

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

PER LA CAMPANIA

SEDE DI NAPOLI – V[^] SEZIONE

composto dai Signori Magistrati:

- ANTONIO ONORATO Presidente
- OBERDAN FORLENZA Consigliere
- GABRIELE NUNZIATA Primo Referendario Estensore

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sui ricorsi riuniti nn.2690 e 2948/2008 proposti dai Sig. D'Angelo Nicolina, De Marco Gennaro, De Marco Vittoria e De Marco Tecla, rappresentati e difesi dagli Avv. Riccardo Soprano ed Antonio Sasso ed elettivamente domiciliati presso il loro studio in Napoli, Via Toledo n.156;

CONTRO

COMUNE DI CASAPESENNA, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Mario Salvi ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Napoli, alla via Andrea D'Isernia n.16;

E CON L'INTERVENTO *AD OPPONENDUM* DELLA

A.S. CASAPESENNA, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Nicola Salvi ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Napoli, alla via Andrea D'Isernia n.16;

PER OTTENERE

Quanto al ricorso n.2690/2008:

l'esecuzione del giudicato formatosi sulla sentenza di questa Sezione n.73 del 9/1/2008, notificata in data 11-14/1/2008, non impugnata e con la quale il Comune di Casapesenna è stato condannato a restituire ai ricorrenti il terreno di loro proprietà, previo ripristino dello stato dei luoghi.

Quanto al ricorso n.2948/2008:

l'annullamento, previa sospensione, della Delibera di Consiglio Comunale n.2 del 5/3/2008 di acquisizione al patrimonio comunale ex art.43 del DPR n.327/2001, nonché per l'accertamento del diritto ad essere reintegrati nella piena titolarità e nel possesso del fondo di proprietà in

Casapesenna fl. n.12 part.IIa n.24 previa rimozione delle opere eseguite, nonché in via subordinata per la condanna del Comune al risarcimento dei danni.

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Viste le memorie depositate dal Comune di Casapesenna;

Visto l'atto di intervento della A.S. CASAPESENNA;

Visto il ricorso incidentale proposto dal Comune di Casapesenna;

Vista la documentazione depositata dal Comune di Casapesenna;

Vista l'ordinanza di questo Tribunale n.1742 del 2008, quale resa sul ricorso n.2948/2008, di accoglimento della domanda di sospensione;

Vista l'ordinanza di questo Tribunale n.576 del 2008, quale resa sul ricorso n.2690/2008, di rinvio della trattazione della causa all'udienza pubblica del 9 ottobre 2008;

Vista la memoria della A.S. Casapesenna;

Vista la memoria del Comune di Casapesenna;

Vista la memoria di parte ricorrente;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il Primo referendario Gabriele Nunziata per la pubblica udienza del 9 ottobre 2008, ed ivi uditi gli Avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Quanto al ricorso n.2690/2008:

Espongono in fatto gli odierni ricorrenti di essere proprietari di un fondo in Casapesenna al fl.12 p.IIa 24, già oggetto di procedura ablatoria in ordine alla quale questo Tribunale, con sentenza n.73/2008, ha annullato gli atti impugnati e condannato il Comune a restituire ai ricorrenti il terreno previo ripristino dello stato dei luoghi. Tale provvedimento non è stato gravato di impugnazione, di qui la rituale diffida cui non è seguito alcun riscontro.

Quanto al ricorso n.2948/2008:

Richiamate le circostanze di cui al precedente ricorso, espongono i ricorrenti che, con nota n.330 del 23/1/2008, il Comune di Casapesenna ha comunicato l'avvio del procedimento per l'emanazione del provvedimento di cui all'art.43, 2° comma, del DPR n.327/2001, mentre con l'impugnata Delibera del Consiglio Comunale n.2 del 5/3/2008 è stata disposta l'acquisizione al patrimonio indisponibile delle aree di cui al fl.12 part.IIa 5304, corrispondendo a titolo di risarcimento dei danni la complessiva somma di € 86856,26.

Il Comune di Casapesenna si è costituito per negare la formazione del giudicato sulla sentenza n.73/2008 e replicare alle singole censure spiegate da parte ricorrente; con ricorso incidentale è stato poi chiesto che il Tribunale, in caso di fondatezza dei ricorsi, disponga la sola condanna al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene, ai sensi e per gli effetti di cui all'art.43, comma 3, del DPR n.327/2001, sostenendo la prevalenza dell'interesse pubblico al mantenimento dell'opera. La A.S. Casapesenna calcio, in sede di intervento, ha insistito per il rigetto dei ricorsi.

