non è subordinato alla sussistenza nella pronuncia (e nel dispositivo) della formale chiara e univoca statuizione costitutiva del trasferimento del bene in favore dell'amministrazione in base alla "occupazione appropriativa" (né poteva essere così, perché ormai la tesi dell'occupazione acquisitiva era superata). Sicché, è lecito chiedersi, si può immaginare che il giudicato si estenda a una prassi (prima *praeter*, poi *contra legem*) ormai obsoleta o ci sarebbe stato invece un obbligo

di interpretazione conforme a Cedu?[26].

A tal fine si propone, da parte di alcuni[27], l'autonomia fra due giudizi e la possibilità del g.a. di apprezzare autonomamente la fondatezza, in fatto e in diritto, della sentenza civile. Da escludere in questo caso, visto il superamento della fattispecie dell'occupazione acquisitiva. Resta il problema del giudicato e del suo potenziale contrasto alla Cedu, in particolare all'art. 1 Protocollo 1 annesso alla Cedu. Sul punto esiste, come noto, la chiusura della Corte costituzionale, che con sentenza n. 123/2017 ha dichiarato la questione di costituzionalità dell'art. 395 c.p.c. per un verso inammissibile per altro verso infondata. Si afferma ivi che è rimessa agli Stati medesimi la scelta di come meglio conformarsi alle pronunce della Corte, senza indebitamente stravolgere i principi della res iudicata o la certezza del diritto nel contenzioso civile, in particolare quando tale contenzioso riguarda terzi con i propri legittimi interessi da tutelare. Al netto delle criticità che tale sentenza poteva o meno presentare, il momento dell'intervento legislativo sembra finalmente arrivato, come conferma l'art. 1, comma 10, della legge delega di riforma del processo civile, n. 206/2021.

Sul fronte delle critiche più schiettamente processuali, invece, si ritiene che né il c.p.c. né il c.p.a. conferiscono alla sentenza civile efficacia di giudicato nel processo amministrativo[28].

Ma soprattutto è la discussa figura pretoria del "giudicato implicito", da taluni criticamente definito «invisibile»[29], ove riferita alla cd. pregiudizialità logica ed alla cd. pregiudizialità tecnica, che fa discendere l'esistenza di una decisione vincolante per le parti su situazioni sostanziali diverse da quelle oggetto di domanda da un evento su cui le parti stesse non hanno esercitato alcun controllo. Tale evento è il ragionamento compiuto dal giudice per pronunciarsi sulla (unica e vera) domanda proposta: la logica dell'implicito è infatti inesorabile nell'attrarre tutte le premesse fondanti l'accertamento sulla domanda, solo in virtù del fatto che sono tali, alla stessa natura di tale accertamento. Ma quando tali premesse hanno consistenza di altra e diversa posizione sostanziale di cui nessuna parte ha chiesto la tutela, la loro semplice ricognizione in sentenza, benché logicamente necessaria, non è "decisione/accertamento" ma atto solipsistico del giudice insuscettibile di giustificare un vincolo da giudicato in capo a chi, come le parti del processo, vi è rimasto estraneo. Men che mai questo vincolo può ascriversi ad esigenze di economia processuale e di garanzia della certezza e stabilità dei rapporti giuridici come fa il Consiglio di Stato riprendendo affermazioni tralaticie della giurisprudenza civile di legittimità. Obiettivi di celerità dei giudizi e di armonia delle decisioni possono perseguirsi costruendo un giudicato dai limiti molto ampi, ma sempre e solo a patto di rispettare le regole del *due process* *[30]*. Proprio quelle regole che la lezione del giudicato implicito invece nega, e per mano di

giudici ai quali, secondo la Costituzione repubblicana, neppure competono valutazioni di *policy* processuale. Il tema della ragionevole durata del processo e dell'economia processuale, declinato secondo il discorso del giudicato implicito, si è accompagnato ultimamente a un'idea utilitaristica di giustizia (es. abuso del processo e meritevolezza della tutela) che, sulla base di generiche clausole generali (es. buona fede, solidarietà sociale) ha portato a una normogenesi pretoria per principi alquanto discutibile**[31]**.

7. Il tema dell'acquisizione sanante, nei suoi persistenti nodi aperti, conferma che la vicenda delle occupazioni illegittime dell'amministrazione continua a non avere pace, nonostante gli importanti assestamenti che si registrano da poco più di un lustro, grazie alla giurisprudenza finalmente confluente nel 2015 di Corte costituzionale e Cassazione.

