



GIOVANNI LEONE

Il giudice amministrativo e l'allergia al risarcimento del danno. Due fattispecie paradigmatiche: appalti pubblici ed espropriazioni.

La giurisprudenza amministrativa, nelle vertenze aventi ad oggetto il risarcimento del danno per lesione di diritti soggettivi ed interessi legittimi, soprattutto nella materia delle occupazioni illegittime e degli appalti pubblici, mostra, da un canto, il disagio del giudice amministrativo a "maneggiare" controversie che sono state sempre d'appannaggio del giudice ordinario e, dall'altro, a limitare fortemente la quantificazione del danno arrecato dalle amministrazioni pubbliche. Inoltre, si registra, nel campo delle occupazioni illegittime, la tendenza del giudice amministrativo a spogliarsi della propria giurisdizione, ancorché sia prevista dalla legge, in favore del giudice ordinario. Sarebbe auspicabile un intervento del legislatore.

The essay reviews administrative case law in disputes concerning compensation for damage for infringement of subjective rights and legitimate interests, especially in the matter of illegitimate occupations and public procurement. The analysis shows, on the one hand, administrative judge uneasiness in "handling" disputes which have always been dealt with by the ordinary judge and, on the other hand, his/her proclivity to severely limit the quantification of the damage caused by public administrations. Furthermore, even if administrative judge's jurisdiction in the field of illegitimate occupation is provided for by law, Courts show the tendency to dismiss such claims in favour of the ordinary judge. An intervention by the legislator would be desirable.

Sommario: 1. Premessa – 2. Il risarcimento del danno in materia di appalti pubblici illegittimamente aggiudicati – 3. Il risarcimento del danno per espropriazioni (e/o occupazioni) illegittime – 4. Le quattro pronunce dell'Adunanza Plenaria e la negazione della natura sanante dell'acquisizione di cui all'art. 42 *bis* del d.P.R. n. 327 dell'8 giugno 2001 – 5. Analisi dell'ordinanza n. 5400/2019 della IV Sezione – 6. Brevi considerazioni conclusive. E una postilla.

1. Premessa

Sono trascorsi oltre venti anni da quando fu approvato il cd. pacchetto normativo rappresentato dagli articoli 33, 34 e 35 del decreto legislativo n. 80 del 31 marzo 1998 e 7 della legge n. 205 del 21 luglio 2000, poi dichiarati parzialmente incostituzionali¹, che attribuivano alla giurisdizione del giudice amministrativo talune controversie (in seguito considerevolmente implementate, in particolare, dal codice del processo amministrativo del

¹ E riscritti, in pratica, dalle sentenze della Corte costituzionale n. 204 e 281 rispettivamente del 6 e 28 luglio 2004 e 191 dell'11 maggio 2006.

2010) che gli consentiva, tra l'altro, di condannare l'amministrazione alla reintegrazione in forma specifica o per equivalente del danno subito dal privato.

Fu questa una vera e propria rivoluzione, la cui miccia fu innescata, con ogni probabilità, dalla storica sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione n. 500 del 22 luglio 1999, la quale conferì all'interesse legittimo pari dignità rispetto al diritto soggettivo, riconoscendogli la piena risarcibilità qualora fosse stato leso da un provvedimento amministrativo illegittimo².

Se la risarcibilità degli interessi legittimi lesi fu salutata con grande favore da tutta la dottrina,³ la possibilità che fosse il giudice ordinario abilitato a poter disapplicare, sia pure *incidenter tantum*, il provvedimento amministrativo, e poi a condannare l'amministrazione al risarcimento del danno, diciamo chiaramente, fu vista, quasi come un affronto, nei suoi effetti pratici e non solo teorici, dal mondo dei giuristi amministrativisti (dei quali facevo, come tuttora, faccio parte), in quanto non sembravano tollerabili due aspetti: il primo, che fosse un giudice ordinario, non appartenente all'ordinamento della giustizia amministrativa e, quindi, diverso dal giudice amministrativo (il quale è allenato da più di un secolo a scrutinare la legittimità degli atti amministrativi) a sindacare, mediante lo strumento della disapplicazione, il provvedimento amministrativo ritenuto illegittimo⁴; il secondo, che le vertenze potessero essere intraprese dinanzi al giudice ordinario nel termine di prescrizione quinquennale rispetto al molto più breve termine di decadenza, generalmente limitato a sessanta giorni per la proposizione dell'azione di annullamento nei confronti della P.A. Quanto al primo profilo, le perplessità erano motivate e, direi, fondate sulla non ampia capacità del giudice ordinario di scandagliare in profondità, al contrario di come da sempre è stato abituato il giudice amministrativo, i vizi di legittimità (ed in particolare, l'eccesso di potere), rispetto al giudice ordinario, che non avrebbe, peraltro, offerto brillantissima prova di sé nelle vertenze in materia laburistica pubblica, attribuita nel frattempo alla sua giurisdizione. In merito al secondo profilo, il pericolo maggiore derivava dall'ampiezza temporale della promuovibilità dell'azione risarcitoria che poteva porre in seria crisi il principio di certezza del diritto e, in particolare, di inoppugnabilità degli atti amministrativi.

L'assetto normativo è stato poi reso più organico e definitivo dal codice del processo amministrativo del 2010⁵, il quale ha previsto e disciplinato azioni (art. 30) e sentenze di condanna (art. 34), attribuendo la giurisdizione al giudice amministrativo in via definitiva.

² Peraltro, attraverso la disapplicazione del giudice ordinario e senza il previo annullamento del provvedimento da parte del giudice amministrativo. Ma su questo si dirà *infra*.

³ Appare superfluo riportare le numerose, positive opinioni. Viene sovente rammentato che nell'ottobre del 1963 fu tenuto a Napoli un convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi, i cui atti furono raccolti in un volume edito dalla Giuffrè, Milano, 1963, in ordine al quale si registrarono numerosi ed autorevoli interventi favorevoli alla risarcibilità degli interessi legittimi.

⁴ È forse superfluo richiamare che il criterio cui maggiormente si è ispirata la giurisprudenza della Cassazione per inferire l'illegittimità in atto amministrativo, lesivo di un diritto soggettivo, sia quello della carenza di potere. Ma se l'atto è viziato da cattivo uso del potere, sorgono non poche perplessità sulla capacità del giudice ordinario di penetrare le illegittimità.

⁵ Approvato con decreto legislativo 2 luglio n. 104.

La rivoluzione⁶ introdotta dalle Sezioni unite con la sentenza n. 500 cit. fu accolta con grande favore da larga parte della dottrina - me compreso - giacché la tutela veniva accordata consentendo a colui che aveva subito, oltre ad un provvedimento amministrativo illegittimo, anche un danno lesivo tanto di un diritto soggettivo, quanto, soprattutto, di un interesse legittimo, attraverso l'instaurazione di un'unica controversia da attivarsi dinanzi ad un solo giudice da concludersi, al massimo, in due gradi di giudizio, a differenza di quanto accadeva nel passato, ove, dopo il previo annullamento del provvedimento da parte del giudice amministrativo, ci si poteva portare dinanzi al giudice ordinario per conseguire il risarcimento del danno.

È a tutti noto che la sottrazione di una fetta significativa della sfera di giurisdizione al giudice ordinario - giacché con la legge n. 205 cit., che aveva sterilizzato (o inteso farlo) gli effetti dirompenti di Cass. n. 500 e attribuito la giurisdizione sulle azioni risarcitorie del danno da lesione di interessi legittimi al giudice amministrativo - al contrario non fu ben accolta dalla Cassazione, la quale, nel tempo, ha fortemente reagito, sino ad annullare, con una certa frequenza, le sentenze del Consiglio di Stato che disconoscevano tale possibilità. Le Sezioni unite, in sede di giudizio ex art. 360, comma 1, n. 1, c.p.c., hanno sovente dichiarato le decisioni del Consiglio di Stato sul mancato riconoscimento del diritto al risarcimento del danno carenti di giurisdizione, al di là dei contemperamenti sperimentati dai suoi componenti nella sede della Commissione incaricata della redazione del testo che sarebbe poi diventato, sia pure in qualche misura rimaneggiato, il codice del processo amministrativo, e degli accordi tra i vertici delle magistrature superiori⁷ (evocativi del *concordato* storico tra Mariano Amelio e Santi Romano negli anni '30 del secolo scorso). Neppure la Corte costituzionale, con la sentenza n. 6 del 18 gennaio 2018⁸, ha appianato i contrasti. Ne costituisce un ulteriore esempio il tentativo di bypassare il *dictum* della Consulta, con la rimessione, da parte della Cassazione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, della questione della conformità al Trattato dell'esclusione del ricorso per cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato che risultino confliggenti con il diritto dell'Unione.⁹

⁶ Il giudice amministrativo aveva, per così dire, da tempo sperimentato la *potestas iudicandi* sui diritti soggettivi nelle materie del pubblico impiego e delle concessioni; tuttavia, le questioni involgenti i diritti patrimoniali consequenziali sono sempre state riservate alla competenza del giudice ordinario (dall'art. 7, co. 3, della legge istitutiva dei TAR 6 dicembre 1971, n. 1034 e, ancor prima, dall'art. 30, co., 2 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 di approvazione del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato).

⁷ Trattasi del Memorandum del 15 maggio 2017 sottoscritto dai vertici delle tre magistrature superiori e dai rispettivi Procuratori generali, che ha ricevuto ampi dissensi e larghi consensi. Tra i primi, v. A. PROTO PISANI - G. SCARSELLI, *La strana idea di consentire ai giudici amministrativi di comporre i collegi delle Sezioni unite*, in *Foro it.*, 2018, V, 62 ss.; A. CARRATA - G. COSTANTINO - G. RUFFINI, *Per la salvaguardia delle prerogative costituzionali della Corte di Cassazione*, *ivi*, 2018, V, 71 ss.; Tra i secondi, C. CONSOLO, *Il memorandum del 15 maggio 2017: ragionevole sogno o vere linee effettive*, *ivi*, 2018, V, 111 ss.; M. LUCIANI, *Il memorandum delle giurisdizioni superiori e la discussione (mancata) sulla certezza del diritto*, *ivi*, 2018, V, 100 ss.

⁸ Tra i molti commenti v. R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2018, 2, 325 ss.

⁹ Ord. 18 settembre 2020, n. 19598.

I consensi diffusi espressi dalla dottrina e dal foro, tuttavia, in favore delle riforme processuali si sono via via attenuati o “smorzati”, per così dire, dall’esperienza che s’è registrata in questi anni.

Innanzitutto, un dato connaturato al DNA del giudice amministrativo: egli non è, da sempre, abituato ad affrontare le controversie risarcitorie (e non la *materia*, giacché, come ha affermato la Consulta, non trattasi di materia, ma di strumento processuale introdotto dall’ordinamento a tutela delle posizioni giuridiche soggettive lese¹⁰) aventi ad oggetto le richieste di danni subiti e le quantificazioni delle somme spettanti al privato. Salvo casi particolari in cui taluni giudici amministrativi, probabilmente per esperienza pregressa acquisita e maturata allorquando rivestivano il ruolo e le funzioni di giudice (civile) ordinario ed avevano a che fare con azioni di tal genere, i risultati non sono stati del tutto appaganti; di ciò sembrano consapevoli molti giudici amministrativi, in sede di scritti di carattere dottrinario. Che ci sia una sorta di *allergia* ad avere a che fare con risarcimenti, quantificazioni e quant’altro, lo conferma, sia pure implicitamente, anche il codice del processo amministrativo (redatto, come detto, da una Commissione in larga misura composta da magistrati del Consiglio di Stato), il cui art. 34, comma 4¹¹, statuisce che il giudice, in caso di condanna pecuniaria per il risarcimento del danno ingiusto, non quantifica direttamente l’importo spettante, ma si limita ad indicare i *criteri* cui deve ispirarsi la quantificazione, che deve essere elaborata dalla parte soccombente debitrice, la quale deve offrirla al creditore in un congruo termine; solo in caso di disaccordo o mancato pagamento, quest’ultimo avrà facoltà di rivolgersi al giudice per l’adempimento degli obblighi non eseguiti (con buona pace dei principi di effettività della tutela, di ragionevole durata del processo, oltre che di parità della parti processuali).

Ma quali sono i casi più frequenti in cui il giudice amministrativo ha a che fare con vertenze che trattano questioni risarcitorie? La risposta la rinveniamo nei repertori: le cause aventi ad oggetto le illegittime aggiudicazioni di appalti pubblici e quelle riguardanti le occupazioni di immobili illegittime (vuoi perché gli atti ablativi sono stati annullati, vuoi nei casi di mancata emissione del decreto di esproprio nei termini statuiti dalla dichiarazione di pubblica utilità)¹².

2. Il risarcimento del danno in materia di appalti pubblici illegittimamente aggiudicati

In materia di appalti pubblici registriamo una tendenza giurisprudenziale fortemente restrittiva e limitativa della quantificazione del danno spettante all’impresa illegittimamente esclusa dalla partecipazione alle gare e/o dall’eventuale aggiudicazione. O meglio, a prescindere dalle fattispecie in cui l’esclusione è proclamata nella fase che riguarda l’esclusione dalla partecipazione, in ordine alla quale il danno è considerato alla stregua di una mera perdita di *chance* (sovente viene chiesta al ricorrente una *probatio diabolica* sulla più

¹⁰ Sentenza n. 204 del 6 luglio 2004.

¹¹ Tale previsione era già contenuta nell’art. 7 della legge n. 205 del 2000.

¹² Una fetta non significativa è costituita da azioni proposte in materia urbanistica (annullamento o diniego di permessi di costruire).

che probabile aggiudicazione¹³) e, quindi, il risultato, il più delle volte, è negativo (ciò, di tutta evidenza, scoraggia l'impresa dall'intraprendere un processo amministrativo); qualora, invece, dovesse essere accertato che l'aggiudicazione sia stata illegittimamente negata o attribuita a una ditta concorrente in luogo dell'impresa che possedeva maggiori titoli (in buona sostanza, allorquando l'aggiudicazione si presentava con probabilità più che notevoli in favore della ditta ricorrente), la quantificazione del risarcimento del danno è stata parametrata in base a ciò che, in astratto, sarebbe spettato all'impresa che subisce il recesso da parte della stazione appaltante¹⁴. Di tal che la giurisprudenza, pur muovendo dal 10% sull'importo dell'offerta, percentuale stabilita in via equitativa e forfettaria nel caso di *legittimo* recesso (sulla scorta di quanto disponeva l'art. 345, oramai abrogato, della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F), approda poi a percentuali più basse, giacché la ricorrente, ancorché vittoriosa, non è in grado di dimostrare che aveva già approntato mano d'opera, attrezzature e mezzi, proprio allo scopo di svolgere quella determinata prestazione. Insomma, essa deve fornire il dato - oggettivo - di ciò che sarebbe stato l'utile d'impresa¹⁵: il che è una prova quasi impossibile da allegare e produrre, salvo che l'impresa non sia tanto abile ed accorta da predisporre, per ciascuna gara alla quale partecipa, tutto ciò che le sarebbe occorso, in modo separato dalle altre procedure concorsuali alle quali intende partecipare, ancorché sia consapevole che difficilmente riuscirà a vincere tutte le gare. A questa percentuale da

¹³ Sul giudizio prognostico che il giudice è chiamato ad esprimere, cfr., *ex multis*, Cons. Stato, V Sez., 7 giugno 2017, n. 2740: *"Nel caso di esclusione da gara pubblica, al fine di ottenere il risarcimento del danno da perdita di chance, occorre fornire prova certa in ordine alla circostanza che l'offerta del concorrente, illegittimamente escluso, sarebbe stata quella che avrebbe comportato l'attribuzione dell'aggiudicazione al concorrente medesimo, di modo che questi si vede privato sia del lucro, derivante dall'esecuzione del contratto, sia dell'acquisizione di un elemento curriculare positivo."* Negli stessi sensi Cons. Stato, 22 settembre 2015, n. 4431.

¹⁴ Anzi, in questa ipotesi viene escluso anche il riconoscimento del danno emergente costituito dalle spese di approntamento della gara: cfr., da ultimo, TAR Campania, Napoli, Sez. II, 13 ottobre 2017, n. 4801. Cons. Stato, V Sez. 16 agosto 2016, n. 3534, esclude il rimborso delle spese legali sostenute, ritenendosi che sia sufficiente la condanna a tal titolo previsto in sentenza, ancorché vi sia una quantificazione largamente inferiore ai minimi di tariffa (per non parlare allorquando v'è compensazione delle spese di giudizio). Su tale argomento mi permette di rinviare al mio *Il giudice amministrativo alle prese del risarcimento del danno. Profili di diritto sostanziale e processuale*, in *Foro amm.* - Cons. Stato, 2009, 290, ss.

¹⁵ Così *ex multis* Cons. Stato, Sez. II, 28 maggio 2021, n. 4102, secondo cui il criterio-base del 10%, *"quando impiegato al mero fine risarcitorio residuale in una logica equitativa, può condurre all'abnorme risultato che il risarcimento dei danni finisca per essere, per l'imprenditore, più favorevole dell'impiego del capitale (il che comporterebbe la mancanza di interesse del ricorrente a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe meno di quanto la liquidazione forfettaria gli consentirebbe). Il richiamato criterio del 10% non può quindi essere oggetto di applicazione automatica ma è sempre necessaria la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che essa avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria (Consiglio di Stato, 21 giugno 2013, n. 3397). A tale affermazione consegue il riferimento all'utile che effettivamente l'impresa avrebbe conseguito ove fosse risultata aggiudicataria, quindi all'utile effettivamente indicato nell'offerta, spettando all'impresa danneggiata offrire, senza poter ricorrere a criteri forfettari, la prova rigorosa dell'utile che in concreto avrebbe ottenuto, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto (Consiglio di Stato, Ad. plen. 15 maggio 2017, n. 2; Sez. VI, 26 gennaio 2009, n. 357; Sez. V, 26 luglio 2019, n. 5283)"*.

calcolare non sulla base d'asta ma sul prezzo offerto, la giurisprudenza, nel migliore dei casi, aggiunge il cd. danno curricolare, quantificato nella misura dell'1%¹⁶.