Alla pubblica udienza del 9 ottobre 2008 le cause sono state chiamate e trattenute per la decisione, come da verbale.

DIRITTO

1. Con i ricorsi in esame i ricorrenti deducono l'elusione del giudicato formatosi sulla citata pronuncia di questo Tribunale, nonché la violazione dell'art.43 e dell'art.57 del DPR n.327/2001, dell'art.21-*septies* e dell'art.7 della Legge n.241/1990 oltre all'eccesso di potere per difetto di istruttoria.

2. Il Collegio ritiene preliminarmente di disporre la riunione dei ricorsi attesa la connessione oggettiva e soggettiva.

3. Quanto al merito della vicenda, è noto che, in caso di annullamento giurisdizionale degli atti inerenti alla procedura di espropriazione per pubblica utilità (dichiarazione di pubblica utilità e occupazione di urgenza), il proprietario può chiedere – mediante il giudizio di ottemperanza – la restituzione del bene piuttosto che il risarcimento del danno per equivalente monetario, anche se l'area è stata irreversibilmente trasformata a seguito della realizzazione dell'opera pubblica.

L'unico rimedio riconosciuto dall'ordinamento alla Pubblica Amministrazione per evitare la restituzione dell'area è la emanazione di un (legittimo) provvedimento di acquisizione c.d. "*sanante*" ex art. 43 del DPR n.327/2001, in assenza del quale l'Amministrazione non può addurre la intervenuta realizzazione dell'opera pubblica quale causa di impossibilità oggettiva e quindi come impedimento alla restituzione (Cons. Stato, A. P., 29.4.2005, n.2).

3.1 La vicenda in esame fu oggetto di una prima pronuncia di questa Sezione (23.1.2003, n.388) con la quale, in relazione ad una Delibera di Giunta di approvazione del progetto esecutivo per la realizzazione di un campo di calcio ed alla successiva Delibera di approvazione del progetto per i lavori di completamento delle attrezzature sportive con acquisizione dell'area in questione, venne censurato l'operato dell'Amministrazione in ragione non solo del mancato compimento dell'*iter* previsto per la formazione della variante urbanistica, ma anche dell'inadempimento dell'obbligo di assicurare il contraddittorio con i soggetti interessati, adempiendo alle formalità all'uopo previste dalle specifiche disposizioni regolanti l'*iter* espropriativo a tutela appunto delle garanzie del giusto procedimento. Con successive sentenze veniva prima (5.6.2003, n.7290) annullata una nota del Comune di diniego di restituzione del suolo occupato e disposta la restituzione dello stesso con ripristino dello stato dei luoghi, poi (24.12.2003, n.15611) accolto il ricorso per l'esecuzione del relativo giudicato con nomina di un commissario *ad acta*.

Poiché, pur riconoscendosi l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, era stata dichiarata l'inammissibilità dei motivi aggiunti con i quali parte ricorrente aveva chiesto la restituzione dell'area dal momento che "*il fondo ha subito una radicale trasformazione a causa della esecuzione dei lavori, i quali hanno portato alla realizzazione di una porzione significativa del complesso sportivo. ... Pertanto, nonostante l'illegittimità della attività costruttiva, va riconosciuto che il*

risultato costruttivo presenta la vocazione ad una destinazione ed utilizzazione dell'opera a fini pubblicitici, per cui i ricorrenti hanno perduto il bene, attratto dal regime giuridico della nuova opera pubblica.", l'adito Consiglio di Stato (3.5.2005, n.2095) dichiarò che sull'Amministrazione gravava l'obbligo di restituire l'area occupata e detenuta illegittimamente, atteso che il diritto alla restituzione del bene, conseguendo automaticamente all'annullamento degli atti ablatori, era sorretto da una causa autonoma che lo rende insensibile alle vicende della diversa domanda di risarcimento dei danni, tanto più che l'impianto sportivo era ben lungi dall'essere completato e il terreno non aveva ancora subito quella radicale trasformazione che avrebbe rappresentato un ostacolo insormontabile al ripristino dello *status quo ante*.

3.2 Con sentenza di questa Sezione n.73/2008 sono poi stati annullati per incompetenza gli atti inerenti l'adozione da parte della Giunta comunale della procedura ex art.43 del DPR n.327 del 2001, con condanna del Comune intimato a restituire ai ricorrenti il terreno previo ripristino dello stato dei luoghi.