E tuttavia i tanti aspetti problematici ancora non chiariti stentano a trovare, come visto, confluenze giurisprudenziali come avvenuto sull'an dell'istituto.

L'idea di fondo di chi scrive è che ciò è avvenuto perché, al fondo, si hanno visioni opposte su temi di respiro teorico generale, attinenti sotto il profilo sostanziale il rapporto pubblico/privato, sotto quello processuale il rapporto fra certezza e ragionevolezza dei tempi della tutela e legalità nazionale ed europea.

Da amministrativista, fermandomi a guardare il mio ambito disciplinare, e senza coinvolgere qui l'opinione del civilista, osservo che tali antitetiche opinioni si incontrano anche all'interno dei cultori della mia disciplina.

Per un verso, infatti, c'è chi critica la levata di scudi contro un diritto privato raffigurato come un mondo popolato da sterili e primitivi egoismi connotati soltanto da una rozza dimensione economico-patrimoniale, unitamente alla per contro insistita raffigurazione in chiave salvifica di un diritto amministrativo (e del suo giudice)**[32]**.

Sul versante opposto c'è chi, richiamando i classici del pensiero liberale, su tutti Vittorio Emanuele Orlando, ritiene di fare un'apologia del diritto amministrativo e del suo giudice**[33]**, e di criticare la dottrina che negli anni ha prefigurato una progressiva civilizzazione del diritto amministrativo, attaccando altresì taluni momenti di discutibile accondiscendenza nei confronti del giudice della giurisdizione, magari secondo quella logica confusiva della costruzione di un diritto "comune", che, a ben vedere, sarebbe soltanto un cavallo di Troia del diritto amministrativo e della sua tradizionale anima garantista.

Il noto caso *Randstad*, deciso con una sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia del 21 dicembre 2021, costituisce la cartina di tornasole di tale dibattito, a volte anche aspro, tra

settori disciplinari e ordini giurisdizionali.

È vero altresì che si registrano prospettive riconcilianti e ireniche, che teorizzano la conclamata crisi della dicotomia pubblico/privato e la necessità di ripensare i paradigmi dello Stato diritto.

Basta scorrere le pubblicazioni degli ultimi anni, tra le quali emerge un'elegante analisi in senso genealogico della parabola moderna della grande dicotomia e le ragioni della sua persistente crisi**[34]**, accompagnandola magari con analisi in senso sincronico**[35]**.

Si vedrà come la cifra di queste impostazioni sia quella che ravvede interconnessioni, sovrapposizioni, perdita di identità, che creerebbero maggiore ricchezza e ambiguità, richiedendo canoni e paradigmi nuovi, anche di carattere empirico**[36]**.

Anche nella manualistica universitaria e per concorsi, spesso ascrivibile alla penna di magistrati, osserviamo questo riposizionamento sistematico: penso a testi quali "Dal diritto civile al diritto amministrativo"**[37]**, nel quale si parla di due discipline in corso di allineamento, che si muovono lungo uno *sky-line* frastagliato, o ad recenti altri testi in cui si parla ormai di superamento della contrapposizione tra istituti di diritto pubblico e di diritto privato, vedendosi nel diritto amministrativo il nuovo diritto comune dei rapporti giuridici complessi**[38]**.

Anche la teorica del "diritto debole"**[39]** si muove su tale linea: «occorre ripartire dalla neutralità del rapporto giuridico, inteso come relazione materiale» tra interessi sostanziali, «come substrato teorico e tecnico per una rivisitazione in senso funzionale della relazione tra diritto pubblico e privato».

Insomma: la sfida sistematica è aperta, e da essa passa la soluzione delle questioni che continuano a tormentare l'istituto dell'acquisizione sanante, prima che torni a farsi sentire la Corte di Strasburgo.

---

[1] Per un affresco generale sui corsi e ricorsi della "grande dicotomia", cfr. B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

[2] Cfr. A. Romano Tassone, *Introduzione ai lavori*, relazione al Convegno su "Espropriazione per pubblica utilità", svoltosi a Reggio Calabria l'11 e 12 ottobre 2013, reperibile sul sito

www.associazione111.it.

[3] Già a far data dal ventennio fascista. Emblematico, sul punto, S. Pugliatti, I*nteresse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in Atti del primo Congresso nazionale di diritto agrario (1935), ora in Id., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 1.

[4] N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007.

[5] S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990.