Oltre che sul *quantum*, la giurisprudenza amministrativa ha reso pronunce assai restrittive anche sull'*an*, con particolare riferimento alla prova della responsabilità della stazione appaltante. Infatti, è stato affermato come non sia possibile equiparare l'illegittimità dell'atto amministrativo all'illiceità dell'azione amministrativa, essendo necessaria la prova dell'elemento psicologico del dolo (che, nella maggior parte dei casi, è da escludere, salva la conclamata ipotesi di un fenomeno corruttivo) o della colpa. Per quest'ultima, si sostiene - con orientamento oramai solido - che l'Amministrazione può sempre invocare la non chiarezza delle norme che disciplinano la gara, oppure la non certezza dell'interpretazione giurisprudenziale sulle norme da applicare.¹⁷ Per la verità, questo orientamento, pur accettato dalla Corte di Cassazione¹⁸, non è condiviso dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (nel settore degli appalti)¹⁹, che parla di una sorta di responsabilità oggettiva della pubblica amministrazione, cui sembra essersi adeguato il Consiglio di Stato²⁰. Tornando alla quantificazione, com'è agevole osservare, l'indennizzo per il recesso legittimo e il risarcimento del danno per atti illegittimi sono ontologicamente e funzionalmente diversi: il primo prevede la facoltà della stazione appaltante di sciogliersi dal contratto con il pagamento dei lavori (se sono stati eseguiti), del valore dei materiali utili (se esistenti in cantiere) - il che risponde ad una logica coerente con i principi dell'indebito arricchimento - e del decimo del valore delle opere non eseguite, che è una sorta di risarcimento del danno per

¹⁶ Tuttavia, recentemente, per Cons. Stato, Sez. V, 19 maggio 2021, n. 3892, *"in tema di mancata illegittima aggiudicazione di un appalto pubblico il creditore che invochi il risarcimento del c.d. danno curricolare deve offrire prova puntuale del documento che asserisce di aver subito"*.

¹⁷ Cons. Stato, V sez., 20 agosto 2013, n. 4189, che reputa errore scusabile l'oscurità della norma, oppure la prassi adottata in precedenza, ed ancora i contrasti giurisprudenziali: *"Ai fini dell'ammissibilità della domanda di risarcimento del danno a carico della p.a. non è sufficiente la sola verifica dell'illegittimità del provvedimento lesivo, ma è altresì necessaria la prova del danno subito e la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo ovvero della colpa; di qui la necessità di verificare se l'adozione e l'esecuzione dell'atto impugnato sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi, con la conseguenza che il g.a. può affermare la responsabilità dell'Amministrazione per danni conseguenti a un atto illegittimo quando la violazione risulti grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimento normativo e giuridico tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato e negarla quando l'indagine presupposta conduca al riconoscimento dell'errore scusabile per la sussistenza di contrasti giudiziari, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto."*

¹⁸ *Ex multis*, III Sez., 31 ottobre 2014, n. 23170; VI Sez., 15 marzo 2012, n. 4172; III Sez., 23 febbraio 2010, n. 4326; III Sez., 27 maggio 2009, n. 12282.

¹⁹ Corte giustizia CE, sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09, caso *Graz Stadt*.

²⁰ V Sez. 1 febbraio 2021, n. 912: *"La responsabilità per danni conseguenti all'illegittima aggiudicazione di appalti pubblici non richiede la prova dell'elemento soggettivo della colpa, giacché la responsabilità, negli appalti pubblici, è improntata -secondo le previsioni contenute nelle direttive europee - a un modello di tipo oggettivo, disancorato dall'elemento soggettivo, coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio"*, la quale, peraltro, conferma la decisione di primo grado che aveva determinato il danno sull'utile offerto, decurtato del 30% in ragione della rinuncia alla domanda cautelare, valutata negativamente ai sensi dell'art. 1227 c.c. e del 25% per la mancata dimostrazione da parte della ricorrente di non aver potuto impiegare altrove le risorse offerte, oltre al calcolo degli interessi legali a decorrere dal momento della stipula del contratto), né tanto meno erano stati indicati elementi probatori idonei a smentire la sussistenza stessa del danno.

atto lecito, forfettariamente quantificato; il secondo è correlato all'endiadi del danno emergente e del lucro cessante, che, di tutta evidenza, può essere ben più consistente del 10% dell'importo del corrispettivo previsto dal contratto²¹.

Non sono stato in grado di registrare una sentenza che abbia previsto una condanna, a titolo risarcitorio, al pagamento di un importo maggiore del 10% del prezzo offerto.

Quest'indirizzo giurisprudenziale ha avuto il merito di scoraggiare il contenzioso per gli appalti di valore scarso o non significativo (tuttavia, il piccolo imprenditore, che partecipa ad una gara di lavori, forniture e servizi pubblici di scarso rilievo economico, non deve essere "punito" perché "piccolo"). La remora a proporre l'azione giudiziaria è poi aggravata dall'elevato costo del contributo unificato applicabile in occasione del deposito sia dell'atto introduttivo del giudizio, sia dei motivi aggiunti, che, sovente, si rendono indispensabili a seguito della conoscenza completa di tutti gli atti procedurali.

Va segnalato, infine, l'orientamento giurisprudenziale²² secondo cui, allorché il danno scaturisce dall'annullamento dell'aggiudicazione illegittima, per violazione del principio di legittimo affidamento, la giurisprudenza è concorde nell'attribuzione al giudice ordinario della giurisdizione su tali controversie, per la verità di scarsa frequenza, alla stessa stregua delle controversie in materia di interpretazione ed esecuzione dei contratti di appalto²³.

3. Il risarcimento del danno per espropriazioni (e/o occupazioni) illegittime

La mia attenzione è tuttavia stata di recente sollecitata dall'approccio giurisprudenziale in tema di controversie che s'instaurano a causa di occupazioni illegittime e dalle critiche pervenute dalla dottrina.

È superfluo qui ripercorrere (lo diamo per noto) il lungo ed estenuante itinerario percorso dalla giurisprudenza - e, oserei dire, affrontato anche, ma direi, soprattutto, dai patrocinatori dei proprietari dei suoli illegittimamente occupati - dal 1984²⁴ in poi, ossia dall'introduzione

²¹ Secondo H. SIMONETTI, *Il giudizio risarcitorio nel processo amministrativo*, ne *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, a cura di G.P. CIRILLO, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, vol. XLII, Cedam, 2014, 569: "Di questa tendenza 'autarchica', più spesso praticata che teorizzata", sui criteri di identificazione della responsabilità della P.A., "costituisce un esempio la tecnica seguita per la liquidazione del danno, attraverso il largo ricorso a presunzioni e percentuali fisse, in funzione di semplificazione tanto dell'onere della prova a carico del ricorrente quanto dell'attività istruttoria che, altrimenti, graverebbe sul giudice amministrativo con la stessa 'intensità' sperimentata da tempo dal giudice ordinario".

²² Sez. un., 2 febbraio 2017, n. 19171 e 22 giugno 2017, n. 15640, per violazione del principio del legittimo affidamento ingenerato in colui che aveva fatto affidamento nel provvedimento poi dichiarato illegittimo (per autotutela o dal giudice amministrativo).

²³ Sez. un. 27 gennaio 2014, n. 1530, sulla domanda dell'appaltatore che agisce per la declaratoria di illegittimità della risoluzione unilaterale resa dalla stazione appaltante.

²⁴ La prima sentenza capostipite che introdusse, in modo "creativo", nel diritto vivente la figura dell'accessione invertita o occupazione acquisitiva fu la n. 1464 del 26 febbraio 1984, pronunciata dalle Sezioni unite, annotata e ricordata innumerevoli volte dalla dottrina, anche con toni sprezzanti. Tuttavia, a questa sentenza va attribuito un merito rilevante: aver voluto offrire una soluzione alle innumerevoli vicende di coinvolgimento del diritto di proprietà dei privati, ai quali fu offerta una tutela piena, assicurando sia il risarcimento del danno per il periodo di occupazione illecita, sia il controvalore del bene stesso dovuto per la perdita della proprietà. I criteri venivano declinati dalla giurisprudenza successiva in modo diverso: controvalore da quantificare alla data della sentenza (*ex nunc*); oppure alla data dell'illecito (*ex tunc*), da rivalutare all'attualità. In entrambi

nel nostro ordinamento della figura della cd. occupazione acquisitiva, sino all'approdo delle decisioni della CEDU²⁵ ed all'approvazione del Testo unico per le espropriazioni per pubblica utilità n. 323 dell'8 giugno 2001²⁶.

Ebbene, come sopra rammentato, con la legge n. 205 del 2000, confermata da ultimo dall'art. 133 del codice del processo amministrativo del 2010, la giurisdizione esclusiva in tema di risarcimento dei danni ingiusti subiti dal proprietario è stata attribuita al giudice amministrativo. Non più, quindi (teoricamente), due gradi di giudizio amministrativo e tre di giudizio civile, ma solo - al massimo - due gradi di giudizio amministrativo, senza contare, nell'uno e nell'altro caso, i tempi e le modalità per conseguire, in concreto, gli importi spettanti, da un canto, e, all'opposto, il fatto che il giudizio civile, in base alla previgente normativa, avrebbe potuto concludersi (sempre teoricamente) in un solo grado.

Senonché, a ben vedere, la questione dei tempi giudiziari non è tanto un problema di forme processuali, ma di organizzazione e di carenza di organici, come ben ha rilevato di recente Giovanni Verde²⁷.

C'è da chiedersi: è stato un vantaggio per il proprietario, in termini di effettività della tutela e di ragionevole durata del processo?

Non vorrei rinviare ai posteri l'ardua sentenza, ma potrei abbozzare una risposta sulla scorta della verifica della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.) che il giudice amministrativo non sempre è in grado di assicurare, soprattutto allorquando la controversia non gode della misura cautelare²⁸, che è, di per sé, acceleratrice dei tempi (ma solo in caso di

i casi, andava riconosciuto, comunque, il danno ingiusto dovuto per tutta la durata dell'occupazione illegittima. V'è da riferire, però, che quest'indirizzo mostrava un aspetto assai debole: qualora il proprietario avesse agito oltre il termine quinquennale dalla data dell'illecito, il suo diritto sarebbe stato radicalmente disconosciuto e l'azione respinta; egli, oltre a perdere la proprietà in favore dell'amministrazione occupante, avrebbe perduto anche il diritto al risarcimento. Ragion per cui molti proprietari si ribellarono a questo ingiusto trattamento e si rivolsero alla CEDU, che ad essi diede ragione (v. *infra* la nota successiva).

²⁵ Sez. II, 3 giugno 2014, Rossi e Variale; 14 gennaio 2014, Pascucci; 5 giugno 2012, Immobiliare Cerro; Grande Camera, 22 dicembre 2009, Guiso; Sez. II, 6 marzo 2007, Scordino; Sez. III, 12 gennaio 2006, Sciarrotta; Sez. II, 17 maggio 2005, Scordino; Sez. II, 30 maggio 2000, Soc. Belvedere alberghiera; Sez. II, 30 maggio 2000, Carbonara e Ventura.

²⁶ V'è da ricordare che l'originaria versione del Testo unico aveva cercato di ovviare agli ingenti risarcimenti causati dalle frequenti "dimenticanze" delle autorità esproprianti - che, una volta conseguito il possesso dei suoli ed avviato i lavori, non concludevano le procedure ablativo - mediante l'esclusione dell'istituto dell'occupazione d'urgenza, risalente alla legge 18 dicembre 1879, n. 5188, di modifica alla legge generale sulle espropriazioni per pubblica utilità del 1865, che aveva esteso l'occupazione temporanea d'urgenza di immobili resa per fatti eccezionali a tutte le procedure espropriative precedute dalla dichiarazione di urgenza ed indifferibilità dei lavori (che, il più delle volte, si accompagnava alla dichiarazione di pubblica utilità). Senonché, questa saggia esclusione è stata frustrata dall'art. 1 del d.lgs. 27 dicembre 2002, n. 302, che ha inserito l'art. 22 *bis* (rubricato "occupazione d'urgenza preordinata all'espropriazione"), sulla scorta della figura introdotta alla fine del XIX secolo e confermata, peraltro, dall'art. 20 della legge 22 ottobre 1971, n. 865.

²⁷ *Giustizia, politica, democrazia*, 2021, Rubbettino, *passim*.

²⁸ È arduo che il giudice amministrativo accordi la tutela cautelare facendo recedere l'interesse pubblico alla celere realizzazione dell'opera pubblica da realizzare rispetto all'interesse del privato. Questa tendenza è assecondata dall'art. 125, commi 1 e 2, c.p.a., che introduce disposizioni molto restrittive sulla tutela cautelare in favore dei proprietari assoggettati alle procedure espropriative delle aree occorrenti per la realizzazione delle infrastrutture strategiche estese, di recente, dall'art. 4 del decreto legge n. 76 del 16 luglio 2020, convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120 in tema di realizzazione delle opere previste dal PNRR.

accoglimento della domanda cautelare: comma 11 dell'art. 55), ed in gioco c'è solo la richiesta risarcitoria del danno per equivalente; e verificare quanto è andata affermando via via la giurisprudenza, soprattutto con riferimento all'art. 42 bis²⁹, che, come noto, ha sostituito l'art. 43 del T.U. n. 323 dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale per eccesso di delega³⁰.

In effetti, un duro "colpo" al principio di effettività della tutela e di corretta quantificazione e tempestivo pagamento degli importi spettanti viene sorprendentemente assestato, in particolare, dalle ultime quattro pronunce (quasi gemelle) dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pubblicate nelle date del 20 gennaio 2020 (n. 2, 3, 4) e del 18 febbraio (la n. 5), con motivazione pressoché identica, proprio in tema di occupazione illegittima e di tutela del proprietario delle aree occupate.

I quesiti che la Plenaria era stata chiamata a risolvere erano i seguenti (si riportano quelli avanzati dall'ordinanza, pubblicata contestualmente alla sentenza parziale, che aveva deciso alcuni capi, della IV Sezione n. 5400/2019³¹, che ha dato poi luogo alla sentenza n. 4):

"a) se per le fattispecie sottoposte all'esame del giudice amministrativo e disciplinate dall'art. 42 bis del testo unico sugli espropri, l'illecito permanente dell'Autorità viene meno solo nei casi da esso previsti (l'acquisizione del bene o la sua restituzione), salva la conclusione di un contratto traslativo tra le parti, di natura transattiva;

b) se, pertanto, la 'rinuncia abdicativa', salve le questioni concernenti le controversie all'esame del giudice civile, non può essere ravvisata quando sia applicabile l'art. 42 bis;

c) se, ove sia invocata la sola tutela restitutoria e/o risarcitoria prevista dal codice civile e non sia richiamato l'art. 42 bis, il giudice amministrativo può qualificare l'azione come proposta avverso il silenzio dell'Autorità inerte in relazione all'esercizio dei poteri ex art. 42 bis;

d) se, in tale ipotesi, il giudice amministrativo può conseguentemente fornire tutela all'interesse legittimo del ricorrente applicando la disciplina di cui all'art. 42 bis e, eventualmente, nominando un Commissario ad acta già in sede di cognizione;

e) se, nella specie, l'atto di acquisizione emesso da Roma Capitale in data 23 novembre 2018 vada considerato giuridicamente rilevante (ciò che dovrebbe ammettersi, qualora si dovesse ritenere che l'Amministrazione solo con l'emanazione dell'atto di data 23 novembre 2018 ha fatto venire meno l'illecito permanente conseguente alla occupazione sine titulo)."

4. Le quattro pronunce dell'Adunanza Plenaria e la negazione della natura sanante dell'acquisizione di cui all'art. 42 bis del d.P.R. n. 327 dell'8 giugno 2001

L'Adunanza Plenaria, con quattro sentenze (quasi gemelle n. 2, 3, 4 e 5, rese in data 20 gennaio 2020, ha risposto a vari, ma analoghi quesiti, sollevati dalla IV Sezione del Consiglio di Stato, in merito alla configurabilità della cd. rinuncia abdicativa del diritto di proprietà di un suolo occupato e trasformato dall'opera pubblica, che il proprietario, espressamente o

²⁹ Articolo aggiunto dall'art. 34, comma 1, del D.L. 6 luglio 2011 n. 98.

³⁰ Sentenza n. 293 dell'8 ottobre 2010.

³¹ Tre ordinanze di rimessione sono datate 30 luglio 2019 (n. 5391, 5399 e 5400) ed una quarta (che ha dato luogo alla pronuncia n. 5, è stata provocata dalla n. 4950 del 15 luglio 2019).

implicitamente, avesse manifestato con il ricorso, puntando a chiedere (anche) il risarcimento del danno pari al controvalore del bene.

Queste mie riflessioni non involgono la risposta offerta dall'organo della nomofilachia amministrativa sulla rinuncia abdicativa³², ma taluni profili sia della natura del provvedimento di acquisizione (quindi, un aspetto sostanziale), sia della "conversione" della domanda risarcitoria in azione tendente alla declaratoria dell'illegittimità dell'inerzia (o silenzio inadempimento) dell'autorità occupante, che non ha dato luogo al procedimento di acquisizione di cui all'art. 42 bis. Sulla conversione, invece, si diffonde più a lungo l'ordinanza di rimessione n. 5400 del 2019, al quale sarà dedicato il paragrafo che segue.

Segnalo sin da subito che le argomentazioni contenute in queste decisioni non sono persuasive; come, alla stessa stregua, non convince l'ordinanza di rimessione n. 5400/2019 (la cui motivazione si rinviene nelle altre tre ordinanze di rimessione), cui è dedicato il paragrafo successivo.

Una breve sintesi delle vicende che hanno dato luogo ai pronunciati in esame.

La controversia portata all'esame della Plenaria decisa con la sentenza n. 2 nasce da una richiesta risarcitoria per occupazione illegittima di un suolo occorso per la realizzazione di una superstrada di Lecce, che aveva indotto il TAR adito a dichiarare (con sentenza del 2007), da un canto, l'accessione invertita dell'occupazione, sulla scorta della giurisprudenza (soprattutto della Cassazione) all'epoca vigente, ed a respingere, dall'altro, la domanda a causa del maturarsi della prescrizione. Con sentenza parziale, la V Sezione accoglie l'appello del ricorrente di primo grado, dichiarando non prescritto il diritto al risarcimento del danno; ma con contestuale ordinanza sottopone alla Plenaria la questione della rinunciabilità (abdicativa) del diritto di proprietà³³.