Nel frattempo, tuttavia, a seguito della apertura del procedimento con nota n.330 del 23/1/2008, è intervenuto il provvedimento di acquisizione sanante ai sensi dell'art. 43 sopra menzionato, sicchè la richiesta restituzione quale ripristino in forma reale non può più avere luogo. Si ritiene, infatti, pacificamente che anche in sede di giudizio di ottemperanza trovi applicazione la disposizione dell'art. 43 del DPR 327 del 2001 che, in caso di apprensione e modifica di "*res sine titulo*" o con titolo annullato, consente la possibilità di *neutralizzare* la domanda di restituzione del bene *proprio e solo* con l'adozione di un atto formale preordinato alla acquisizione del bene medesimo (con corresponsione di quanto spettante a titolo risarcitorio), ovvero con la speciale domanda giudiziale formulata nel giudizio in questione ai sensi dello stesso articolo 43.

4. Avuto riguardo alla Delibera di Consiglio Comunale n.2 del 5/3/2008 di acquisizione al patrimonio comunale ex art.43 del DPR n.327/2001, nonché alla richiesta di accertamento del diritto ad essere reintegrati nella piena titolarità e nel possesso del fondo di proprietà in Casapesenna fl. n.12 partita 2626 part.lla n.24 previa rimozione delle opere eseguite, nonché in via subordinata di condanna del Comune al risarcimento dei danni, la Sezione osserva che è proprio l'assetto degli interessi quale definito con la citata Delibera consiliare che diventa oggetto di verifica di legittimità.

4.1 Non si ritiene di poter in questa sede ignorare che la giurisprudenza della Cassazione (es. SS.UU., 6.5.2003, n. 6853) ha individuato i caratteri nella cosiddetta occupazione appropriativa : a) nella trasformazione irreversibile del fondo, con destinazione ad opera pubblica o ad uso pubblico, che determina l'acquisizione della proprietà alla mano pubblica; b) nel fenomeno, in assenza di formale decreto di esproprio, che ha il carattere dell'illiceità, che si consuma alla scadenza del periodo di occupazione autorizzata (e quindi legittima) se nel frattempo l'opera pubblica è stata realizzata, oppure al momento della trasformazione qualora l'ingerenza nella proprietà privata abbia già carattere abusivo o se essa acquisti tale carattere perché la trasformazione medesima avviene dopo la scadenza del periodo di occupazione legittima; c) nell'acquisto a favore della P.A.. che si determina soltanto qualora l'opera sia funzionale ad una destinazione pubblicitica, e ciò avviene solo per effetto di una dichiarazione di pubblica utilità formale o connessa ad un atto amministrativo che, per legge, produca tale effetto, con conseguente esclusione dall'ambito applicativo dell'istituto di comportamenti della P.A. non collegati ad alcuna utilità pubblica formalmente dichiarata (cosiddetta occupazione usurpativa), o per mancanza "*ab inizio*" della dichiarazione di pubblica utilità o perché questa è venuta meno in seguito ad annullamento dell'atto in cui essa era contenuta o per scadenza dei relativi termini (in tal caso non si produce l'effetto acquisitivo a favore della P.A. ed il proprietario può chiedere la restituzione del fondo occupato e, se a tanto non ha interesse e quindi vi rinunzi, può avanzare domanda di risarcimento del danno, che

deve essere liquidato in misura integrale); d) nella circostanza che il soggetto che ha subito l'ablazione di fatto, per ottenere il risarcimento del danno, ha l'onere di proporre domanda in sede giudiziale entro il termine di prescrizione quinquennale (art. 2947 c.c.), la cui decorrenza è ancorata alla data di scadenza dell'occupazione legittima se l'opera pubblica è realizzata nel corso di tale occupazione, oppure al momento dell'irreversibile trasformazione del fondo se essa è avvenuta dopo quella scadenza (o in assenza di decreto di occupazione d'urgenza, ma sempre nell'ambito di valida dichiarazione di pubblica utilità).

4.2 Tuttavia tale ricostruzione giurisprudenziale dell'occupazione appropriativa (e usurpativa) è del tutto incompatibile con la disciplina normativa introdotta dal D.Lg.vo n. 327/2001 ed entrata in vigore il 30 giugno 2003. Quest'ultimo contiene, infatti, un capo VII, intitolato alle "*Conseguenze della utilizzazione di un bene per scopi di interesse pubblico, in assenza del valido provvedimento ablatorio*", nel quale rientra soltanto l'art. 43, la cui rubrica è "*Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*".

L'incompatibilità tra le attuali previsioni di legge e la ricostruzione "*pretoria*" del fenomeno occupazione appropriativa e usurpativa è evidente, se solo si considera che la disposizione sopra riportata subordina all'adozione di apposito provvedimento discrezionale il trasferimento di proprietà dei beni immobili utilizzati per scopi di interesse pubblico, a seguito di modificazione avvenuta in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità.