[6] L. Nivarra, *La proprietà europea tra controriforma e "rivoluzione passiva"*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 583 ss.

[7] R. Conti, *L'occupazione acquisitiva: tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006

[8] Cfr. ad. es. Cass., sez. un., n. 5902 e 6583 del 2003.

[9] V. il caso *Scordino*: Scordino c/Italia, Sez. I, 15 luglio 2004; Sez. I, 29 luglio 2004; Sez. IV, 17 maggio 2005; *Grande Chambre*, 29 marzo 2006; Sez. IV, 6 marzo 2007.

[10] Cons. St., ad. plen., 29 aprile 2005, n. 2.

[11] In tal senso, mi permetto di rinviare già a G. Tropea, *Le persistenti "valvole di sicurezza del sistema": l'acquisizione sanante come questione di stretto diritto processuale?*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 591 ss.

[12] Tar Puglia, Lecce, n. 785/2011.

[13] Cons. St., sez. IV, n. 3561/2011.

[14] G. Veltri, *La tutela restitutoria in materia espropriativa: lo stato della giurisprudenza ed i nodi ancora irrisolti*, in www.giustizia-amministrativa.it.

[15] F. Saitta, *Verso un "giusto" procedimento espropriativo*, in *Dir. amm.*, 2013, 627 ss.

[16] Sul tema v. Cass., sez. un., 20 luglio 2021, n. 20691.

[17] Cons. St., sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4403.

[18] Cons. St., sez. IV, n. 3346/2014.

[19] Sull'attuale inapplicabilità dell'usucapione v., da ultimo, Tar Toscana, 15 febbraio 2022, n. 174.

[20] Ad. plen. n. 10/2020.

[21] G.D. Comporti, *La strana metafora della terra di nessuno: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 529 ss.

[22] A. Vacca, *Profili strutturali dell'attività di ius dicere nell'abdicazione del diritto di proprietà*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 158.

[23] C. Bona-R. Pardolesi, *Rinunzia abdicativa, abdicazione di giustizia?*, in *Foro it.*, 2020, III, 134 ss.

[24] C. Bona-R. Pardolesi, *Rinunzia abdicativa, abdicazione di giustizia?*, cit.

[25] A. Vacca, *Profili strutturali dell'attività di ius dicere nell'abdicazione del diritto di proprietà*, cit., 166.

[26] W. Gasparri, *Occupazione appropriativa, rigetto della domanda risarcitoria e acquisto del bene: alla ricerca dei limiti oggettivi del giudcicato*, in *Urb. app.*, 2021, 501.

[27] B. Merola-S. Perongini, *Occupazione acquisitiva: giudicato implicito civile ed efficacia preclusiva nel processo amministrativo*, in *Urb. app.*, 2021, 507.

[28] B. Merola-S. Perongini, *Occupazione acquisitiva: giudicato implicito civile ed efficacia preclusiva nel processo amministrativo*, cit., 507.

[29] A. Panzarola, *Contro il cosiddetto giudicato implicito*, in www.judicium.it, n. 3/2019.

[30] C. Delle Donne, *"Giudicato implicito" vs giusto processo: a che punto è la notte? (Intorno ad A.P. n. 6 del 2021*), in pubblicazione in www.judicium.it.

[31] Sul punto sia consentito il rinvio a G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015. Cfr. anche C.E. Gallo, *L'abuso del processo nel giudizio amministrativo*, in *Dir. e proc. amm*., 2008, 1005 ss.

[32] G.D. Comporti, *La strana metafora della terra di nessuno: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere*, cit., *passim*.

[33] M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008. Per un'aggiornata difesa del giudice amministrativo cfr. C.E. Gallo, *Attualità del giudice amministrativo*, in www.giustiziainsieme.it, 15 giugno 2021.

[34] B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, cit.

[35] A. Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020.

[36] S. Cassese, *Diritto privato/diritto pubblico: tradizione, mito o realtà?*, in *Dialoghi con G. Alpa, un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, a cura di G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno-Zencovich, Roma, 2018, 56

[37] A. Plaisant, *Dal diritto civile al diritto amministrativo*, IV es., Udine, 2020.

[38] G.P. Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Padova, 2021. Ma v. già le pagine di M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir*., XII, Milano, 1964, spec. 866.

[39] M. Protto, *Il diritto debole*, Torino, 2019.

nodi gordiani?", Roma, 15 marzo 2022. Destinata agli *Scritti in onore di C.E. Gallo.*