La fattispecie oggetto della sentenza della Plenaria n. 3, concernente una richiesta risarcitoria per occupazione abusiva di un terreno destinato a impianto per la derivazione da rifiuti di combustibile, ruota sempre intorno alla tematica della rinuncia abdicativa. Nella specie, la parte privata aveva agito dinanzi al TAR Lazio nel 2011 per chiedere la condanna al pagamento del risarcimento del danno ingiusto per occupazione illegittima e la restituzione del terreno e, in via subordinata, nel caso in cui questa non fosse praticabile, ha proposto domanda di condanna al pagamento del controvalore del bene stesso. In primo grado, il TAR, nell'accogliere la domanda circa la declaratoria d'illegittimità dell'occupazione, aveva espresso l'esigenza che l'amministrazione dovesse scegliere tra restituzione e acquisizione

³² In tema, v. le considerazioni di E. BARILÀ, *Nuovi interventi del Consiglio di Stato sulla tutela della proprietà rispetto ad occupazioni illegali dell'amministrazione* e C. BONA – R. PARDOLESI, *Rinuncia abdicativa, abdicazione della giustizia?*, entrambe in *Foro it.*, 2021, V, III, 159 ss., e 169 ss., nonché da E. MARSEGLIA, *La rinuncia abdicativa al vaglio del Consiglio di Stato (A.P. n. 2 e 4, 2020), legalità e tipicità dell'azione amministrativa nella materia dell'espropriazione per pubblica utilità*, in *Riv. giur. ed.*, 2021, I, 890 ss. ed E. AMANTE, *L'Adunanza Plenaria espunge la rinuncia abdicativa dall'acquisizione sanante*, in *Urb. e appalti*, 2020, 365 ss.

³³ 30 luglio 2019, n. 5391.

sanante. La Plenaria, sia pure con diverso relatore, conferma, con pressoché identica motivazione, l'inesistenza della possibilità del diritto potestativo di abdicare alla proprietà. Mentre la sentenza della Adunanza Plenaria n. 5 riguardava una procedura di asservimento di un suolo oggetto di un ricorso in origine intrapreso dinanzi al TAR Marche nel 2016, la decisione resa dalla Plenaria con la sentenza n. 4 riguardava una vertenza intrapresa dinanzi al TAR Lazio adito nel 2003 dai proprietari di un suolo occorso per la realizzazione di un parco pubblico. L'organo nomofilattico, dopo aver esposto, con amplissima ed accurata descrizione, il quadro normativo e, soprattutto, l'evoluzione giurisprudenziale che aveva generato, nel 1984, la figura della cd. occupazione acquisitiva (denominata anche accessione invertita) ed aver disconosciuto la possibilità della rinuncia abdicativa³⁴, peraltro in linea con quanto prospettato dalla stessa ordinanza di rimessione (ma ciò non rileva, come sopra detto, ai fini delle presenti riflessioni), è pervenuta alla seguente conclusione, che rappresenta il seguente principio enunciato, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., e così riassunto.

Il proprietario, allorquando ha subito un'occupazione illegittima e ritiene di rivolgersi direttamente (*omissio medio*) al giudice amministrativo, ancorché egli sia il giudice naturale, in quanto investito dal codice del processo amministrativo, nella sua giurisdizione esclusiva, a pronunciarsi sulle azioni di risarcimento del danno nella materia espropriativa, e chiede la condanna dell'amministrazione occupante alla reintegrazione in forma specifica (ossia la restituzione con riduzione in pristino del terreno nello stato *quo ante*) o al risarcimento per equivalente, sbaglia, in quanto avrebbe dovuto prima invitare/diffidare la medesima amministrazione occupante a procedere bonariamente alla restituzione del suolo ed al pagamento del risarcimento per ogni anno di subita occupazione, legittima ed illegittima, e, in alternativa, chiedere l'acquisizione ex art. 42 *bis* del T.U. espropri unitamente al pagamento di quanto previsto dalla predetta norma. In caso di (più che probabile) tacito diniego, il rimedio sarà quello del ricorso ex artt. 31 e 117 c.p.a. con richiesta di nomina del commissario *ad acta* (che, sappiamo, non sempre viene immediatamente disposta dal TAR, il quale, generalmente, preferisce con la sentenza indicare dapprima un termine, decorso il quale, a seguito di nuova sollecitazione, andrà a designare il commissario stesso). Nei casi in cui l'azione, invece, sia già stata proposta, non resta altro al privato che chiedere al giudice amministrativo l'indicazione, *“attraverso l'assegnazione, nella sentenza cognitoria, di un termine per provvedere in ordine*

³⁴ In contrasto con quanto enunciato, oltre che da varie pronunce del Consiglio di Stato, dalla Cassazione 13 febbraio 2020, n. 3646. V., altresì, Cass., 11 dicembre 2020, n. 28297: *“E ciò, quindi, essendo la rinuncia un atto unilaterale dismissivo ove non accompagnata da un ulteriore intento traslativo - come riconosciuto anche da buona parte della civilistica, che trae argomenti in tal senso dalla sostanziale assimilabilità della rinuncia abdicativa all'abbandono applicato ai beni mobili, dalla rinunciabilità al legato di beni immobili, dal carattere disponibile del diritto di proprietà, dall'ampiezza della facoltà di disposizione del dominus, dalla disparità di trattamento che si creerebbe altrimenti rispetto ai beni mobili, dei quali è indiscutibile la possibilità di abbandono; dall'espresso riferimento contenuto negli artt. 1350 e 2643 c.c., agli atti di rinuncia - avviene indipendentemente dell'effetto ulteriore che dovrebbe/potrebbe conseguire all'atto di rinuncia della proprietà, vale a dire l'acquisto in capo all'Amministrazione della proprietà. Impregiudicato è, infatti, anche nella vicenda per cui è causa, se rinunciato dal privato, il diritto di proprietà passi al patrimonio dello Stato ex art. 827 c.c., ossia secondo il regime dei beni immobili vacanti, o se il bene diventi una res nullius in attesa dell'eventuale acquisizione sanante, se l'accertamento dei presupposti dell'illecito in capo alla P.A. provocato dalla domanda risarcitoria rilevi a fini acquisitivi”*.

all'acquisizione o (in caso di non acquisizione) alla restituzione del bene illegittimamente occupato, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lettera b), Cod. proc. amm., con eventuale contestuale nomina di un commissario ad acta a norma dell'art. 34, comma 1, lett. e), Cod. proc. amm. per il caso di persistente inottemperanza all'ordine di provvedere"..."Viene, con ciò, offerta al privato una tutela celere, concentrata e definitiva dell'interesse leso, senza necessità di ricorrere alla costruzione della rinuncia abdicativa. Ricorso, per quanto si è detto, non più consentito in assenza di una lacuna legislativa e anzi in presenza di una disciplina volta a fornire una base legale specifica, certa e prevedibile, all'effetto ablativo della proprietà." In corso di causa, la domanda di condanna potrà essere convertita in azione di dichiarazione dell'obbligo a provvedere con l'acquisizione.

Il giudice adito, in altre parole, in presenza di un'occupazione illegittima, pur dichiarando illegittima l'occupazione, non può condannare l'occupante al pagamento del risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente, ma è tenuto a disporre che quest'ultimo valuti se sia opportuno conservare il bene, con l'opera sopra realizzata, oppure restituire il bene medesimo.

La pronuncia della Plenaria n. 4, condividendo, sia pure con talune varianti motivazionali non significative, quanto già in passato era stato reputato, sostiene che l'acquisizione ex art. 42 *bis* non è *sanante*.

Essa, a sostegno dell'assunto, afferma quanto segue: *"In sostanziale recepimento dei principi elaborati dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 2/2005, il legislatore ha, a tal fine, configurato un procedimento ablatorio sui generis, caratterizzato da una precisa base legale e da peculiari e autonomi presupposti, semplificato nella struttura (uno actu perficitur), complesso negli effetti (che si producono sempre e comunque ex nunc), il cui scopo non è (e non può essere) quello di sanatoria di un precedente illecito perpetrato dall'amministrazione (perché altrimenti integrerebbe una espropriazione indiretta per ciò solo vietata), bensì quello autonomo"* (n.d.r.: l'evidenza è mia) *"rispetto alle ragioni che hanno ispirato la pregressa occupazione contra ius, consistente nella soddisfazione delle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che giustificano l'acquisizione del bene utilizzato al patrimonio indisponibile in funzione del mantenimento dell'opera pubblica realizzata (o, comunque, delle modificazioni apportate al bene) sine titulo. L'interesse pubblico prevalente, sorretto da attuali ed eccezionali ragioni, deve emergere necessariamente da un percorso motivazionale - rafforzato, stringente e assistito dalle garanzie partecipative rigorose delineate dalla legge n. 241/1990 con particolare riferimento ai procedimenti amministrativi che sfociano in provvedimenti discrezionali - basato sull'emersione di ragioni attuali ed eccezionali che dimostrino in modo chiaro che l'apprensione coattiva si pone come extrema ratio, dovendo in particolare essere dimostrato, in modo specifico e concreto, che non sono ragionevolmente praticabili soluzioni alternative".*

Tuttavia, il ragionamento pare assiomatico per una serie di ragioni.

Innanzitutto, la rubrica della norma in esame reca il seguente titolo: *"Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico"*, lasciando supporre l'esistenza di un illecito, visto

che la norma presuppone una detenzione di un bene senza titolo e l'individuazione di un procedimento dettato per rimuoverlo.

In secondo luogo, non vi sono dubbi che, con l'art. 42 bis, ed ancor prima con l'art. 43, dichiarato incostituzionale, il legislatore ha voluto dare attuazione alle pronunce della CEDU che ha, a più riprese, negato cittadinanza europea alla figura dell'occupazione acquisitiva e, in genere, delle cd. espropriazioni indirette, introducendo una disciplina che contempla l'emanazione di un provvedimento che consenta l'acquisizione di un bene di proprietà privata, contenente il pagamento sia del controvalore del bene, all'attualità, sia delle annualità dell'occupazione illegittima, sia, infine, dell'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quantificato forfettariamente nella misura del 10% del valore venale del bene. In disparte che il pregiudizio (o danno, che dir si voglia) di carattere non patrimoniale, ossia il danno morale, è prevalentemente imputabile ad un illecito, per le annualità di occupazione illegittima il legislatore (comma 3), con chiarezza, afferma: *“Per il periodo di occupazione senza titolo è computato a **titolo risarcitorio**, se dagli atti del procedimento non risulta la prova di una diversa entità del danno, l'interesse del cinque per cento annuo sul valore determinato ai sensi del presente comma”* (n.d.r.: le evidenze sono mie).

Ebbene, se la norma è così chiara (il comma 4 parla di *“indebita utilizzazione dell'area”* e di corresponsione di somme per il danno arrecato), non si vede come possa escludersi che il legislatore abbia previsto una fattispecie (ovvero 'base legale', come viene definita dalla Plenaria, utilizzando il lessico della CEDU) di carattere sanante (di un illecito).

D'accordo, v'è una nuova (rispetto ad un'eventuale dichiarazione di pubblica utilità³⁵) valutazione dell'interesse pubblico, ma, guarda caso, questa valutazione deve fare i conti (ed è il caso di dirlo...) con le spese già erogate per costruire l'opera pubblica e l'eventuale riduzione in pristino del suolo, ossia, per ovviare ad un ulteriore *danno*, suscettibile di essere qualificato erariale: quale sarebbe la ragione per cui il comma 7 esige che il provvedimento di acquisizione sanante debba essere trasmesso alla Procura della Corte dei conti? Peraltro, la stessa Sezione rimettente (al § 29.5) ha così descritto l'art. 42 bis: *“Per di più, il sistema di tutela disegnato dall'art. 42 bis consente al proprietario – nel caso di acquisizione - di ottenere non solo l'indennizzo pari al controvalore del bene, ma anche quanto previsto dal suo comma 3 a titolo di indennizzo per il danno non patrimoniale, oltre al risarcimento spettante ai sensi del medesimo comma 3 per il periodo di occupazione senza titolo”*. Danno e risarcimento sono indubbiamente riferibili ad un evento illecito cui la norma intende ovviare mediante un procedimento sanante³⁶.

³⁵ Eventuale, in quanto l'occupazione potrebbe anche essere usurpativa o la dichiarazione di pubblica utilità potrebbe essere stata annullata.

³⁶ Anche le Sezioni unite, 6 febbraio 2019, n. 3517, propendono per la tesi della natura non sanante dell'acquisizione. La motivazione è tutta tesa a dimostrare che lo scopo è quello di soddisfare attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico, redimibili esclusivamente attraverso il mantenimento e la gestione delle opere già realizzate *sine titolo*. Il che dà luogo alla natura meramente indennitaria e non risarcitoria della somma che va corrisposta al (già) proprietario.

Qualche ulteriore riflessione viene sollecitata dalla coeva sentenza n. 2, la quale, nel ribadire il principio dell'inesistenza nel nostro ordinamento della rinuncia abdicativa del diritto di proprietà, e che lo strumentario processuale consente di attivare il procedimento dell'accertamento del silenzio sull'istanza del proprietario del terreno illegittimamente occupato affinché si possa chiedere l'applicazione dell'art. 42 *bis* o, in alternativa, la restituzione, afferma quanto segue: *“Qualora, invece, sia invocata solo la tutela (restitutoria e risarcitoria) prevista dal codice civile e non si richiami l'art. 42-bis, il giudice deve pronunciarsi tenuto conto del quadro normativo sopra delineato e del carattere doveroso della funzione attribuita dall'articolo 42bis all'amministrazione. Non sarebbe peraltro ammissibile una richiesta solo risarcitoria, in quanto essa si porrebbe al di fuori dello schema legale tipico previsto dalla legge per disciplinare la materia ponendosi anzi in contrasto con lo stesso. Il che non significa che il giudice possa nondimeno, ove ne ricorrano i presupposti fattuali, accogliere la domanda. A ben vedere, infatti, la domanda risarcitoria, al pari delle altre domande che contestino la validità della procedura espropriativa, consiste essenzialmente nell'accertamento di tale illegittimità e nella scelta del conseguente rimedio tra quelli previsti dalla legge. È infatti la legge speciale, nel caso di espropriazione senza titolo valido, a indicare quali siano gli effetti dell'accertata illegittimità: il trasferimento non avviene per carenza di titolo e il bene va restituito. La restituzione può essere impedita dall'amministrazione, la quale è tenuta, nell'esercizio di una funzione doverosa (e non di una mera facoltà di scelta) a valutare se procedere alla restituzione del bene previa riduzione in pristino o all'acquisizione del bene nel rispetto di tutti i presupposti richiesti dall'articolo 42 bis e con la corresponsione di un'indennità pari al valore del bene maggiorato del 10 per cento (e quindi con piena e integrale soddisfazione delle pretese dell'espropriato)”* (n.d.r., le evidenze sono mie).

Sono perfettamente consapevole che questa qualificazione non sia condivisa da coloro che ritengono che, in tal modo, si corre il rischio di considerare la fattispecie introdotta dall'art. 42 *bis* una sorta di espropriazione indiretta, aborrita dalla CEDU; ma se vogliamo condividere quanto ha scritto la Consulta (sentenza n. 71 del 30 aprile 2015³⁷), che ha respinto le questioni di legittimità costituzionale (anche o proprio su questo aspetto), il pericolo sarebbe evitato. Sicché non par dubbio che il legislatore ha introdotto una figura, il cui scopo è proprio quello di sanare un illecito commesso³⁸. È inutile dire che se l'indennizzo di cui all'art. 42 *bis* ha

³⁷ Peraltro, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 42 *bis* era stata respinta dalla VI Sezione del Consiglio di Stato nel 2012. Sul punto v. G. COCOZZA, *L'art. 42 bis del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327: la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1438*, in *Riv. giur. ed.*, 2012, fasc. 1.

³⁸ La configurazione lessicale del risarcimento del danno adottata dal legislatore sarebbe una “mera imprecisione letterale” della norma secondo Sez. un. n. 15283 del 25 luglio 2016, confermata di recente dalla sentenza, sempre delle Sezioni Unite 20 luglio 2021, n. 20691, cui la questione era stata rimessa, per una rinnovata valutazione, dall'ordinanza della I Sezione della Cassazione n. 29625/2020. Tuttavia, chi legge le pronunce delle Sezioni unite è indotto a pensare che i massimi organi nomofilattici possono affermare tutto ed il contrario di tutto, e non distinguere tra legittimo ed illecito, dato che le somme da corrispondere per il danno subito a causa dell'occupazione illegittima non avrebbero carattere risarcitorio ma indennitario. Un estraneo al mondo giuridico avrebbe difficoltà nel comprendere i concetti colà espressi.

natura, totalmente o, quanto meno, parzialmente risarcitoria, la giurisdizione non sarebbe della Corte d'appello, ma del TAR³⁹.

5. Analisi dell'ordinanza n. 5400/2019 della IV Sezione

Esaminiamo più dappresso la vertenza che ha dato origine alla sentenza n. 4 della Plenaria. Essa riguarda una controversia nata in occasione dell'opposizione all'indennità contenuta in un decreto di esproprio pronunciato nel 1993. Nel corso del giudizio civile dinanzi alla Corte d'appello i proprietari vennero a conoscenza che, accanto alla procedura legittima, il Comune beneficiario dell'esproprio aveva occupato abusivamente un'altra porzione del loro fondo; sicché, dopo la sentenza della Corte d'appello (del 2000) di condanna al pagamento (o deposito, questo non è noto) della differenza accertata, i proprietari si rivolsero (siamo nel 2003⁴⁰) al TAR del Lazio per conseguire la condanna del Comune occupante al risarcimento dei danni⁴¹; richiesta che fu, per così dire, aggiornata da motivi aggiunti, in quanto nel frattempo era stato dichiarato illegittimo il criterio legale di determinazione del risarcimento del danno⁴² da essi in origine indicato, che andava rapportato, grosso modo, alla metà del valore del suolo. Al contempo, dopo aver diffidato l'amministrazione occupante ad attivare la procedura di cui all'art. 42 *bis* del D.P.R. n. 327/2001 (nelle more entrato in vigore, dopo la declaratoria di incostituzionalità n. 293 dell'8 ottobre 2010 per eccesso di delega⁴³). In conclusione, essi formularono una domanda che si atteneva ai princìpi, oltre che del buon senso, adottati dalla prassi giudiziaria praticata dagli avvocati, consistente nella seguente richiesta: qualora il terreno dovesse essere restituito a causa dell'avvenuta, irreversibile

³⁹ In origine il Consiglio di Stato aveva ritenuto che fosse competente il giudice amministrativo a valutare la congruità dell'indennizzo: IV Sez., 26 febbraio, 6 agosto e 3 settembre 2014, n. 993, 4203 e 45011. Senonché la giurisdizione è stata affermata in via definitiva dalle Sezioni unite con decisione n. 15283 del 2016, cit., in considerazione della natura intrinsecamente indennitaria del credito vantato dal proprietario del bene e inteso dal legislatore come *unicum* non scomponibile nelle diverse voci, con l'effetto non consentito di attribuire una diversa ed autonoma natura e funzione a ciascuna di esse. A tale orientamento ha prestato adesione Cons. Stato, IV Sez., 8 marzo 2021, n. 1917. Sul punto v. R. VILLANI, *Sul risarcimento del danno non patrimoniale da occupazione contra ius dell'amministrazione decide il giudice ordinario*, in *Dir. & Giust.*, 2021, fasc. 142, che richiama Sez. un. n. 20691 del 2021, cit.