4.3 La legge esclude, dunque, che nel caso di accessione invertita un simile trasferimento avvenga "*automaticamente*", a seguito dell'irreversibile trasformazione del bene, come invece affermato dalla giurisprudenza. D'altra parte la Corte europea dei diritti dell'uomo, con due sentenze del 30 maggio 2000, ha ritenuto ciò in contrasto con l'art. 1, protocollo n. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, determinando l'esigenza, soddisfatta appunto con l'introduzione nel testo unico sulle espropriazioni dell'art. 43, "*di adeguare l'ordinamento italiano alla Convenzione*" (Cons. Stato, Adunanza generale, parere 29.3.2001, n. 4, punto 13.3).

Né può sostenersi che l'art. 43 cit. disponga solo per le occupazioni successive alla sua entrata in vigore, dato che esso riveste natura di norma processuale e trova pertanto applicazione immediata (Cons. Stato, IV, 21.5.2007, n.2582; A.P., 29.4.2005, n. 2; T.A.R. Emilia – Romagna, Bologna, I, 27.10.2003, n. 2160), trattandosi di disposizione riferita a tutti i casi di occupazione *sine titolo*, anche già sussistenti alla data di entrata in vigore del Testo Unico.

4.4 La Consulta, da canto suo (sent. nn.188 del 1995 e 384 del 1990), ha affermato il principio che l'accessione invertita realizza un modo di acquisto della proprietà giustificato da un bilanciamento fra interesse pubblico (correlato alla conservazione dell'opera in tesi pubblica) e l'interesse privato (relativo alla riparazione del pregiudizio sofferto dal proprietario) la cui correttezza "*costituzionale*" sarebbe confortata "*dal porsi come concreta manifestazione, in definitiva, della funzione sociale della proprietà*"; la misura della liquidazione del danno non potrebbe prescindere dalla adeguatezza della tutela risarcitoria che, nel quadro della conformazione datane dalla giurisprudenza di legittimità, comportava la liquidazione del danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà, mediante il pagamento di una somma pari al valore venale del bene con la rivalutazione per l'eventuale diminuzione del potere di acquisto della moneta fino al giorno della liquidazione.

4.5 In punto di giurisdizione, il Collegio ritiene per il resto di non aver motivo per discostarsi dall'ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo il quale, nella materia dei procedimenti di espropriazione per pubblica utilità, sono devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie nelle quali si faccia questione - anche ai fini complementari della tutela risarcitoria - di

attività di occupazione e trasformazione di un bene conseguenti ad una dichiarazione di pubblica utilità e con essa congruenti, anche se il procedimento all'interno del quale sono state espletate non sia sfociato in un tempestivo e formale atto traslativo della proprietà ovvero sia caratterizzato dalla presenza di atti poi dichiarati illegittimi (Cons. Stato, A.P. 30.7.2007, n.9 e 22.10.2007, n. 12; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 18.12.2007, n.6676; T.A.R. Lazio, Roma, II, 3.7.2007, n.5985; T.A.R. Toscana, I, 14.9.2006, n.3976; Cass. Civ., SS.UU., 20.12.2006, nn. 27190, 27191 e 27193).

5. Venendo alla verifica di legittimità dell'assetto degli interessi quale definito con la Delibera consiliare di acquisizione delle aree in contestazione al patrimonio indisponibile del Comune, la giurisprudenza (da ultimo, Cons. Giust. Ammin., 29.5.2008, n.490), sembra ormai persuasa che l'art.43 del DPR n.327 del 2001 persegue una finalità di sanatoria di situazioni nelle quali l'autorità dello Stato si sia espressa mediante una compressione del fondamentale diritto di proprietà in assenza delle procedure legittime di esproprio. Non rileva dunque la causa della illegittimità del comportamento, se cioè eseguito in assenza di una dichiarazione di pubblica utilità o a seguito dell'annullamento di essa o per altre cause, ma ciò che è sostanziale è che l'interesse pubblico non può essere soddisfatto altro che con il mantenimento della situazione ablativa.