⁴⁰ Abbiamo qui un esempio di irragionevole durata del processo, sebbene la giurisdizione sia stata attribuita al giudice amministrativo.

⁴¹ La giurisprudenza prevalente, peraltro, ritiene che le controversie riguardanti le occupazioni usurpative (cd. vie di fatto) prive della dichiarazione di pubblica utilità, oppure quando quest'ultima sia annullata, prive, quindi, di un titolo astrattamente legittimante, siano attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo: Cons. Stato, Sez. II, 9 novembre 2020, n. 6863; Sez. un., 14 ottobre 2020, n. 22193.

⁴² sentenza della Corte costituzionale n. 349/2007.

⁴³ In quella occasione, con un *obiter dictum*, la Corte costituzionale aveva *prospettato in termini dubitativi la compatibilità del meccanismo di "acquisizione sanante", per come disciplinato dalla norma allora impugnata, con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Quest'ultima, infatti, sia pure incidentalmente, ha più volte osservato che l'espropriazione cosiddetta indiretta si pone in violazione del principio di legalità, perché non è in grado di assicurare un sufficiente grado di certezza e permette all'amministrazione di utilizzare a proprio vantaggio una situazione di fatto derivante da «azioni illegali». Ciò accade sia allorché tale situazione costituisca conseguenza di un'interpretazione giurisprudenziale, sia allorché derivi da una legge (con espresso riferimento all'art. 43 del T.U. sulle espropriazioni), in quanto l'espropriazione indiretta non può comunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione adottata secondo «buona e debita forma» (sentenza 12 gennaio 2006, Sciarrotta e altri contro Italia)."*

trasformazione del suolo provocato dalla realizzazione dell'opera pubblica, si chiede che l'amministrazione sia condannata al risarcimento del danno per tutta la durata dell'occupazione illegittima, oltre al pagamento del controvalore del suolo. Nel 2016 il TAR Lazio, che aveva sollevato questione di legittimità costituzionale sull'art. 42 bis, puntualmente respinta dalla Consulta⁴⁴, premessa la formazione del giudicato interno sulla sussistenza del diritto di proprietà, con sentenza non definitiva dichiara, da un lato, parzialmente inammissibile il ricorso e, dall'altro, che nella specie va applicato l'art. 42 bis del T.U. espropri; sicché esso fissa il termine di 90 giorni affinché il Comune occupante pronunci l'acquisizione o scelga la restituzione. Avverso tale sentenza parziale propongono riserva d'appello sia i proprietari che il Comune. È dato registrare, nel corso del processo di primo grado (per la parte ancora da decidere), un'ulteriore ordinanza, sollecitatoria, del TAR al Comune perché, considerando che il termine assegnato per provvedere era ampiamente scaduto, si decidesse a adottare la scelta di cui all'art. 42 bis. Stante l'assoluta inerzia dell'amministrazione occupante, il TAR nel 2018 rende la sentenza definitiva di condanna del Comune *"in via principale...a restituire i terreni occupati liberi da persone e/o cose nella piena disponibilità del legittimo proprietario, previo ripristino dei luoghi nello stato di fatto originario, vale a dire prima dell'intervento costruttivo"* e, al contempo, a risarcire i danni per il periodo di illegittima detenzione non coperto dalla prescrizione, rispetto ai quali indica i criteri di quantificazione facendo riferimento a quanto già statuito dalla Corte d'appello di Roma con la sentenza di determinazione dell'indennità di esproprio; *"in via subordinata, laddove l'amministrazione resistente voglia evitare la restituzione con contestuale ripristino dei luoghi"*, la sentenza dichiara l'obbligo del Comune di *"emanare l'atto di acquisizione previsto dall'art. 42 bis."*

Come sopra riferito, le parti, che avevano notificato riserva d'appello avverso la pronuncia non definitiva, presentano appello anche avverso quella definitiva. In particolare, con l'atto di appello (principale) il Comune, che nel frattempo s'era deciso ad acquisire il suolo in forza dell'art. 42 bis, censura la sentenza del TAR là dove era stata mutuata la stima resa nel giudizio dinanzi alla Corte d'appello ed eccepisce altresì il difetto di giurisdizione, in quanto, a suo avviso, l'oggetto della controversia era mutato nel *quantum* da giudizio risarcitorio a giudizio di opposizione all'indennizzo indicato dal decreto di acquisizione sanante (peraltro, la sentenza di primo grado era stata emessa allorquando non v'era alcun decreto di acquisizione, di tal che non si vede come possa esserci una carenza, sopravvenuta, di giurisdizione).

I proprietari, nel costituirsi in giudizio, da un lato, rilevano che il TAR non aveva affatto invaso la sfera di giurisdizione del giudice ordinario, ma fatto corretta applicazione del criterio di stima recependo la c.t.u. colà disposta per lo stesso suolo (ovvero di altra parte facente parte dello stesso compendio) dalla Corte d'appello e, dall'altro, propongono appello (incidentale improprio), affermando di non essere oramai più proprietari del suolo non tanto per l'acquisizione ex art. 42 bis, nelle more intervenuta, ma per effetto della loro volontà manifestatasi con l'atto introduttivo del giudizio, con il quale avevano rinunciato (attraverso

⁴⁴ Con la richiamata sentenza n. 71 del 2015.

la cd. rinuncia abdicativa) al loro diritto di proprietà, avendo chiesto il risarcimento del danno per equivalente con riferimento al controvalore del bene appreso. E tale rinuncia, a loro avviso, era stata recepita, sia pure implicitamente, dall'ordinanza del 2014 di rimessione degli atti alla Corte costituzionale da parte del TAR, il quale aveva stabilito (con giudicato implicito) che essi avevano diritto a percepire il controvalore del bene sottratto, oltre al risarcimento per il periodo di illecita detenzione.

Il Consiglio di Stato adito, quindi, da entrambe le parti rende un'articolatissima pronuncia (la cui motivazione è redatta dal Presidente), contenente una sentenza ed un'ordinanza. Con la sentenza, accoglie sia il motivo di appello del Comune, affermando che il criterio adottato dalla Corte d'appello di Roma non era da reputarsi coperto da giudicato, perché il giudice dell'indennità s'era pronunciato su *petitum* (opposizione all'indennità) e *causa petendi* (erronea statuizione del criterio indicato nel decreto di esproprio) diversi da quelli oggetto del giudizio amministrativo (risarcimento del danno); sia il motivo avanzato dai proprietari, che avevano contestato l'errata applicazione dei principi elaborati dalla Cassazione sul criterio di calcolo degli interessi (ossia, la rivalutazione anno per anno) dovuti sul *quantum* spettante per tutti gli anni di occupazione illegittima. Con l'ordinanza, la Sezione rimette la questione all'Adunanza Plenaria per la risoluzione della questione costituita dall'esistenza o meno della figura della rinuncia abdicativa del diritto di proprietà che i (già?) proprietari avevano dichiarato di aver manifestato. Difatti, se la rinuncia dovesse avere valore, qualsiasi acquisizione da parte dell'amministrazione occupante a mezzo dell'art. 42 *bis* sarebbe *inutiliter data*, in quanto il bene sarebbe già transitato in favore del suo patrimonio indisponibile⁴⁵ al momento della presentazione del ricorso con la richiesta di condanna al pagamento del risarcimento del danno per equivalente senza richiesta restitutoria ex art. 2058 c.c.; qualora, al contrario, la rinuncia non dovesse produrre alcun effetto, ben potrebbe l'amministrazione pronunciare l'acquisizione. Se, in altre parole, la rinuncia abdicativa non è ipotizzabile (come sembra preferire il giudice rimettente), l'emanazione del decreto stesso costituirebbe una causa di sopravvenuta carenza d'interesse.

È indubbio che la questione rivestiva una grande rilevanza in questo ed in tutti i casi in cui v'è una controversia per occupazione illegittima. Di qui la necessità di rivolgersi alla Plenaria.

La IV Sezione, però, ancor prima della decisione sollecitata alla Plenaria, ritiene condivisibile la pronuncia del giudice di prime cure, là dove quest'ultimo aveva fatto "*corretta applicazione*" dell'art. 42 *bis*, sollecitando l'amministrazione ad emettere il relativo provvedimento. Nello sposare virtualmente (se no, non avrebbe sentito la necessità di rivolgersi all'organo nomofilattico) la tesi negazionista della praticabilità della rinuncia abdicativa del diritto di proprietà, l'ordinanza in questione dichiara con sicurezza che "*per i casi di occupazione sine titolo di un fondo da parte della Autorità (devoluti alla cognizione del giudice amministrativo), è in vigore la specifica disciplina prevista dall'art. 42 bis del testo unico sugli espropri, che ha*

⁴⁵ L'art. 42 *bis* parla impropriamente di acquisizione al patrimonio indisponibile. Infatti, per molte opere pubbliche (es., strade e acquedotti), l'acquisizione è al demanio ex art. 822 c.c.

in dettaglio individuato i poteri e i doveri della medesima Autorità, nonché i poteri del giudice amministrativo”.

Ed aggiunge lapidariamente: *“Pertanto, nel caso di occupazione sine titulo:*

“- non si può chiedere omissio medio la tutela del proprio diritto, perché si deve preliminarmente verificare (in sede amministrativa o giurisdizionale) se l’Autorità intenda o meno acquisire il bene, ai sensi dell’art. 42 bis;

- in coerenza con il principio della divisione dei poteri, deve esservi la valutazione della Autorità di acquisire o meno il bene.” Ciò perché, *“Nel tutelare tale interesse legittimo, il comma 1 ‘paralizza temporaneamente’ l’accoglibilità della domanda del proprietario di ottenere senz’altro il risarcimento o la restituzione del suo bene, poiché:*

- se l’Autorità - d’ufficio o su sollecitazione di parte - dispone l’acquisizione, all’ex proprietario spetta l’indennizzo per la cui quantificazione, in caso di contestazione, sussiste la giurisdizione del giudice civile (cfr. Sez. Un., 21 febbraio 2019, n. 5201; 27 dicembre 2018, n. 33539; 12 giugno 2018, n. 15343; 29 ottobre 2015, n. 22096; Cons. Stato, Sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1438);

- se l’Autorità invece decide di non acquisire il bene, solo allora il giudice amministrativo può applicare le disposizioni del codice civile. Dunque, ai sensi del comma 1 il proprietario: - può chiedere che l’Autorità adegui la situazione di diritto a quella di fatto e sollecitare l’esercizio del potere di acquisizione; - può ricorrere avverso l’atto di acquisizione (che deve determinare l’indennizzo spettante); - può ricorrere avverso il silenzio dell’Autorità, avvalendosi del rito speciale previsto dall’art. 117 del c.p.a. e dunque di un rimedio di tutela idoneo a far adeguare in un tempo ragionevole la situazione di diritto a quella di fatto (cfr. i richiami ed i casi trattati da Sez. IV, 10 giugno 2019, n. 3871; Sez. IV, 26 aprile 2019, n. 2678, § 10.1.; Sez. IV, 13 settembre 2018, n. 5358, § 10.2)”.

E poi così prosegue: *“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 del d.P.R. n. 327 del 2001 o nel senso della acquisizione o nel senso della restituzione. Similmente, se il proprietario agisce omissio medio con una azione volta ad ottenere la restituzione del terreno, espressamente o implicitamente chiedendo la tutela prevista dall’art. 42 bis, il giudice può constatare la perdurante lesione della sua posizione giuridica e può anche nominare in sede di cognizione il commissario ad acta, che provvederà nel senso o della acquisizione o della restituzione. Il commissario ad acta – per il caso di ulteriore inerzia della Autorità nel valutare gli ‘interessi in conflitto’ – può compiere la valutazione e se del caso determinare l’indennizzo. Per di più, il sistema di tutela disegnato dall’art. 42 bis consente al proprietario – nel caso di acquisizione - di ottenere non solo l’indennizzo pari al controvalore del bene, ma anche quanto previsto dal suo comma 3 a titolo di indennizzo per il danno non patrimoniale, oltre al risarcimento spettante ai sensi del medesimo comma 3 per il periodo di occupazione senza titolo. Ravvisare una ‘rinuncia abdicativa’, di conseguenza, potrebbe comportare un pregiudizio per il proprietario leso.”* Infine, la Sezione sembra voler tracciare una via d’uscita,

ovvero una sorta di protezione in favore di coloro i quali (però prima della formazione e del consolidarsi della giurisprudenza su questo aspetto) hanno avanzato domanda restitutoria e per equivalente: *“Talvolta la Sezione - a fronte di richieste eterogenee che, comunque, hanno richiamato l’art. 42 bis - ha disposto che entro un certo termine l’Autorità emani un motivato atto col quale o vada esercitato il potere di acquisizione (con l’articolazione del relativo procedimento) o vada disposta la restituzione dell’immobile (cfr. la sentenza 13 maggio 2019, n. 3070). Una tale soluzione, spesso seguita dai Tribunali amministrativi regionali, qualora si consolidasse, potrebbe agevolare la rapidità dei giudizi amministrativi e avrebbe riflessi sulla effettività della tutela spettante ai proprietari. In tal caso, si potrebbe ravvisare il rispetto del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, anche se non vi è stato il previo procedimento amministrativo previsto dalla legge per la valutazione degli ‘interessi in conflitto’, perché la parte chiede in sostanza la tutela del proprio interesse legittimo prevista dall’ordinamento: a seguito della perdurante inerzia dell’Autorità, il giudice amministrativo – qualificando l’azione, ai sensi dell’art. 32, comma 2, c.p.a. come azione avverso il silenzio e con conseguente mutamento del rito - si potrebbe pronunciare ai sensi dell’art. 117 del c.p.a. Inoltre, in aggiunta all’ordine ‘alternativo’ il giudice potrebbe nominare un commissario ad acta (ai sensi dell’art. 34 del c.p.a., o nella sede del giudizio d’ottemperanza), per il caso di ulteriore mancato esercizio del potere di acquisizione, affinché vi sia l’ineludibile atto formale, senza il quale non può essere ordinata né disposta l’acquisizione del bene né ordinata la sua restituzione. Qualora sia invocata solo la tutela (restitutoria e risarcitoria) prevista dal codice civile e non si richiami l’art. 42 bis, una domanda così congeniata potrebbe risultare ‘non centrata’, poiché si invoca una tutela sulla base di una disciplina ‘incongrua’, applicandosi l’art. 42 bis e non il codice civile. Nondimeno, pure in presenza di domande così proposte, la giurisprudenza ha sovente ritenuto di dare tutela, con le medesime statuizioni rese con le sentenze che si sono pronunciate su domande espressamente basate sull’art. 42 bis: una soluzione diversa risulterebbe formalista e in contrasto col principio di ragionevole durata del processo. Si deve tenere conto infatti del caos interpretativo che si è verificato in materia, caratterizzato dal susseguirsi di prassi stigmatizzate dalla Corte Europea, dalla dichiarazione di incostituzionalità per eccesso di delega dell’art. 43 e dai dubbi a lungo perduranti sulla legittimità costituzionale e sull’ambito di applicazione dell’art. 42 bis. Per il principio di effettività della tutela, e in considerazione dei principi sulla conversione della domanda processuale, si potrebbe affermare che il proprietario – nell’invocare la tutela risarcitoria e restitutoria del proprio diritto di proprietà – chieda al giudice di ottenere la tutela prevista dalla legislazione in realtà rilevante, e cioè quella prevista dall’art. 42 bis. In tale ipotesi, il giudice amministrativo potrebbe desumere dalla domanda restitutoria o risarcitoria la domanda volta alla tutela del coesistente interesse legittimo, in presenza della perdurante inerzia dell’Autorità, che continua a violare il suo dovere di adeguare la situazione di diritto a quella di fatto. Pertanto, sulla base di tale prospettazione, è possibile ritenere che anche in tal caso non sia violato il principio generale di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, atteso*

che il giudice, qualificata l'azione come proposta avverso il silenzio, si potrebbe pronunciare ai sensi dell'art. 117 c.p.a."

Ho riportato largamente tutto il corredo motivazionale dell'ordinanza, giacché, ancorché assorbito, in un certo qual senso, dalla pronuncia della Plenaria, costituisce l'*humus* che inevitabilmente influenzerà le successive decisioni in materia del giudice amministrativo.

Di qui le seguenti riflessioni.

5.1. Una premessa. Dal tono dell'ordinanza di rimessione e dalle sentenze della Plenaria emerge, di tutta evidenza, la preoccupazione del giudice amministrativo di offrire una tutela al proprietario che ha subito l'occupazione del suo bene immobile, senza aver potuto conseguire il decreto di esproprio riportante la giusta indennità nel termine previsto dalla dichiarazione di pubblica utilità⁴⁶. Tutela, quest'ultima, che però viene "trasferita" al giudice ordinario in sede di eventuale opposizione all'indennizzo.

La mia attenzione, al di là del profilo sostanziale⁴⁷ della rinuncia abdicativa, che possiede, ovviamente, un notevole peso - ma non rientra nelle mie limitate conoscenze privatistiche -, s'è spostata sulle perentorie asserzioni di carattere processuale e procedimentale che non mi appaiono convincenti.

Innanzitutto, l'ordinanza n. 5400 muove dall'assunto secondo cui "*l'art. 42 bis del testo unico sugli espropri...ha in dettaglio individuato i poteri e i doveri della medesima Autorità, nonché i poteri del giudice amministrativo*" (n.d.r.: l'evidenza è mia).

Orbene, se è vero che l'art. 42 bis disciplina il procedimento di acquisizione sanante (ovvero la scelta ad essa sottostante) e, quindi, impone certi obblighi procedimentali all'autorità occupante abusivamente, è altresì vero che in esso non mi sembra, ad una prima ed anche ad una seconda lettura, sia rinvenibile una disposizione di carattere processuale che individui anche *i poteri del giudice amministrativo*; se non del tutto indirettamente, là dove la norma prevede che il provvedimento di acquisizione può essere adottato pure quando sia stato annullato (in sede giudiziaria) un atto ablativo. Oppure ancora che - sempre implicitamente - una volta adottato il provvedimento di acquisizione, la vertenza instaurata dinanzi al giudice amministrativo attraverso un'azione di condanna al risarcimento del danno per equivalente o in forma specifica, a meno che non venga chiesto, mediante un ricorso con motivi aggiunti, l'annullamento dell'acquisizione sanante con motivi aggiunti: in entrambi i casi il giudice

⁴⁶ L'art. 42 bis prevede il procedimento dell'acquisizione sanante, oltre che nell'ipotesi di occupazione illegittima per effetto di un decreto di occupazione divenuto inefficace, a causa dell'omessa o tardiva emanazione del decreto di esproprio (denominata occupazione appropriativa), anche nell'ipotesi di occupazione non preceduta da nessun atto ablativo (cd. vie di fatto) oppure per annullamento, in sede di autotutela o giurisdizionale) della dichiarazione di pubblica utilità, del vincolo o del decreto di esproprio (cd. occupazione usurpativa, che è istituto di origine pretoria che ha ricevuto il formale avallo dalla Cassazione con la pronuncia n. 1814 del 18 febbraio 2000). Per le occupazioni non precedute dalla dichiarazione di pubblica utilità la Cassazione ritiene che la giurisdizione spetti al giudice ordinario: Sez. un., 14 ottobre 2020, n. 22193; TAR Napoli, V Sez., 9 dicembre 2019, n. 5784. Da ciò deriverebbe la conseguenza che la controversia oggetto dell'ordinanza di rimessione in parola avrebbe dovuto essere trattata dal giudice ordinario.

⁴⁷ Che rappresenta l'oggetto delle severe recensioni della dottrina richiamata nella precedente nota 27.

amministrativo sarà costretto a emettere una pronuncia di sopravvenuta carenza d'interesse. Quindi, è vero che sono previsti poteri del giudice amministrativo, ma essi sono, di tutta evidenza, eventuali, secondari, assai limitati o comunque poco significativi. Insomma, la norma in esame impone un obbligo all'autorità occupante, ma se quest'ultima non esercita il potere, il processo amministrativo instaurato non subisce alcun effetto.

5.2. Il secondo passaggio, consequenziale rispetto al primo, che mi lascia perplessi, è il seguente: *“nel caso di occupazione sine titulo: non si può chiedere omissio medio la tutela del proprio diritto, perché si deve preliminarmente verificare (in sede amministrativa o giurisdizionale) se l’Autorità intenda o meno acquisire il bene, ai sensi dell’art. 42 bis”*. In altre parole, secondo questa prima parte dell’asserzione, se l’amministrazione ha commesso un illecito, il privato che l’ha subito deve previamente interpellare quest’ultima, invitandola a decidere se intende o meno acquisire formalmente il bene, visto che ne è già entrata in possesso e lo detiene abusivamente. Insomma, se l’amministrazione è rimasta inerte per molto tempo (tant’è che non ha emesso tempestivamente il decreto di esproprio), il privato glielo deve far constatare, ma non può tutelarsi con un’azione giudiziaria, se non atta a far constatare l’inerzia. Se non è il privato (a stimolare il procedimento amministrativo), sarà il giudice (adito per far conseguire al proprietario il risarcimento in tutte le forme che egli avrà esperito) a dare impulso al procedimento e *“verificare...se l’Autorità intenda o meno acquisire il bene, ai sensi dell’art. 42 bis”*.

Per la verità, anche in questa circostanza, l’art. 42 bis nulla dice al riguardo, non introduce alcuna disposizione che imponga al proprietario, che ha atteso inutilmente di essere, formalmente e finalmente, espropriato ed indennizzato, l’onere di rivolgersi all’autorità occupante e invitarla/diffidarla a compiere il suo dovere. Tale onere, che rappresenterebbe quasi una condizione di procedibilità (non si sa fino a qual punto coerente con il dettato costituzionale), invero, non si rinviene né nell’art. 42 bis, né nell’intero testo unico delle espropriazioni, né, infine, altrove in altre norme dell’ordinamento. Ricordo a me stesso che l’art. 1219, comma 2, n. 1), c.c., prevede che non è necessaria la costituzione in mora del debitore quando il debito deriva da fatto illecito. Né, alla stessa stregua, altrettanto viene prescritto per il giudice, imponendo di sospendere il procedimento fin quando l’autorità non s’è pronunciata.

Non appare condivisibile poi subordinare l’esercizio della tutela del diritto soggettivo al risarcimento del danno subito alla preliminare – che, a questo punto, pare *pregiudiziale* – verifica della volontà dell’amministrazione di acquisire o meno il bene illecitamente detenuto e, con tutta probabilità, trasformato in modo irreversibile dalla costruzione dell’opera pubblica. Conseguentemente, non pare concepibile l’introduzione di un onere a carico del privato danneggiato, consistente nella sollecitazione all’amministrazione a sanare l’illecito.

Il privato si trova sullo stesso piano processuale dell’amministrazione occupante, anzi, è quest’ultima che parte da una situazione di svantaggio, visto che è tenuta a difendersi dalla contestazione di aver perpetrato un’attività illecita; sicché non si vede come possa essere

destinataria di una sorta di “trattamento di favore” dal legislatore che incide sui poteri del ricorrente danneggiato, e sui poteri del giudice, adito proprio per stigmatizzare il comportamento dell’amministrazione stessa.

L’effetto di questo passaggio, secondo l’ordinanza, salvo quanto sarà precisato per le controversie pendenti alla data delle pronunce della Plenaria, dovrebbe addirittura condurre dalla declaratoria d’inammissibilità (o improcedibilità) dell’azione risarcitoria perché, *omissio medio*, il creditore s’è rivolto al giudice senza aver previamente attivato l’interlocuzione con l’amministrazione occupante. Insomma, in tal modo ragionando, pare sia stata introdotta una preclusione o una decadenza processuale che la norma (art. 42 bis) non contempla affatto. Ciò non pare conforme ai principi generali del processo, che esigono che le decadenze e le preclusioni siano espressamente contemplate.

5.3. Anche il terzo passaggio motivazionale, che cerca di offrire una giustificazione giuridica alla trasformazione/conversione della domanda, da risarcitoria e/o restitutoria a meramente indennitaria, non è persuasivo.

La Sezione muove dal presupposto che il comma 1 dell’art. 42 bis - nell’intento di *“tutelare tale interesse legittimo”*, consistente nella pretesa affinché l’amministrazione occupante valuti gli interessi in conflitto, e scegliere se restituire, nel pristino stato, l’immobile occupato abusivamente, comunque corrispondendo il risarcimento del danno per il periodo di occupazione abusiva, oppure se acquisirlo formalmente previo pagamento dell’indennizzo (nella sua triplice declinazione: controvalore, indennizzo per il periodo di occupazione, lecita ed illecita, danno non patrimoniale⁴⁸) - sarebbe idoneo a paralizzare *“temporaneamente l’accogliibilità della domanda del proprietario di ottenere senz’altro il risarcimento o la restituzione del suo bene”*.

Di qui, un primo rilievo: poiché la norma non sembra affatto impedire al proprietario il diritto di proporre la domanda risarcitoria, il cui esame verrebbe solo *“temporaneamente”* sospeso, l’inciso ora riportato pare contraddire la conclusione cui s’era pervenuti nel passaggio precedente, ossia che la mancata presentazione della previa richiesta all’amministrazione costituirebbe una sorta di decadenza o preclusione. Inoltre, il richiamato comma 1 non parla affatto di sospensione processuale dell’esame della domanda giudiziale restitutoria e/o risarcitoria in attesa che si pronunci l’amministrazione sull’acquisizione sanante. Anche un’ipotesi di sospensione del processo dovrebbe essere espressamente contemplata.

5.4. Prosegue l’ordinanza: se interviene il provvedimento di acquisizione la vertenza si sposta in sede di giurisdizione ordinaria, atteso che le contestazioni involgono il diritto soggettivo a

⁴⁸ Comma 3 dell’art. 42 bis: *“Salvi i casi in cui la legge disponga altrimenti, l’indennizzo per il pregiudizio patrimoniale di cui al comma 1 è determinato in misura corrispondente al valore venale del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità e, se l’occupazione riguarda un terreno edificabile, sulla base delle disposizioni dell’articolo 37, commi 3, 4, 5, 6 e 7. Per il periodo di occupazione senza titolo è computato a titolo risarcitorio, se dagli atti del procedimento non risulta la prova di una diversa entità del danno, l’interesse del cinque per cento annuo sul valore determinato ai sensi del presente comma”*.

conseguire un giusto indennizzo⁴⁹; l'acquisizione potrebbe essere sollecitata non solo dalla parte, ma anche, di ufficio, dal giudice amministrativo adito con l'azione risarcitoria. Tale prospettiva non convince.

In disparte che questo potere d'intervento officioso, con la trasformazione della giurisdizione di diritti soggettivi in una giurisdizione di diritto oggettivo, non persuade, non si vede come possa il giudice amministrativo incidere così pesantemente sul potere (o forse, direi meglio, sul principio) dispositivo della parte che ha adito il giudice per conseguire restituzione e danno. È un po' come se, *mutatis mutandis*, il conduttore convenuto in giudizio per sentirsi pronunciare una decisione di sfratto per morosità, che nulla ha dedotto in proposito, sia sollecitato dal giudice a purgare la mora e in tal guisa far cessare la materia del contendere; oppure, per venire al nostro processo amministrativo, come se il diffidato da un'amministrazione comunale a rimuovere l'abuso edilizio sia sollecitato dal TAR a presentare una domanda di permesso di costruire in sanatoria, in quanto potrebbero sussistere le ragioni (ed anche le opportunità), tali da far dichiarare la sopravvenuta carenza d'interesse.

5.5. Inoltre, prosegue la Sezione, il proprietario del terreno illecitamente occupato e trasformato, tuttavia, ha uno strumento assai incisivo per tutelare la propria posizione giuridica soggettiva: *“può ricorrere avverso il silenzio dell’Autorità, avvalendosi del rito speciale previsto dall’art. 117 del c.p.a. e dunque di un rimedio di tutela idoneo a far adeguare in un tempo ragionevole la situazione di diritto a quella di fatto”*. È così probabile che l'adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto avvenga in un tempo ragionevole.

Ma è proprio così?

Prefiguriamo il procedimento: istanza/diffida, decorso del termine di trenta giorni per provvedere e formazione del silenzio inadempimento, ovvero constatazione dell'inerzia, da poter censurare a decorrere dal successivo termine di trenta giorni. Ancorché il rito sia speciale, non sempre è dato registrare la fissazione della camera di consiglio in tempi rapidissimi; comunque, ammettiamo che il TAR fissi l'udienza di discussione entro i due mesi successivi al deposito del ricorso, è del tutto probabile che l'amministrazione direttamente, oppure attraverso il suo difensore, comunichi al collegio che non è stato ancora convocato l'organo collegiale (per gli enti locali occorre la delibera del consiglio comunale, cui spetta la decisione dell'acquisizione di un bene immobile), il quale deve essere ovviamente preparato, devono essere adeguatamente interessati gli uffici competenti quali, a titolo esemplificativo, urbanistica e/o lavori pubblici, patrimonio, ragioneria, avvocatura, ecc. e, soprattutto, deve

⁴⁹ Sulla giurisdizione del giudice ordinario per la quantificazione dell'indennizzo, l'orientamento oramai pacifico (Sez. Un., 21 febbraio 2019, n. 5201; 27 dicembre 2018, n. 33539; 12 giugno 2018, n. 15343; 29 ottobre 2015, n. 22096; Cons. Stato, Sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1438) devolve alla Corte d'appello le relative controversie, per una questione (inespressa) - ritengo - di economia processuale, giacché sono intimamente convinto che (almeno) due delle tre componenti (con esclusione del controvalore del bene) riguardano la quantificazione di un risarcimento del danno, di cui sarebbe, in astratto, competente il giudice amministrativo ex art. 133 c.p.a. Sul punto v. la precedente nota 38, che richiama la giurisprudenza in origine contraria alla giurisdizione ordinaria.

essere reperita la risorsa finanziaria per far fronte all'onere previsto per l'acquisizione. In tal caso, il difensore dell'ente si sentirà in dovere di chiedere un adeguato rinvio dell'udienza di discussione ed il TAR non potrà negarlo. Se v'è pronuncia di acquisizione sanante, *nulla quaestio*: il già proprietario si rassegnerà oppure, se insoddisfatto della quantificazione⁵⁰, potrà intraprendere un'azione d'opposizione all'indennizzo dinanzi alla corte d'appello per la migliore quantificazione. Invece, in caso di perdurante silenzio, sarà emanata la "*sentenza in forma semplificata, la quale se accoglie il ricorso, ordinerà all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni*" (co. 2 dell'art. 117 c.p.a.); in tal caso, occorrerà verificare se questa conterrà o meno la nomina del commissario *ad acta*. Infatti, "*Il giudice nomina, ove occorra, un commissario ad acta con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata*" (co. 3 dell'art. 117 cit.). Il commissario viene investito dei poteri dopo il decorso di un termine per provvedere che il giudice vorrà indicare all'amministrazione (ma, come sopra visto, il termine di trenta giorni non è ipotizzabile). Entro un anno dalla proposizione del ricorso, quindi, dopo queste interlocuzioni tra giudice e amministrazione, il commissario *ad acta* - come ben sanno gli avvocati che hanno avuto pregresse esperienze di vertenze aventi ad oggetto il silenzio inadempimento - a sua volta nomina un delegato⁵¹. Il quale, dopo l'insediamento, deve attivare il procedimento di acquisizione, con la nomina del responsabile del procedimento, svolgere la sua istruttoria, acquisire i pareri, valutare gli interessi in conflitto, chiedere agli uffici quanto costerebbe la reintegrazione in forma specifica con il ripristino del terreno occupato nello stato *quo ante*, non dimenticare di far partecipare il proprietario al procedimento⁵² dandogli un termine per redigere memorie e presentare documenti, nominare un tecnico per la quantificazione delle somme dovute al proprietario del terreno (nella sua triplice declinazione) e, soprattutto e non da ultimo, reperire la risorsa finanziaria per far fronte al previo pagamento⁵³. Finalmente, dopo aver comparato e valutato "*gli interessi in conflitto*", emanare il provvedimento di acquisizione. Ciò sempre che l'amministrazione occupante - che non ha piacere di dover sborsare una somma comunque consistente - non intenda promuovere un'azione per l'accertamento dell'usucapione del terreno occupato. Il che provoca una paralisi del procedimento di acquisizione e pertanto un indubbio allungamento dei tempi.

Davvero si può parlare di "*rimedio di tutela idoneo a far adeguare in un tempo ragionevole la situazione di diritto a quella di fatto*"?

⁵⁰ Si rammenta che l'art. 42 bis., co. 4, prevede che il trasferimento del bene è subordinato al pagamento o al deposito delle somme.

⁵¹ Difatti, non sarà mai il Prefetto o il Provveditore alle opere pubbliche (se l'inerzia è imputabile ad un ente locale) a insediarsi negli uffici dell'amministrazione surrogata. Intuitivamente il problema si complica allorché l'autorità occupante è statale.

⁵² Da ultimo, cfr. Cons. Stato Sez. IV, 6 luglio 2021, n. 5138.

⁵³ Attività, questa, nient'affatto semplice, considerando le condizioni finanziarie (tra dissesto, predissesto e quant'altro) in cui versa la maggior parte delle amministrazioni (soprattutto locali).

Non è piuttosto ragionevole, quindi, più esiguo, il tempo che sarebbe impiegato dal giudice amministrativo investito della domanda risarcitoria (che sia o meno accompagnata dalla richiesta di condanna alla restituzione, giacché, comunque, sempre la pronuncia deve contemplare la quantificazione del danno dal momento della scadenza dell'occupazione legittima sino alla data della sentenza), che gli consenta l'emanazione d'una decisione sulla base di una verifica o una consulenza tecnica di ufficio che indichi le somme spettanti? Invero, una volta *“adeguata la situazione di fatto a quella di diritto con il provvedimento di acquisizione”* (che sarà pur sempre necessaria), non c'è da chiedersi se il proprietario preferisca che la quantificazione delle somme spettanti sia eseguita sulla scorta di una consulenza redatta da un perito, terzo ed imparziale, nominato dal giudice (amministrativo), piuttosto che dalla controparte, ossia dall'amministrazione occupante abusiva, che cercherà di evitare di erogare somme consistenti, soprattutto in vista di una più che probabile condanna della Corte dei conti⁵⁴ per danno erariale?

Si dirà: qualora l'amministrazione dovesse adottare il provvedimento di acquisizione sanante, il privato, che non volesse condividere l'indennizzo ivi stabilito, potrà pur sempre rivolgersi alla Corte d'appello per conseguire una giusta quantificazione. Questo assunto non regge all'obiezione, secondo cui l'opposizione all'indennizzo è un'azione futura ed eventuale, che comporta un ulteriore slittamento dei tempi per avere giustizia⁵⁵.

La comparazione dei due tempi processuali e procedurali (o di quale sia il più ragionevole) va operata in relazione al procedimento che, in alternativa (obbligata, secondo il Consiglio di Stato) all'azione giudiziaria risarcitoria, contempla, come sopra visto, l'impulso del privato che deve notificare all'autorità occupante un'istanza/diffida, e poi l'attivazione di un giudizio che non soddisfa di certo il proprietario in quanto egli è tenuto ad attendere il decorso di trenta giorni per la formazione del silenzio ex art. 2, co. 1, della legge n. 241 del 1990, proporre il ricorso dinanzi al giudice amministrativo ex art. 117 c.p.a., attendere il suo svolgimento, la fissazione dell'udienza camerale, esaminare le deduzioni della controparte, sollecitare la nomina del commissario *ad acta*, ecc.

5.6. Prosegue così l'ordinanza n. 5400: *“se il proprietario agisce omissio medio con una azione volta ad ottenere la restituzione del terreno, espressamente o implicitamente chiedendo la tutela prevista dall'art. 42 bis, il giudice può constatare la perdurante lesione della sua posizione giuridica e può anche nominare in sede di cognizione il commissario ad acta, che provvederà nel senso o della acquisizione o della restituzione”*.

La fattispecie prefigurata dalla Sezione è la seguente: il proprietario promuove un'azione di accertamento dell'illegittimità dell'occupazione e di condanna, ex art. 2058 c.c., alla restituzione del terreno o, qualora non sia possibile, a causa dell'irreversibilità della trasformazione operata dall'opera pubblica, di condanna al risarcimento del danno ingiusto

⁵⁴ Alla quale va trasmesso, ai sensi del co. 7 dell'art. 42 bis, il provvedimento di acquisizione.