5.1 In altri termini la rottura dell'equilibrio autorità - libertà recata da detta norma è sottoposta, per volontà dello stesso Legislatore, a limiti formali ma soprattutto sostanziali che, secondo l'insegnamento della Adunanza Plenaria n. 2 del 29 aprile 2005, si riconducono ad un'approfondita e meditata motivazione sull'esercizio di un tale potere *extra ordinem*, là dove il Legislatore si esprime con la frase "*valutati gli interessi in conflitto*" dal tenore della quale scaturisce la necessità di una valutazione comparativa tra l'interesse pubblico e quello privato. Al riguardo l'interesse privato non è esattamente quello alla utilizzazione del bene per scopi personali, ma esclusivamente quello alla difesa dell'irrinunciabile diritto di proprietà; la valutazione non può dunque essere compiuta tra l'utilità effettiva che il privato ricava o intende ricavare dal bene e quella a favore della collettività, ma tra la tutela del diritto costituzionale alla proprietà privata e il particolare beneficio che l'acquisizione reca all'interesse pubblico.

La motivazione deve perciò porre in luce esattamente i motivi di interesse alla realizzazione dell'opera, indicando anche la non percorribilità di soluzioni alternative, dando preciso conto della urgenza che ha imposto di obliterare le procedure corrette, ovvero delle contingenze che hanno interrotto, sospeso, annullato o comunque non hanno condotto a buon fine il giusto procedimento espropriativo; va inoltre evidenziata la assoluta necessità, e non mera utilità, che l'immobile sia acquisito nello stato in cui si trova, dal momento che la mancata acquisizione costituirebbe uno spreco di risorse pubbliche.

5.2 Tesi ormai consolidata è nel senso che il citato art.43 sia espressione del principio secondo cui, nel caso di occupazione divenuta *sine titulo*, vi è un illecito il cui autore ha l'obbligo di "*restituire il suolo e di risarcire il pregiudizio cagionato*", salvo il potere dell'Amministrazione di far venire meno l'obbligo di restituzione *ab extra* con l'atto di acquisizione del bene al proprio patrimonio quale previsto dai commi 1 e 3 dell'art.43 sempre che ricorrano le condizioni in tale norma specificate (Cons. Stato, IV, 27.6.2007, n. 3752). Insomma lo stesso art.43 testualmente preclude che l'Amministrazione diventi proprietaria di un bene in mancanza di un titolo valido in quanto previsto dalla legge (Cons. Stato, IV, 21.5.2007, n. 2582), trascrivibile ed opponibile ai terzi, come del resto si deduce dal quarto comma ove, anche per l'ipotesi residuale di condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni conseguente all'esclusione ad opera del giudice della restituibilità del bene, è esplicitamente affermata la necessità che comunque l'Amministrazione stessa disponga il trasferimento della proprietà attraverso un "*apposito atto di acquisizione, dando atto dell'avvenuto risarcimento del danno*".

6. Ove si aderisse al citato orientamento giurisprudenziale, il ricorso per l'esecuzione del giudicato, con l'annessa domanda di restituzione formulata in sede di ottemperanza, dovrebbe essere dichiarato improcedibile, atteso che è ormai intervenuto l'atto formale in via amministrativa di acquisizione sanante, mentre il ricorso avverso la Delibera consiliare dovrebbe essere rigettato; il provvedimento oggetto di impugnazione sarebbe infatti conforme al modello astratto di cui al controverso art.43.

Pur consapevole che tale è ormai la posizione della giurisprudenza, il Tribunale ritiene però rilevante, non potendo il giudizio essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione, sollevare la questione di costituzionalità dell'art.43 cit. per violazione degli artt.3, 24, 42, 97, 113, 117 e 76 Cost.

6.1 Quanto agli artt.3, 24, 42, 97 e 113 Cost., è innegabile che con il Testo Unico sull'espropriazione si è provveduto ad un riordino della materia, sistemando complessivamente l'insieme normativo in tema di espropriazione per pubblica utilità, prendendosi in considerazione anche la disciplina del vincolo preordinato all'esproprio e chiarendo il rapporto intercorrente tra la pianificazione urbanistica ed il procedimento espropriativo in senso stretto. Si è realizzata tra l'altro una incisiva semplificazione della procedura per giungere al decreto di espropriazione, che potrà essere emanato solo dopo la dichiarazione di pubblica utilità, tornandosi alla regola per cui l'Amministrazione realizza l'opera sull'area ormai sua con riduzione delle ipotesi di occupazione appropriativa o usurpativa.