⁵⁵ In alcune corti d'appello i tempi medi per conseguire una sentenza è di cinque anni.

ex art. 2043 c.c., a tutela del diritto soggettivo leso; ciononostante, il giudice, constatata la perdurante lesione della posizione giuridica soggettiva (che però non va a qualificare, ma, di tutta evidenza, consiste in un diritto soggettivo), dopo aver accertato l'illegittimità dell'occupazione, non emette una pronuncia di condanna restitutoria/risarcitoria, ma, richiamando l'art. 42 bis, converte l'azione risarcitoria - anzi, nei processi pendenti, invita le parti a riformulare la domanda con una sorta di rimessione in termini per errore scusabile (dovuto all'interpretazione vigente al momento della proposizione del ricorso originario - in azione avverso il silenzio prestato dall'amministrazione sulle diverse opzioni previste dall'art. 42 bis, e nomina il commissario *ad acta* affinché scelga, in forza dell'art. 42 bis cit., tra restituzione e acquisizione.

Ebbene, non v'è chi non veda come, in tal guisa, il giudice amministrativo trasforma (tecnicamente l'ordinanza precisa che viene operata una "*conversione*") la domanda posta a tutela di un diritto soggettivo (restitutoria e risarcitoria) in un'azione a tutela di un interesse legittimo, sebbene come sopra visto, il proprietario non avesse alcuna intenzione di proporre, con buona pace del principio dispositivo, un'azione di tal genere. Azione che tende ad una successiva pronuncia di improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse⁵⁶. In buona sostanza, il giudice amministrativo trasforma sé stesso in un tramite o "mediatore" tra il privato danneggiato e l'autorità danneggiante, con funzione conciliativa, di cui viene ravvisata la fonte normativa nell'art. 42 bis. Da soggetto giudicante, quindi, ad organo in un certo qual senso amministrativo, che, avendo constatato l'illiceità dell'agire di un ente pubblico, interviene per porre fine a tale stato di fatto e adeguarlo allo stato di diritto, mediante la sollecitazione di un intervento sanante. Il fine di questo tipo di processo non è quello di dare ragione ad una parte e torto ad un'altra mediante il diretto intervento che riequilibri la posizione di svantaggio economico che si è venuta a creare, ma quello della composizione della lite mediante l'avvalimento, quale *extrema ratio*, se dovesse essere necessario, a causa dell'inerzia perdurante, d'un commissario *ad acta*.

Ci si chiede in cosa differisca questa funzione o nuova "missione" del giudice amministrativo che l'ordinamento gli avrebbe attribuito, dai non infrequenti casi in cui l'esercizio del potere viene trasferito ad organi diversi da quelli preposti all'emanazione di atti o attività, ma che manifestano negligenza o inerzia. Ci si chiede se, a titolo meramente esemplificativo (ma la casistica è significativamente diffusa), tale funzione non possa essere esercitata, considerando che, in buona sostanza, non si tratta di *giudicare*, ma di svolgere un'*attività meramente amministrativa*, dal Prefetto territorialmente competente, come recentemente disposto dall'art. 10 bis del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120 (che sostituisce l'art. 41 del T.U. edilizia n. 380 del 6 giugno 2001), là dove gli organi comunali competenti non adottino i provvedimenti repressivi di abusi edilizi⁵⁷. Anche in

⁵⁶ Così, Cons. Stato, Sez. II, 12 febbraio 2020, n. 1087.

⁵⁷ "In caso di mancato avvio delle procedure di demolizione entro il termine di centottanta giorni dall'accertamento dell'abuso, la competenza è trasferita all'ufficio del prefetto che provvede alla demolizione avvalendosi degli uffici del comune nel cui territorio ricade l'abuso edilizio da demolire, per ogni esigenza tecnico-progettuale. Per la materiale esecuzione

questa circostanza il Prefetto, ovviamente compulsato da un privato che ritiene di aver subito un danno dalla costruzione abusiva del vicino, è tenuto, evidentemente nominando un funzionario della propria struttura, a surrogare l'ente locale mediante l'adozione degli atti sanzionatori e l'esecuzione delle demolizioni.

Un tal sistema, pur non possedendo il crisma della natura giuridica giudiziaria degli atti, potrebbe essere ugualmente efficace (sol se le Prefetture fossero in grado di potersi organizzare), ed avrebbe il vantaggio indubbio per il proprietario del terreno illecitamente occupato di non doversi rivolgere al giudice (amministrativo), con sensibile risparmio di spese (quanto meno del contributo unificato) e di tempo. Salvo, poi, che la quantificazione del danno dovrà pur sempre essere pronunciata da un giudice.

Tornando alla *trasformazione* officiosa della domanda giudiziaria da parte del giudice amministrativo, v'è da rilevare che, più che trasformazione o conversione⁵⁸, con tale tecnica processuale il giudice adito produce, in sostanza, quella che una volta si chiamava "degradazione" del diritto a conseguire il risarcimento del danno in interesse legittimo volto a conoscere se l'amministrazione intenda continuare a detenere il bene, utilizzando il procedimento di cui all'art. 42 bis, oppure preferisca restituirlo (una valutazione che ha una qualche connotazione, peraltro, di carattere strettamente "politico", o comunque di squisito merito). In caso affermativo di acquisizione, si corre il rischio - che tale non è, secondo la casistica in materia - che l'autorità, che occupa oramai legittimamente il terreno, corrisponda al già proprietario un importo che potrebbe anche essere largamente inferiore, com'è probabile che lo sia, a quello che sarebbe dovuto, dato che è la stessa amministrazione a quantificarlo e non più il commissario *ad acta* (ancorché vi sia comunque la possibilità di adire la corte d'appello, con i tempi processuali ulteriori...). Insomma, abbiamo una fattispecie in cui la "degradazione" da diritto soggettivo ad interesse legittimo interviene per mano dell'amministrazione con l'eterodirezione del giudice amministrativo. Vero è che, secondo la giurisprudenza amministrativa, la posizione di interesse legittimo ha una "sostanza" di tutto rispetto in quanto riceve dall'ordinamento una tutela consistente, ancorché non piena come il diritto soggettivo, tant'è che è idonea a far annullare il provvedimento adottato da un'autorità amministrativa, però è anche vero che, nel nostro caso, il riconoscimento del giusto *tantumdem* non è immediato (tale lo sarebbe se il giudice adito pronunciasse la sentenza sulla quantificazione del danno), ma è rimandato allo scrutinio della Corte d'appello, eventuale e futuro, se il già proprietario non si ritenga appagato dalla quantificazione indicata nel decreto di sanatoria.

dell'intervento, il prefetto può avvalersi del concorso del Genio militare, previa intesa con le competenti autorità militari e ferme restando le prioritarie esigenze istituzionali delle Forze armate".

⁵⁸ In genere, sulla conversione dell'azione nel processo amministrativo v. F. FOLLIERI, *Qualificazione e conversione dell'azione alla prova del principio della domanda*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 195 ss., il quale dopo aver riportato le varie teorie sulla conversione, condivide l'orientamento secondo cui quest'ultima tende a mutare e non a modificare, nell'ambito del rapporto di continenza, la domanda. Egli esprime poi il convincimento che il potere di conversione del giudice è espressione del principio di conservazione dell'atto o dell'intento del suo autore, per concludere che, in definitiva, la conversione (in un certo qual modo indiscriminata) violerebbe il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

A questo punto occorre aprire una sia pur breve digressione sul concetto di conversione dell'azione.

La figura della conversione processuale operata dal giudice, quindi, d'ufficio, della domanda presentata dall'attore, nella materia espropriativa, la rinveniamo (a mio ricordo) nel 1968, allorché la Cassazione, con sentenza del 30 dicembre n. 4086, consentì che la domanda risarcitoria venisse convertita in domanda d'opposizione all'indennità contenuta nel decreto di esproprio intervenuto nelle more del processo. La motivazione⁵⁹ di tale pronuncia si fonda sull'interpretazione dell'art. 51 della legge n. 2359 del 1865, la quale imponeva la proposizione dell'opposizione avverso l'indennità dinanzi al tribunale entro il termine perentorio di trenta giorni decorrente dalla notifica del decreto di esproprio contenente la determinazione dell'indennità; ciò senza che si fosse adito il giudice dell'opposizione. Senonché, sembrò assurdo alla Cassazione che il proprietario, che aveva già avanzato una domanda al Tribunale per conseguire il controvalore del bene, oltre alle indennità di occupazione legittima e illegittima, fosse tenuto ad avanzare un'ulteriore domanda, sempre davanti al tribunale, per la determinazione del *quantum* dovuto, in ordine al quale già era stato interessato lo stesso giudice: *“si tratterebbe, in definitiva, della mera rinnovazione di un’istanza, inutile e lesiva del principio di economia processuale e, conseguentemente onerosa per il proprietario occupato ed espropriato, sul quale si farebbero ricadere le conseguenze del ritardo posto dalla pubblica amministrazione nel completamento del processo amministrativo con l’emanazione del decreto di espropriazione.”*

Questo orientamento è stato costantemente ribadito sin quando è intervenuta la nota sentenza delle Sezioni unite n. 1464 del 1984, che introdusse l'accessione invertita; dopo tale nuovo indirizzo, poiché uno degli effetti dell'accessione consisteva nel reputare inutile l'emanazione del decreto di esproprio intervenuto dopo la scadenza dell'occupazione (purché, però, l'opera fosse stata realizzata), non aveva più senso parlare di conversione dell'azione risarcitoria in azione indennitaria.

È agevole rilevare come tale tipologia di conversione non producesse un mutamento sostanziale del *petitum*, ma solo della *causa petendi*, mentre il giudice tenuto a dare risposta al proprietario sarebbe stato pur sempre quello adito a decidere su entrambe le domande avanzate dal privato.

La giurisprudenza amministrativa, a sua volta, ha perimetrato la conversione dell'azione ponendo ben precisi “paletti”. In particolare, a titolo esemplificativo, laddove sia assente qualsivoglia formulazione di puntuali censure di violazione di legge ovvero di figure sintomatiche dell'eccesso di potere, con violazione dell'art. 40, comma 1, lett. b) e d), e comma 2, c.p.a. (indicazione dell'oggetto della domanda e dei motivi specifici su cui si forma il ricorso), è stato escluso che sia possibile la conversione dell'azione per l'accertamento, ex

⁵⁹ Che si rinviene in *Giust. civ.*, 1969, I, 613. Il problema così risolto dalla Cassazione con riferimento alla legge, all'epoca vigente, del 1865, però, si complicava nei casi in cui l'azione risarcitoria era stata proposta dinanzi al tribunale, mentre, in forza dell'art. 19 della legge n. 861 del 1971, la competenza sull'opposizione all'indennità era stata devoluta alla corte d'appello.

art. 117 c.p.a., dell'obbligo di provvedere sull'istanza presentata alla P.A., in un'azione impugnatoria ordinaria, attraverso la qualificazione/conversione d'ufficio dell'azione ad opera del giudice amministrativo in applicazione dell'art. 32 c.p.a., che consente la conversione.⁶⁰ Inoltre, non è praticabile la conversione allorquando non è stato rispettato il termine decadenziale di proposizione del ricorso: circostanza, questa, che non è probabile che peraltro accada nel nostro caso, trattandosi di impugnare, ai sensi dell'art. 31, co. 2, c.p.a., entro il termine di un anno l'inerzia o il silenzio inadempimento a fronte di un'azione risarcitoria che soggiace invece a termini più ampi di prescrizione⁶¹.

In sintesi, la domanda da convertire (il più) deve essere contenuta nella domanda convertenda o da trasformare (il meno): quindi, è ipotizzabile una domanda di condanna al risarcimento del danno previo accertamento dell'illegittimità (che è un *minus*), in luogo dell'originaria richiesta di annullamento⁶². Ma la domanda di dichiarazione dell'inerzia dell'autorità occupante a sanare l'illiceità (che è un *minus*) può considerarsi compresa nella domanda di condanna al pagamento del risarcimento del danno? È un *minus* rispetto ad un *amplius*?

5.7. Un ulteriore dubbio sorge circa la praticabilità dell'istanza, che attivi il procedimento tendente a conseguire la risposta dell'autorità occupante sulle opzioni poste dall'art. 42 bis. Invero, l'istanza tendente alla restituzione è avanzata a tutela di un interesse legittimo o di un diritto soggettivo? Sarei portato ad accogliere la seconda soluzione, atteso che il proprietario chiede all'amministrazione la restituzione del terreno illegittimamente occupato, quindi a conseguire il bene, recte, la reintegrazione del diritto soggettivo di proprietà.

L'alternativa posta dalla legge è l'emanazione del decreto di acquisizione sanante, ma, sostanzialmente, atteso che l'amministrazione intende conservare il terreno sul quale è stata costruita l'opera pubblica, l'istanza tende alla determinazione dell'indennizzo. Ed anche qui non avrei dubbi ad affermare che l'istanza tende alla tutela di un diritto soggettivo alla corresponsione del controvalore del bene e del danno per l'occupazione illegittima.

Se così stanno le cose, non si vede come possa essere attribuita la giurisdizione al giudice amministrativo circa il silenzio serbato dall'amministrazione, stante la pacifica giurisprudenza che esclude la proponibilità delle azioni avverso il silenzio serbato per l'accertamento della violazione di un diritto soggettivo⁶³.

5.8. Non è altresì persuasiva la soluzione prospettata dall'ordinanza n. 5400, consistente nell'*aut aut* ordinato dal giudice amministrativo alla "*autorità che utilizza il bene*" (come recita il comma 1 dell'art. 42 bis): o restituisci o acquisisci; di tal che ciò, oltre ad agevolare "*la*

⁶⁰ Così, di recente, TAR Trento, Sez. I, 12 maggio 2021, n. 74.

⁶¹ V. TAR Roma, sez. I, 25 agosto 2020, n. 9262, sui limiti della conversione dell'azione di accertamento della nullità in azione di annullamento, che soggiace al termine decadenziale di sessanta giorni.

⁶² Cons. Stato, V Sez., 28 luglio 2014, n. 3997; 2 luglio 2020, n.4253; in senso diverso, cfr. Cons. Stato, V, 14 agosto 2017, n. 4001.

⁶³ Da ultimo cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 19 maggio 2021, n. 3891.

rapidità dei giudizi amministrativi e avrebbe riflessi sulla effettività della tutela spettante ai proprietari”, sarebbe comunque rispettoso del “principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, anche se non vi è stato il previo procedimento amministrativo previsto dalla legge per la valutazione degli ‘interessi in conflitto’, perché la parte chiede in sostanza la tutela del proprio interesse legittimo prevista dall’ordinamento: a seguito della perdurante inerzia dell’Autorità, il giudice amministrativo - qualificando l’azione, ai sensi dell’art. 32, comma 2, c.p.a. come azione avverso il silenzio e con conseguente mutamento del rito - si potrebbe pronunciare ai sensi dell’art. 117 del c.p.a.”.

Ben vero, anche nei confronti di questo passaggio non posso nascondere talune perplessità sulla conclamata corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, di cui all’art. 112 c.p.c.⁶⁴

Finora, dall’esame della casistica giurisprudenziale, le richieste dei proprietari che hanno subito l’occupazione illegittima di un terreno consistono, generalmente, in azioni di condanna alla restituzione del suolo, al risarcimento del danno per occupazione abusiva per tutta la durata dell’occupazione e, non necessariamente, al pagamento del controvalore del bene sottratto (giacché per quest’ultima causale, stante il ripudio dell’accessione invertita denominata anche occupazione appropriativa, non è possibile proporre una domanda di tal genere). I pronunciati, a loro volta, si traducono, invece, in ordini all’amministrazione a provvedere entro un termine non superiore a trenta giorni (art. 117, co. 2, c.p.a.); e poi, eventualmente anche contestualmente alla decisione, nella nomina del commissario *ad acta*. In altre parole, secondo l’orientamento assunto recentemente e recepito in modo piuttosto diffuso dalla giurisprudenza, il *chiesto* sta nella condanna al pagamento di una somma; il *pronunciato* consiste nella sentenza di accertamento del silenzio e nell’ordine all’amministrazione di provvedere entro un determinato termine, scaduto il quale viene prospettata la nomina di un commissario *ad acta* tenuto a sostituirsi all’amministrazione (ulteriormente) inerte. Domanda e sentenza che, come sopra riferito, non sono correlate.

Del resto, la stessa ordinanza n. 5400/2019 sembra convinta che le due azioni tipologicamente e, direi, ontologicamente sono diversificate: “*Qualora sia invocata solo la tutela (restitutoria e risarcitoria) prevista dal codice civile e non si richiami l’art. 42 bis, una domanda così congeniata potrebbe risultare ‘non centrata’, poiché si invoca una tutela sulla base di una disciplina ‘incongrua’, applicandosi l’art. 42 bis e non il codice civile.*”

In disparte la possibilità di avvalersi dello strumento dell’azione di condanna⁶⁵, pur prevista dall’ordinamento e non cancellata e neppure “sospesa” dall’art. 42 bis, quest’ultima è pur

⁶⁴ Esprime perplessità sul rispetto del principio in discorso, R. GISONDI, *Condanna alla restituzione dell’area illegittimamente occupata ed acquisizione sanante: un problema ancora aperto*, in *Giur. it.*, 2016, 434 ss. che annota Cons. Stato, IV Sez., 21 settembre 2015, n. 4403. V. in generale, oltre a F. Follieri, *op. cit.*, 202, F.G. SCOCA, *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2015, 1596 ss., il quale annota la sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 2 del 13 aprile 2015, secondo cui il giudice amministrativo non può modificare la domanda di annullamento (degli esiti di un pubblico concorso) in una domanda di condanna al risarcimento dei danni (per il candidato leso dal provvedimento illegittimo), ancorché esistano molti controinteressati, i quali da oltre quindici anni avevano conseguito l’utilità derivante dal provvedimento (ossia l’impiego pubblico).

⁶⁵ In tal modo ben definito dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 204 del 2004.

sempre prevista e disciplinata dall'art. 30 del c.p.a., la sentenza di condanna è pur sempre prevista e disciplinata dall'art. 44, comma 1, lettera b), del c.p.a e la giurisdizione amministrativa esclusiva è pur sempre prevista e disciplinata dall'art. 133 del c.p.a., riguardante, tra le altre, le controversie in materia di risarcimento del danno ingiusto in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione di un procedimento amministrativo (la scadenza del termine di efficacia dell'occupazione o dei termini della p.u.) e le controversie in materia di espropriazione (lettera g), co. 1, dell'art. 133 cit.).

Ci troviamo, quindi, in presenza di due tipologie di azioni radicalmente diverse, producenti effetti sostanzialmente diversi. Si potrebbe obiettare a questo rilievo: tuttavia, se il commissario *ad acta* finalmente mette fine all'illiceità, e trasferisce il bene con il pagamento del giusto indennizzo, il tutto potrebbe concludersi in meno di un anno. Obiezione che appare fragile, come sopra visto, nel momento in cui non sarà il commissario *ad acta* a disporre l'acquisizione sanante e, soprattutto, a quantificare l'indennizzo, ma l'amministrazione occupante, direttamente, oppure fornendo elementi estimativi del valore del bene (e dell'importo del danno) soggettivi, la quale farebbe di tutto per limitare al massimo grado il *quantum* non tanto - spero che mi sarà perdonato il retropensiero prosaico - per l'interesse pubblico, quanto nell'interesse (privato) di colui o coloro che dovranno rispondere dinanzi alla Corte dei conti delle maggiori somme erogate, costituenti anche danno erariale, come esige il comma 7 dell'art. 42 bis.

La conversione prospettata dall'ordinanza non è coerente con quanto la giurisprudenza ha costantemente affermato: *"Il principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato, codificato dall'art. 112 c.p.c., comporta il divieto di attribuire un bene non richiesto o comunque di emettere una statuizione che non trovi corrispondenza nella domanda, ed è da ritenersi violato ogni qual volta il giudice, interferendo nel potere dispositivo delle parti, alteri uno degli elementi identificativi dell'azione, cioè il petitum e la causa petendi, attribuendo quindi un bene della vita diverso da quello richiesto ovvero ponga a fondamento della propria decisione fatti o situazioni estranei alla materia del contendere, ma non anche quando procede alla qualificazione giuridica dei fatti e della domanda giudiziale ovvero alla sua interpretazione"*⁶⁶. Sicché non pare che il giudice, d'ufficio, possa qualificare o interpretare diversamente i fatti e la domanda giudiziale.

D'altro canto, non va trascurato che l'intento dell'indirizzo richiamato dall'ordinanza di rimessione n. 5400 e dalle stesse pronunce della Plenaria del 2020 sono ispirate dalla necessità di evitare una *"soluzione diversa"*, la quale *"risulterebbe formalista"* e, quindi, punitiva nei confronti del proprietario che ha avanzato una domanda ponendo in evidenza un'obbligazione di diritto privato. In estrema sintesi, secondo il nuovo indirizzo giurisprudenziale, nei confronti del proprietario che ha subito un'illegittima occupazione del terreno ed ha reagito con gli strumenti che l'ordinamento gli mette(va) a disposizione, la tutela è profondamente cambiata

⁶⁶ Così, da ultimo, Cons. Stato, IV Sez., 4 agosto 2021, n. 5743; si veda anche Ad. Plen., ord. 19 aprile 2013, n. 7.

a causa del nuovo quadro normativo entro il quale potersi muovere. Dopo le ferme decisioni della CEDU, che ha disconosciuto l'accessione invertita e le cd. espropriazioni indirette, la giurisprudenza si è sentita in dovere di intervenire chirurgicamente sull'azione già proposta. Non è più consentita, quindi, la richiesta di conseguire dal giudice, chiunque esso sia, il controvalore del bene, in assenza del decreto di trasferimento, oppure di un atto di transazione o compravendita, ancorché ciò non comporti il totale impedimento di rivolgersi al giudice per ottenere il risarcimento del danno subito. *"In tale ipotesi"*, tuttavia, se il privato agisce per ottenere il risarcimento de danno, *"il giudice amministrativo potrebbe desumere dalla domanda restitutoria o risarcitoria la domanda volta alla tutela del coesistente interesse legittimo, in presenza della perdurante inerzia dell'Autorità, che continua a violare il suo dovere di adeguare la situazione di diritto a quella di fatto"* (così l'ordinanza 5400).

Ma se il privato insiste per voler conseguire dal Giudice amministrativo adito il risarcimento del danno⁶⁷? Oppure se, dopo queste pronunce della Plenaria, il privato che ha subito l'occupazione vuole intraprendere un'azione di condanna, a cosa va incontro?

Due sono le ipotesi che il Consiglio di Stato prospetta:

- una sentenza declaratoria d'inammissibilità della domanda, in quanto, stante l'art. 42 *bis* (così interpretato), non è possibile presentare un'azione di condanna al risarcimento del danno subito, ma è lecito solo attivare previamente il procedimento amministrativo di istanza/diffida a provvedere e poi, in caso di ulteriore inerzia, avanzare un ricorso avverso il silenzio ai sensi dell'art. 117 c.p.a.;
- in alternativa, una decisione più "tollerante", che converta l'azione risarcitoria in azione di accertamento del silenzio, con ordine all'amministrazione di provvedere.

5.9. Oltre alle perplessità sopra rilevate, v'è un ultimo rilievo da rappresentare.

L'art. 42 *bis* del T.U., come sopra cennato, non è una norma processuale, di cui devono fare applicazione il giudice amministrativo ed il proprietario che ha subito il danno, invocando l'attivazione del procedimento amministrativo di invito/diffida all'amministrazione occupante a provvedere, attraverso la scelta tra restituzione ed acquisizione sanante. Quest'ultima non è altro che uno strumento, come sopra riferito, imposto dal legislatore e rivolto alle amministrazioni che abusivamente detengono i terreni occupati a suo tempo per eseguire opere pubbliche, per *"mettere le cose al loro posto"*, ossia per conferire al suolo un titolo legittimante ed evitare che il privato, avvalendosi degli strumenti previsti dall'ordinamento (dal codice civile, applicabile di certo anche nei confronti della pubblica amministrazione allorquando lede un diritto soggettivo), possa richiedere la distruzione dell'opera pubblica realizzata illecitamente su un suolo di proprietà privata.

⁶⁷ *"L'ordinamento...espressamente riconosce al soggetto inciso dalla azione dei pubblici poteri di "disporre" delle proprie garanzie di tutela giurisdizionale, optando ab initio per l'esperimento di una domanda esclusivamente di matrice risarcitoria - rinunciando, indi, alla più incisiva e diretta reintegrazione in forma specifica ottenibile con l'annullamento dell'atto lesivo - in ossequio a libere scelte e valutazioni, ed alla concreta utilitas ritraibile"*: TAR Napoli, 27 novembre 2020, n. 5585.

L'art. 42 *bis* è, invece, una norma di carattere sostanziale, che prevede un procedimento ablativo, di certo *sui generis*, che si perfeziona in pochi passaggi, richiede una motivazione stringente e rafforzata⁶⁸ (l'invocazione della maggiore spesa, che sarebbe imposta dalla demolizione dell'opera pubblica, di per sé dovrebbe essere sufficiente⁶⁹, unitamente all'impossibilità di rinvenire uno strumento alternativo), ma non può incidere sull'azione avanzata dal privato. O meglio, può incidere solo se l'amministrazione occupante conclude il procedimento di acquisizione sanante in corso di causa, facendo con ciò venir meno l'interesse del privato, la cui azione non si può convertire - attraverso la *translatio iudicii*⁷⁰ - in azione di opposizione all'indennità dinanzi alla Corte d'appello, a causa della diversità di *petitum* e *causa petendi* e, soprattutto, di autorità giudicante.

Ancora perplessità suscita la trasformazione di un diritto soggettivo (l'azione di danni è proposta a tutela di un diritto di credito) in un interesse legittimo a conseguire una risposta affinché l'amministrazione valuti l'alternativa tra restituzione (oltre al risarcimento per equivalente) e acquisizione sanante⁷¹.

⁶⁸ Sul punto si rinvia a R. ASTARIA, *I doveri di partecipazione e di motivazione e di motivazione dell'acquisizione sanante. La legalità "presa sul serio"*, nota a TAR Napoli, V Sez., 19 luglio 2019, n. 397, in *Urb. e appalti*, 2020, 116 ss.

⁶⁹ Ancorché la giurisprudenza richiede una motivazione rafforzata e la sussistenza di "eccezionali" o "imperiose" ragioni di interesse pubblico. V., innanzi tutto, la richiamata sentenza della Consulta n. 71 del 2015, secondo cui "L'adozione del provvedimento acquisitivo presuppone, appunto, una valutazione comparata degli interessi in conflitto, qualitativamente diversa da quella tipicamente effettuata nel normale procedimento espropriativo. E l'assenza di ragionevoli alternative all'adozione del provvedimento acquisitivo va intesa in senso pregnante, in stretta correlazione con le eccezionali ragioni di interesse pubblico richiamate dalla disposizione in esame, da considerare in comparazione con gli interessi del privato proprietario. Non si tratta, soltanto, di valutare genericamente una eccessiva difficoltà od onerosità delle alternative a disposizione dell'amministrazione, secondo un principio già previsto in generale dall'art. 2058 cod. civ. Per risultare conforme a Costituzione, l'ampiezza della discrezionalità amministrativa va delimitata alla luce dell'obbligo giuridico di far venir meno l'occupazione sine titolo e di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto, la quale ultima non risulta mutata neppure a seguito di trasformazione irreversibile del fondo. Ne deriva che l'adozione dell'atto acquisitivo è consentita esclusivamente allorché costituisca l'extrema ratio per la soddisfazione di "attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico", come recita lo stesso art. 42-bis del T.U. delle espropriazioni. Dunque, solo quando siano stati escluse, all'esito di una effettiva comparazione con i contrapposti interessi privati, altre opzioni, compresa la cessione volontaria mediante atto di compravendita, e non sia ragionevolmente possibile la restituzione, totale o parziale, del bene, previa riduzione in pristino, al privato illecitamente inciso nel suo diritto di proprietà."

Sul punto, la Plenaria, con la sentenza n. 2 del 9 febbraio 2016, ha statuito quanto segue: "un tale obbiettivo istituzionale" (ossia, quello indicato dall'art. 42 bis), "inoltre, deve emergere necessariamente da un percorso motivazionale - rafforzato, stringente e assistito da garanzie partecipative rigorose - basato sull'emersione di ragioni attuali ed eccezionali che dimostrino in modo chiaro che l'apprensione coattiva si pone come extrema ratio (perché non sono ragionevolmente praticabili soluzioni alternative e che tale assenza di alternative non può mai consistere nella generica eccessiva difficoltà ed onerosità dell'alternativa a disposizione dell'amministrazione), per la tutela di siffatte imperiose esigenze pubbliche."

⁷⁰ Tecnicamente non è una vera e propria *translatio*, in quanto il processo amministrativo si conclude con una pronuncia di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, ma del trasferimento della controversia, avente un *petitum* ed una *causa petendi* diversi, dinanzi ad un giudice diverso (ordinario e non più amministrativo).

⁷¹ Per la verità, l'Adunanza plenaria n. 2 del 2016 aveva precisato che "la scelta che l'amministrazione è tenuta ad esprimere nell'ipotesi in cui si verifichi una delle situazioni contemplate dai primi due commi dell'art. 42-bis, non concerne l'alternativa fra l'acquisizione autoritativa e la concreta restituzione del bene, ma quella fra la sua acquisizione e la non acquisizione, in quanto la concreta restituzione rappresenta un semplice obbligo civilistico - cioè una mera conseguenza legale della decisione di non acquisire l'immobile assunta dall'amministrazione in sede procedimentale - ed essa non costituisce, né può costituire, espressione di una specifica volontà provvedimentale dell'autorità, atteso che, nell'adempiere gli obblighi di diritto comune,

Secondo l'ordinanza della IV Sezione, l'effettività della tutela sarebbe maggiormente garantita, anzi riuscirebbe rafforzata dall'azione avverso il silenzio che l'amministrazione serberà sulla domanda/diffida del privato a scegliere il da farsi, piuttosto che dalla domanda "meramente" risarcitoria.

In disparte la considerazione che sarà il proprietario (o il suo difensore) a scegliere quale azione è in grado di tutelare al meglio i propri diritti⁷², non si vede per quale ragione il giudizio sul silenzio o inerzia offra maggiori garanzie. È sufficiente riflettere che ci troveremo in presenza di un potere discrezionale della P.A., quindi, non si potrebbe giammai chiedere al giudice un determinato tipo di provvedimento.

Per la verità, non sono in grado di affermare, o, all'inverso, negare con certezza - anzi, sarei tentato di negare - se l'obiettivo del principio della ragionevole durata del processo sia raggiunto mediante lo strumento prospettato dall'ordinanza in esame e dalle pronunce della Plenaria costituito dall'azione dinanzi al giudice amministrativo avverso il silenzio/inerzia dell'amministrazione occupante dietro l'istanza/diffida del privato ad attivare il procedimento di acquisizione di cui all'art. 42 bis, che potrebbe prevedere un primo e secondo grado e poi,

l'amministrazione opera alla stregua di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento e non agisce iure auctoritatis". Quindi, più che alternativa di tal genere, dovrebbe l'amministrazione scegliere tra acquisizione sanante e altre modalità di acquisto della proprietà (compravendita, transazione); resta evidente che, se non si riesce a raggiungere l'accordo con il privato, e l'amministrazione decida di non voler conservare il terreno, sarà conseguentemente costretta a restituirlo (nel pristino stato).

⁷² È assolutamente persuasivo quanto puntualizzato da Cass., 11 dicembre 2020, n. 28297: se "*certamente non può essere sottratta alla P.A. la facoltà di valutare discrezionalmente se provvedere all'acquisizione sanante o se restituire il bene al privato, ma che neanche il privato cittadino può essere privato del diritto di scegliere tra la tutela restitutoria e quella risarcitoria, giacché, accertata la presenza di un fatto illecito, esso dà luogo al diritto ad una tutela risarcitoria che può realizzarsi in forma specifica, con la restituzione del bene, o per equivalente monetario. Ebbene, nei caso di specie, la Corte territoriale ha deciso che il motivo di appello con cui il Comune di... lamentava la compressione del suo potere discrezionale di valutare, ai sensi dell'art. 42 bis, alla luce del bilanciamento degli interessi in conflitto, il persistente interesse pubblico all'acquisizione dell'area fosse infondato, negando che il potere della P.A. di adottare il provvedimento di acquisizione sanante precludesse sempre e comunque al privato di agire per il risarcimento del danno conseguente all'illegittima compressione del proprio diritto dominicale e all'autorità giudiziaria di statuire in merito, perché l'improcedibilità della domanda restitutoria o risarcitoria proposte dal privato può derivare esclusivamente dall'adozione del provvedimento di acquisizione sanante prima del formarsi del giudicato sul diritto alla restituzione del bene o al risarcimento del danno, escludendo, per contro, che l'astratta facoltà riconosciuta dall'art. 42 bis, possa condizionare la tutela giurisdizionale del diritto del proprietario danneggiato dal comportamento illegittimo dell'ente (cfr. Cass., Sez. Un., 13/11/2019, n. 29466, a mente della quale il provvedimento di acquisizione non può essere adottato quando, formatosi un giudicato sulla illiceità del comportamento della P.A., sia stato accertato il conseguente diritto del privato al risarcimento del danno. Muovendo dai principi posti dalla sentenza n. 71 del 2015 della Corte Cost., circa il carattere non retroattivo del provvedimento acquisitivo e la conseguente sua preclusione in presenza di un giudicato restitutorio, deve escludersi che l'Amministrazione possa ancora esercitare il potere attribuito dalla norma, o in presenza di un giudicato sull'assetto reale del bene, il quale ne abbia già stabilito l'avvenuto trasferimento a titolo originario in capo all'amministrazione espropriante, perciò rendendo priva di causa la successiva volontà provvedimentale di quest'ultima che deve fondarsi necessariamente su una precisa base legale e porsi quale 'extrema ratio', ovvero in presenza di un giudicato, anche, solo sulla illiceità dell'acquisizione del bene e sul diritto al risarcimento del danno per equivalente, ormai entrato a far parte del patrimonio del privato; cui adde Cass., Sez. Un., 05/06/2020, n. 10739, che, dopo aver equiparato il decreto di asservimento al provvedimento ablatorio di acquisizione sanante, il quale impedisce il risarcimento in forma specifica e gli effetti ripristinatori oggetto di domanda, salvo che non si sia formato il giudicato sul diritto alla restituzione del bene, conferma che, in conformità con i principi espressi dalla Corte Cost., con sentenza n. 71 del 2015, ove sopravvenga il provvedimento, si determina l'improcedibilità della domanda di restituzione e di risarcimento del danno, che siano ancora sub iudice; cfr. anche Cass. 05/06/2018, n. 14311; Cass. 31/05/2016, n. 11258).*"

una volta emessa l'acquisizione sanante, direttamente o a mezzo commissario *ad acta*, con la più che probabile *appendice* dell'opposizione all'indennizzo dinanzi alla corte d'appello (ciò è dimostrato dall'esperienza non solo personale di quanto accade), con un non improbabile giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione (proposto non solo e non tanto dal già proprietario, quanto dall'amministrazione) ed un eventuale giudizio di rinvio. In altri termini, avremmo, sia pure in astratto, complessivamente cinque gradi di giudizio, di cui due dinanzi al giudice amministrativo e tre dinanzi al giudice ordinario; ossia, una situazione analoga a quella precedente alla riforma legislativa di attribuzione della giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo che, ora, è disciplinata dall'art. 133 c.p.a.

Una controprova di quanto ora segnalato si evince proprio dalla lettura delle vertenze che sono state condotte all'esame dell'Adunanza plenaria.

Come si è avuto modo superiormente di rilevare, le cause decise (provvisoriamente, in quanto la decisione finale, dopo le pronunce della Plenaria, spetta alla Sezione rimettente, la quale, con ogni probabilità, operando la conversione, rinverrà l'esame all'amministrazione occupante direttamente o mediante la nomina di un commissario *ad acta*) sono state intraprese rispettivamente nel 2004 (per la Plenaria n. 2), nel 2011 (per la Plenaria n. 3), nel 2003 (per la Plenaria n. 4) e nel 2016 (per la Plenaria n. 5); con eccezione di quest'ultima, la media è assai elevata; sicché, il loro prolungamento, in tal guisa imposto attraverso il meccanismo di cui all'art. 42 bis, appare tradire il principio di ragionevole durata del processo.

E poi, in cosa consiste questo procedimento sollecitato dalle decisioni della Plenaria?