In tale contesto la stessa Adunanza Generale del Consiglio di Stato, in sede di parere (29.3.2001) sul provvedimento legislativo in questione, ebbe a ritenere essenziale la riforma introdotta con l'art.43, dovendo l'ordinamento adeguarsi ai principi costituzionali ed a quelli generali del diritto internazionale sulla tutela della proprietà, ritenendosi a tal fine funzionale l'attribuzione all'Amministrazione del potere di emanare un atto di acquisizione dell'area al suo patrimonio indisponibile, con la peculiarità che non viene meno il diritto al risarcimento del danno, in base ad una valutazione discrezionale sindacabile in sede giurisdizionale. Per la prima volta si è normato il comportamento illegittimo delle Amministrazioni tenuto in sede espropriativa attraverso la formazione di un nuovo procedimento volto alla regolarizzazione delle procedure ablative illegittime: in passato infatti si era prevista unicamente l'ipotesi del rinnovo della dichiarazione di pubblica utilità ove fossero trascorsi i termini (art.13, comma 3, della Legge n.2359/1865), mentre di recente era stato introdotto (art.3, comma 65, della Legge n.662/1996) il criterio temporaneo di determinazione legale dell'ammontare della somma da corrispondere a titolo risarcitorio. Soltanto con l'introduzione dell'art.43 si è, però, ovviato alle ablazioni dei beni privati avvenute in violazione delle regole del procedimento espropriativo ed osservato i principi affermati a Strasburgo secondo cui "*l'ingerenza di una pubblica autorità nell'esercizio del diritto al rispetto dei beni deve essere legale*" e "*l'interferenza delle autorità nel diritto al rispetto dei beni deve assicurare un equo bilanciamento tra le esigenze dell'interesse generale della collettività e quelle della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo*".

6.2 Tuttavia la previsione normativa in questione di sanatoria procedimentale e processuale, con una acquisizione postuma del bene illegittimamente occupato, nelle intenzioni del Legislatore doveva conservare una natura eccezionale, trattandosi di esercizio di una potestà unilaterale a vantaggio esclusivo della P.A. che, per superare le anomalie delle occupazioni appropriate e/o usurpative, provvede una sanatoria che ha a presupposto:1) l'impossessamento materiale del bene da parte della P.A.; 2) la sua modificazione ed utilizzazione attuale e pubblica; 3) la valutazione-contemperazione degli interessi in conflitto; 4) il risarcimento pieno del danno. Fermo il rispetto delle stesse garanzie di partecipazione di regola previste per la procedura ablatoria ordinaria, la

natura eccezionale del potere acquisitivo in parola risiede peraltro nello stesso valore sanante dell'illegittimità della procedura espropriativa, anche se solo *ex nunc*.

6.2.1 In realtà si evidenzia che l'esercizio del potere autoritativo di acquisizione dell'area al proprio patrimonio indisponibile, attraverso l'adozione di un atto amministrativo che consente di evitare la restituzione del bene e di sanare la commessa illegalità, ha assunto la natura di strumento ordinario, a mezzo del quale "*si legalizza l'illegale*", ossia si legittima l'acquisto dell'area privata ove sia già stata realizzata un'opera pubblica in assenza del valido decreto di espropriazione; mentre dunque le disposizioni dall'art.1 all'art.42 del Testo Unico hanno inteso dettare una procedura a garanzia degli interessi coinvolti con doveri, obblighi e limiti e che culmina con il decreto di espropriazione, che potrà essere emanato solo dopo la dichiarazione di pubblica utilità, l'art.43 consente l'illecito aquiliano conseguente alla intervenuta occupazione senza titolo che poi viene meno al momento dell'atto di acquisizione, a mezzo del quale l'Amministrazione diviene titolare di un immobile da essa utilizzato per fini di interesse pubblico e modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, così capovolgendosi la garanzia costituzionale del diritto di proprietà di cui all'art.42 Cost., ciò tanto nella fattispecie dell'occupazione appropriativa quanto in quella dell'occupazione usurpativa, sia che la dichiarazione di pubblica utilità non vi è mai stata o è nulla sia che tale provvedimento sia stato annullato.

La norma appare dunque incostituzionale nella misura in cui si consente alla Pubblica Amministrazione, anche deliberatamente, attraverso l'utilizzazione dello strumento di cui al citato art.43, di eludere gli obblighi procedimentali della instaurazione del contraddittorio, delle tre fasi progettuali e della verifica delle norme di conformità urbanistica, le quali ultime peraltro sono poste non soltanto dall'Autorità comunale, ma anche da quella regionale e da quelle preposte alla tutela di ulteriori e distinti vincoli.

A parere del Tribunale, che non può nascondere la propria indignazione in ragione della ricostruzione quale effettuata in punto di fatto e dell'abuso che si intende fare di uno strumento che, certo, non può divenire un modo istituzionale per sovvertire il diritto, si impone una lettura restrittiva della disposizione in questione, anche perché nella pratica risulta difficile immaginare ipotesi in cui l'Amministrazione non possa giustificare il suo operato, in via diretta o indiretta, con la finalità del raggiungimento di un pubblico scopo (nella fattispecie sottoposta all'attenzione di questo Tribunale si tratta della realizzazione del campo di calcio in un'area con scarse strutture sportive); tra l'altro la norma non sembra pretendere che il fine pubblico si ponga in rapporto immediato con il prodotto della modifica, laddove nell'occupazione appropriativa la dichiarazione di pubblica utilità imprime una connessione diretta tra scopo e bene trasformato.

6.2.2 In verità dubbi sulla legittimità dell'istituto in parola sono stati manifestati sotto diversa prospettiva anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, con recenti decisioni (12.1.2006; 8.12.2005), ha evidenziato come la deroga alle regole fissate per l'espropriazione crei il rischio di un risultato arbitrario ed imprevedibile in violazione del principio di certezza del diritto, essendo in ogni caso necessario garantire il rispetto della legalità sostanziale. Da parte sua *le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe* in data 14 febbraio 2007 ha provveduto con una risoluzione ad impartire una serie di indicazioni relative all'interpretazione dell'art.43 al fine di soddisfare le esigenze della Convenzione dei diritti dell'uomo.

In altri termini non è più possibile prescindere dai principi costituzionali e della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, cui si è ispirato il Testo Unico n.327/2001, in base ai quali il diritto di proprietà può essere acquistato dall'Amministrazione solo con l'emanazione di un formale provvedimento amministrativo, di esproprio o di acquisizione a titolo di sostanziale sanatoria (Cons.

Stato, IV, 10.4.2008, n.1552; 30.11.2007, n. 6124; 16.11.2007, 5830; 27.6.2007, n. 3752; 21.5.2007, n. 2852).

6.3 Per altro verso questo giudice ritiene di sollevare la presente questione di legittimità costituzionale avendo preso atto che, di fatto, la sentenza del giudice amministrativo si sostanzia e si colloca quale sorta di atto presupposto del procedimento che si perfeziona con l'atto di acquisizione; si pone allo stato il problema di una grave lesione del principio generale dell'intangibilità del giudicato amministrativo, avente anch'esso natura costitutiva e in sostanza vanificato da un atto amministrativo di acquisizione per utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico.

E' appena il caso di evidenziare che tale atto interviene allorchè si è già formato *inter partes* il giudicato sulla richiesta oggetto del ricorso, giudicato che fa stato tra le parti, i loro eredi ed aventi causa nei limiti oggettivi costitutivi, ovvero il "titolo" o "*causa petendi*" della stessa azione ed il "bene della vita" o "*petitum mediato*" che ne forma oggetto, come tale coprendo "il dedotto ed il deducibile", cioè non solo le questioni di fatto e di diritto fatte valere in via di azione e di eccezione e, comunque, esplicitamente investite dalla decisione, ma anche le questioni che, pur non dedotte in giudizio, costituiscono un presupposto logico ed indefettibile della decisione stessa. Il pericolo è di eludere tanto l'efficacia sostanziale del giudicato civile o amministrativo sancita dall'art. 2909 cod. civ., secondo il quale il giudicato fa stato solo fra le parti che hanno partecipato al giudizio, quanto i principi che disciplinano la valenza e gli effetti propri degli atti amministrativi in funzione della loro natura.

L'applicazione dello strumento di cui al citato art.43, come nella fattispecie, potrebbe essere reiterata all'infinito, a conferma di come uno strumento che era stato concepito come straordinario è diventato strumento ordinario, con relativa vanificazione dei principi di certezza giuridica e di tutela delle posizioni giuridiche; il Collegio ha tentato inutilmente, praticando il canone ermeneutico dell'interpretazione adeguatrice, di utilizzare tutti gli strumenti ermeneutici quali riconosciuti per trarre dalla citata disposizione censurata un significato costituzionalmente corretto

7. In relazione all'art.117 Cost., il Tribunale non può ignorare quanto di recente (Corte Cost., 24.10.2007, n.349) dichiarato con riguardo all'art.5-*bis* del D.L. n.333 del 1992, convertito in Legge n.359 del 1992, il cui comma 7-*bis*, quale introdotto dall'art.3, comma 65, della Legge n.662 del 1996, è stato dichiarato incostituzionale in quanto non prevederebbe un ristoro integrale del danno subito per effetto dell'occupazione acquisitiva da parte della Pubblica Amministrazione, corrispondente al valore di mercato del bene occupato, dunque in contrasto con gli obblighi internazionali sanciti dall'art.1 del Protocollo addizionale alla CEDU e con l'art.117, primo comma, Cost. Quest'ultima disposizione condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla CEDU, rendendo inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive ed attraendole nella sfera di competenza della Consulta, dal momento che l'asserita incompatibilità tra la norma legislativa ordinaria e la norma CEDU si presenta come una questione di legittimità costituzionale per eventuale violazione dell'art.117, primo comma, Cost. quale non può ritenersi operante solo nell'ambito dei rapporti tra lo Stato e le Regioni.

Nella fattispecie il contestato art.43 non appare conforme ai principi della Convenzione Europea sui diritti dell'uomo, che hanno una diretta rilevanza nell'ordinamento interno (art. 117, primo comma, Cost., secondo cui le leggi devono rispettare i "*vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*") e con lo stesso art. 6 (F) del Trattato di Maastricht (modificato dal Trattato di Amsterdam), in base al quale "*l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ... in quanto principi generali del*

diritto comunitario". La costante giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (20.4.2006; 15.11.2005; 17.5.2005) ha sul punto più volte riaffermato il diretto contrasto con l'art. 1, prot. 1, della Convenzione della prassi interna sulla "*espropriazione indiretta*", secondo cui l'Amministrazione diventerebbe proprietaria del bene in assenza di un atto ablatorio; le norme della CEDU del resto integrano il parametro costituzionale ed è necessario che siano conformi alla Costituzione, mentre lo scrutinio di costituzionalità nei loro riguardi non può limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali o dei principi supremi, ma si estende ad ogni profilo di contrasto tra le "*norme interposte*" e quelle costituzionali.

8. Quanto all'art.76 Cost., va premesso che la Legge n.59/1997 ha disposto che la legge annuale di semplificazione preveda la delegificazione di procedimenti amministrativi ed il riordino normativo di vari settori dell'ordinamento; in particolare, a fronte di un "*caos normativo*", con la redazione dei Testi Unici previsti dagli artt.7 e 8 della Legge n.50/1999 si è effettuata una codificazione per settori delle disposizioni, anche di rango diverso, stratificatesi nel corso degli anni, raccogliendosi le norme di grado secondario, relative ai procedimenti già delegificati, e le disposizioni legislative rimaste estranee a tale fenomeno.

In considerazione della contemporanea vigenza di norme eterogenee, concernenti ogni fase del procedimento espropriativo, si ritenne di non riportare nel Testo Unico tutte le norme in vigore, redigendosi perciò un articolato di carattere generale con l'abrogazione di tutte le precedenti normative, generali o di settore. Il risultato è stato concepire il provvedimento di esproprio come l'atto terminale di un terzo procedimento, spesso con carattere dovuto in quanto l'Amministrazione si è immessa nel possesso del bene in base all'ordinanza di occupazione d'urgenza, collegato agli altri due precedenti procedimenti dell'imposizione del vincolo preordinato all'esproprio e della dichiarazione di pubblica utilità che interviene con l'approvazione del progetto definitivo.

8.1 Tuttavia l'art.7, comma 2, lett.d) della Legge n.50/1999 ha unicamente previsto che il Governo desse luogo 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 anche al fine di adeguare e semplificare il linguaggio normativo*".

Ora, non pare che la norma della cui costituzionalità si dubita trovi riferimento o principi e criteri direttivi in norme preesistenti, né può agevolmente sostenersi che la figura dell'acquisizione costituisca una modifica necessaria per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa; non era dunque consentito, eccedendo i limiti della delega, contemplare l'emanazione di un legittimo provvedimento di acquisizione sanante, pur con la considerazione che si tratta dell'unico rimedio riconosciuto dall'ordinamento alla Pubblica Amministrazione per evitare la restituzione dell'area in favore del privato. La norma si pone dunque radicalmente in contrasto con le finalità che, attraverso i principi ed i criteri enunciati, la legge delega si è prefissata

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA CAMPANIA – Sede di Napoli – V[^] Sezione – previa riunione dei ricorsi, ritenuta rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt.3, 24, 42, 97, 113, 117 e 76 Cost. la questione di costituzionalità dell'articolo 43 del DPR 8 giugno 2001, n.327, per tutte le ragioni esposte in motivazione ordina la sospensione dei presenti giudizi e l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

Dispone che, a cura della Segreteria, la presente ordinanza sia notificata al Presidente del Consiglio dei Ministri, nonché comunicata ai procuratori delle parti in causa ed ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Ordina che la presente ordinanza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Napoli, nella Camera di Consiglio del 9 ottobre 2008.

IL PRESIDENTE L'ESTENSORE

Depositata il 29 ottobre 2008.