Da un canto, si afferma che, in presenza di una domanda solo risarcitoria (*id est*, per equivalente), il giudice deve pronunziarsi tenuto conto del quadro normativo, ed in particolare dell'art. 42 bis, dichiarando l'inammissibilità della domanda stessa, che si porrebbe al di fuori dello schema legale tipico previsto dalla legge; dall'altro canto, poiché al privato non può essere negata tutela, il giudice potrà accertare l'illegittimità dell'occupazione e, in osservanza della legge speciale (art. 42 bis), d'ufficio, dopo l'inutile decorso del termine indicato, attraverso il commissario *ad acta*, porre l'amministrazione dinanzi alla scelta (che non sarà, ovviamente, il giudice a fare) tra la conservazione del suolo oppure l'attivazione del procedimento di acquisizione. Insomma, una tutela meramente apparente e comunque dilatoria.

6. Brevi considerazioni conclusive. E una postilla.

Il paziente lettore, che ha seguito sin qui queste riflessioni, penserebbe che il suo autore sia iscritto alla scuola che, rifacendosi al pensiero espresso durante la Costituente da Piero Calamandrei, contesta la necessità che le posizioni giuridiche soggettive incise da atti amministrativi siano scrutinate da una giurisdizione speciale (amministrativa) e che occorra una modifica costituzionale o, al più, una diversa interpretazione del dato costituzionale⁷³.

⁷³ Da ultimo, v. A. PROTO PISANI, *Risposte possibili e ragionevoli alla progressiva estensione dai diritti della giustizia amministrativa*, in *Foro it.*, 2018, V, 461 ss.

Niente di tutto ciò. Mi sento un amministrativista “spaventiano”, ancorché dal pensiero rigoroso del fondatore della giustizia amministrativa - e, in particolare, dalla teorica della giustizia nell’amministrazione (recepita dall’art. 100, co. 1, Cost.) - siano trascorsi oltre 130 anni. Un amministrativista, che non sempre condivide gli orientamenti assunti dalla giurisprudenza amministrativa, anche dai suoi massimi organi, e non freme alla severa reprimenda di Carlo Bona e Roberto Pardolesi, i quali, nel commentare le decisioni n. 2, 3 e 4 del 2020, dichiarano: *“nel leggere le motivazioni con cui l’adunanza plenaria sembra voler chiudere ogni discorso, a più di un giurista (o forse vale solo per il civilista?), che abbia a cuore le sorti degli assetti dominicali, potrebbero risuonare in modo vivido le parole con cui termina la vita di Kurz nel Cuore di tenebra dello scrittore polacco: «orrore, orrore»⁷⁴.*

La mia fede nel diritto processuale amministrativo⁷⁵ non è venuta meno neppure se ripenso alle parole pronunciate da un grande esponente della giustizia amministrativa, Guglielmo Roehrsen, non solo Presidente di Sezione di Consiglio di Stato e Giudice costituzionale, ma giurista a tutto tondo, autore di fortunati studi sulle opere pubbliche⁷⁶, il quale, in un pubblico convegno negli anni ’70, al quale ebbi occasione di partecipare, non ebbe timore nel profferire le seguenti parole: *“noi giudici amministrativi, siamo prima amministrativi e poi giudici”*. Riferendo, a mo’ di esempio, che giammai il Consiglio di Stato avrebbe accordato la tutela cautelare al proprietario di un suolo espropriando destinato alla realizzazione di una grande opera pubblica (se non rammento male, fece l’esempio di una diga), in considerazione del prevalente interesse pubblico di fronte al quale l’interesse del privato deve sempre recedere; e tradendo, a mio sommo avviso, la funzione che la Costituzione aveva assegnato alla giustizia amministrativa dall’art. 113 Cost., co. 1, secondo cui *“Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela dei diritti e degli interessi legittimi”; “tutela che non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”* (art. 113, co. 2). *“Sempre”*, nella nostra lingua, vuol dire continuamente, costantemente, senza alcuna interruzione, e se si impugna un atto amministrativo che dispone l’occupazione o l’espropriazione di un terreno per un fine di pubblica utilità, ancorché si tratti di un’area indispensabile per realizzare un’opera destinata a beneficio della collettività (locale o nazionale che sia), il giudice amministrativo è, innanzi tutto, giudice, e l’aggettivo amministrativo non vuol dir altro che egli è destinato a dirimere le vertenze che insorgono tra i privati e l’amministrazione la quale esercita una pubblica funzione. Però, se essa sbaglia, se non rispetta il principio di legalità (art. 97 Cost.), deve andare incontro alle sanzioni che l’ordinamento appresta alla stessa stregua degli amministrati.

Non è solo il giurista *civilista*, ma il giurista *tout court*, che deve sentire il dovere di levare la propria voce - ancorché sia consapevole che la sua sia *clamantis in deserto* - per segnalare gli effetti che talune decisioni possono arrecare al sistema delle tutele giudiziarie.

⁷⁴ *Rinunzia abdicativa, abdicazione della giustizia?*, in *Foro it.* 2021, III, 169.

⁷⁵ Corso da me tenuto per oltre un trentennio.

⁷⁶ *Lavori pubblici*, Utet, 1971.

Non v'è dubbio che, nel seno della giustizia amministrativa, alberghino due anime: una, garantistica fino in fondo; l'altra, più attenta e sensibile agli interessi della collettività. Ben vero, è stato lucidamente affermato che da parte della giurisprudenza amministrativa, sia per le azioni di risarcimento in forma specifica che per equivalente, *“Nell'uno come nell'altro caso è tuttavia comune lo sfavore per la tutela risarcitoria per equivalente, sfavore legato oramai a ragioni non più di teoria generale ma essenzialmente economiche, di contenimento della spesa in funzione della riduzione di un debito pubblico cresciuto a dismisura”*⁷⁷. Mi sembra che tale frase riecheggi le parole di un illustre giudice amministrativo (vivente⁹, il quale era (penso sia tuttora) restio a quantificare il danno nella misura sensibile che era stata richiesta, sull'assunto che, dopo tutto, l'erogazione della somma sarebbe stata pagata da tutti i contribuenti, noi compresi...

La corrente di pensiero più attenta alla protezione dell'interesse pubblico⁷⁸ sembra ispirata - non saprei quanto consapevolmente - al concetto hegeliano che *“il benessere (das Wohl) di uno Stato ha ben altra giustificazione che il benessere del singolo” “che è poi”*, secondo Benedetto Croce, *“da provare, perché considerandosi qui lo Stato singolo come singola esistenza, non si comprende per quale ragione debba avere quel diritto che si nega all'individuo: non certamente perché esso rappresenti più o molti individui, la qual differenza sarebbe aritmetica e non etica”*⁷⁹. Ed aggiungo, se lo Stato non è sottoposto alle leggi che esso stesso produce nei confronti dei singoli cittadini, se, cioè, viene istituita una *riserva speciale* e, discutendo degli argomenti qui trattati, se viene costruita una *responsabilità speciale*, la deriva potrebbe assumere una piega pericolosamente antilibertaria e, pertanto, antidemocratica. Ragion per cui ritengo di condividere quanto la Cassazione⁸⁰, che, invertendo, se così può dirsi, i termini della questione, esige maggiore cura ed attenzione “professionale” da parte dei funzionari pubblici: *“Le norme di comune prudenza dalla cui violazione può scaturire una colpa civile non sono uguali per tutti. Nel caso di inadempimento di obbligazioni comuni, ovvero di danni causati nello svolgimento di attività non professionali, l'art. 1176 c.c., comma 1, impone di assumere a parametro di valutazione della condotta del responsabile il comportamento che avrebbe tenuto, nelle medesime circostanze, il ‘cittadino medio’, ovvero il bonus paterfamilias: vale a dire la persona di normale avvedutezza, formazione e scolarità. Nel caso, invece, di inadempimento di obbligazioni professionali, ovvero di danni causati nell'esercizio d'una attività ‘professionale’ in senso ampio, il secondo comma dell'art. 1176 c.c., prescrive un criterio più rigoroso di accertamento della colpa. Il ‘professionista’, infatti, è in colpa non solo quando tenga una condotta difforme da quella che, idealmente, avrebbe tenuto nelle medesime circostanze il bonus paterfamilias; ma anche quando abbia tenuto una condotta difforme da quella che avrebbe tenuto, al suo posto, un ideale professionista ‘medio’ (il c.d.*

⁷⁷ H. SIMONETTI, *op. loc. cit.*

⁷⁸ Cfr. G. ROMEO, *Giustizia ordinaria e amministrativa: due ispirazioni a confronto*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

⁷⁹ B. CROCE, *Hegel. Lo “Stato etico”*, in *Etica e politica*, Bari, Laterza, 1967, 213, cui si deve il richiamo della citazione del filosofo tedesco.

⁸⁰ Sez. III, 6 ottobre 2015, n. 19883.

homo eiusdem generis et condicionis). *L'ideale 'professionista medio' di cui all'art. 1176 c.c., comma 2, nella giurisprudenza di questa Corte, non è un professionista 'mediocre', ma è un professionista 'bravo': ovvero serio, preparato, zelante, efficiente. La regola di valutazione della colpa dettata dall'art. 1176 c.c., comma 2, si applica anche alla pubblica amministrazione. Essa infatti è norma generale dell'intero sistema delle obbligazioni, e detta un criterio suscettibile di applicazione in qualsiasi ipotesi di inadempimento o di responsabilità aquiliana. Per stabilire, dunque, se una pubblica amministrazione abbia o meno tenuto una condotta colposa, occorre confrontare la condotta da questa concretamente tenuta con la condotta che, nelle medesime circostanze, avrebbe tenuto l'homo eiusdem generis et condicionis: vale a dire una pubblica amministrazione che: (a) rispetta la legge (L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 1, comma 1); (b) agisce in modo efficiente e senza inutili aggravii per i cittadini (L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 1, commi 1 e 2); (c) non perde tempo, non si balocca e agisce a ragion veduta (art. 97 Cost.); (d) è composta di funzionari preparati, efficienti, prudenti e zelanti (art. 98 Cost.). Questo, dunque, è il modello astratto di 'pubblica amministrazione' e di 'pubblico impiegato' cui, ai sensi dell'art. 1176 c.c., comma 2, la Corte d'appello avrebbe dovuto comparare la condotta concretamente tenuta dal Comune di...". E poi così prosegue: "Qualsiasi pubblica amministrazione 'efficiente', ai sensi dell'art. 97 Cost., e per i fini di cui all'art. 1176 c.c., comma 2, non può non conoscere la legge. Se questa non ammette ignoranza da parte degli amministrati, a fortiori sarà l'ignoranza della legge intollerabile in un amministratore. Ora, appare a questa Corte sorprendente che una amministrazione comunale possa non sapere se il Piano Regolatore che disciplina l'uso del suo territorio sia vigente o meno, sia approvato o meno, sia conforme o meno alle concessioni edilizie che essa stessa rilascia; così come appare sorprendente che una pubblica amministrazione, dopo avere rilasciato una concessione, attenda due anni e quattro mesi prima di avvedersi che essa non è conforme al Piano Regolatore".*

Taluno potrebbe protestare la diversità "funzionale" della potestà amministrativa rispetto alla posizione del privato, che cerca di difendere un interesse proprio. Non dubito della fondatezza dell'assunto, che, però, è valido e condivisibile entro il limite dell'agire amministrativo, tant'è che la dichiarazione di pubblica utilità ed il successivo decreto di esproprio consentono unilateralmente l'estinzione del diritto di proprietà. Sicché è da sottoscrivere, parola per parola, quanto affermato dalla Corte costituzionale: *"la P.A. ha una posizione di preminenza in base alla Costituzione non in quanto soggetto, ma in quanto esercita potestà specificamente ed esclusivamente attribuitele nelle forme tipiche loro proprie. In altre parole, è protetto non il soggetto, ma la funzione, ed è alle singole manifestazioni della P.A. che è assicurata efficacia per il raggiungimento dei vari fini pubblici ad essa assegnati"* (così la sentenza n. 138 del 1981)⁸¹. Però, questa preminenza si deve arrestare sulla soglia del processo (civile o

⁸¹ Sent. n. 71 del 2015 cit., la quale ha giudicato corretta la scelta del legislatore di assicurare il ristoro economico, in quanto non avrebbe trasformato *"il precedente regime risarcitorio in un indennizzo da atto lecito"*. Senonché questa asserzione non appare convincente, stante l'evidente *ratio* della norma che ha introdotto uno strumento che ha inteso sanare, con l'acquisizione ex art. 42 bis, l'illegittimità perpetrata.

amministrativo che sia) e non può consolidare una cd. rendita di posizione. Ben vero, le posizioni dell'amministrazione e del cittadino dinanzi al giudice sono e devono restare paritarie.

Mi sembra coerente concludere queste mie riflessioni con quanto affermato da un autorevole giudice amministrativo, il quale, un decennio or sono, ma la riflessione è ancora attuale, spiega il sostanziale fallimento del risultato delle azioni risarcitorie dinanzi alla giustizia amministrativa, implicitamente confermando la preoccupazione che pervade larghi settori della magistratura amministrativa: *“In un bilancio provvisorio di (poco più di) un decennio di applicazione della tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo, si è dato conto di come la giurisprudenza sia andata progressivamente allontanandosi, in più parti, dal modello codicistico e dalle indicazioni a suo tempo offerte da Cass. 500/1999. Questo allontanamento è stato segnato, peraltro, da frequenti oscillazioni di opinioni e talvolta anche da qualche approssimazione (e pigrizia), senza quindi il formarsi di un chiaro diritto vivente capace di supplire all'incompletezza del dettato normativo. Potrebbe forse essere questa la ragione più profonda all'origine dell'orientamento discusso (e forse anche discutibile) delle Sezioni Unite in tema di pregiudizialità dell'annullamento dell'atto, cui si è legata una nozione assai estesa di giurisdizione ai fini dell'art. 362 c.p.c., ovvero una certa sfiducia (che sembra leggersi in controluce nella motivazione di Cass. sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254) nell'uso della tutela risarcitoria da parte del giudice amministrativo ed il timore che a pagarne le conseguenze sia alla fine il cittadino. Il numero quantitativamente modesto di risarcimenti del danno accordati dal giudice amministrativo nel primo decennio parrebbe confermare, almeno in parte, questo timore. Ed è difficilmente negabile come la tentazione della prima giurisprudenza amministrativa sia stata quella di trattare le controversie risarcitorie con lo stesso metro di quelle impugnatorie, provando a risolverle attraverso un'istruttoria per lo più documentale, raramente ricorrendo alla consulenza tecnica d'ufficio e quasi mai alla prova testimoniale. Questa impostazione di fondo può essere spiegata, oltre che in ragione del peso della tradizione del processo amministrativo (tutto incentrato sulla demolizione dell'atto, piuttosto che sull'accertamento del rapporto), come una conseguenza pratica delle difficoltà mostrate, prima di tutto, dagli stessi operatori di fronte alla novità della tutela risarcitoria, come dimostrano le non poche domande affidate spesso a formule di mero stile, prive di vere allegazioni. Si può aggiungere come certamente non giovi al superamento di resistenze culturali e difficoltà pratiche lo stato della finanza pubblica, nella convinzione diffusa che, quanto meno nell'immediato, la condanna dell'Amministrazione al pagamento di ingenti somme di denaro sia destinata a ripercuotersi negativamente sull'intera collettività. Ne è derivata, nell'insieme, un'applicazione della tutela risarcitoria sin qui abbastanza deludente nei modi e molto contenuta nei numeri, sino al punto da scomodare la domanda evangelica: «sei tu quello che doveva venire o dobbiamo aspettarne un altro?»⁸²*

⁸² H. SIMONETTI, *op. loc. cit.* Segno tangibile di questa duplicità di vedute si riscontra nella recente ordinanza della IV Sezione del Consiglio di Stato n. 3701 dell'11 maggio 2021, la quale ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione concernente

Una postilla. Sovente al giurista che avanza una critica *destruens* viene mosso il rimprovero di contestare il diritto positivo vigente (ovvero la sua interpretazione), ma non è perspicace perché non offre alcun apporto o propone una critica *costruens*.

Non intendo sottrarmi alla “sfida”, se così può dirsi.

Ebbene, la mia proposta consiste in un *ritorno al passato* che, ritengo, non sia sgradita né ai cittadini che, dopo aver subito un torto dall’amministrazione, reputano che anche l’ordinamento giudiziario (inteso in senso ampio) non li tuteli in modo soddisfacente; né ai magistrati amministrativi (o ad una larga parte dei magistrati amministrativi) che non amano avere a che fare con cifre, importi, calcoli e, quindi, come sopra detto, sono *allergici* alle questioni risarcitorie. Tale soluzione non sarebbe sgradita neppure a quella parte del foro (non pubblico, evidentemente) che non apprezza soluzioni troppo restrittive.

Un ritorno al passato, dopo questo periodo ventennale, per così dire, di sperimentazione, che però reintroduca anche la cd. pregiudiziale (nei casi, evidentemente, in cui occorra impugnare provvedimenti). Ossia, il cittadino che ritiene di aver subito un danno da un provvedimento o dall’inerzia dell’amministrazione è tenuto non a sollecitare il potere di disapplicazione del giudice ordinario (secondo, tanto per intenderci, le modalità individuate dalla Cass. n. 500 cit.), ma ad avanzare un ricorso al giudice amministrativo affinché, in via pregiudiziale, possa conseguire l’annullamento del provvedimento e poi, dopo il passaggio in giudicato della sentenza amministrativa, rivolgersi al giudice ordinario per ottenere il risarcimento del danno, previo riconoscimento della responsabilità colposa dell’amministrazione, secondo le coordinate che la giurisprudenza ha da tempo stabilito.

Quindi, direbbe qualcuno: due gradi (amministrativi) più tre gradi (civili) di giudizio? Non andrebbe in tal modo a farsi benedire il principio, tanto atteso e sollecitato, della concentrazione delle azioni?

E sia.

Vediamo quali sarebbero le ricadute nelle fattispecie sopra esaminate.

Attualmente, nel campo degli appalti pubblici, il concorrente che è stato illegittimamente escluso dalla gara o non ha ottenuto l’aggiudicazione che avrebbe meritato, dopo aver affrontato due gradi di giudizio amministrativo, in genere ottiene risultati poco appaganti in merito alla quantificazione del danno che gli verrebbe riconosciuta, come sopra visto; difatti, per appalti di lavori, servizi e forniture (che sono i più) di valore (*recte*, con offerte) di un milione di euro, il risarcimento atteso potrebbe ammontare, per ben che vada, a cinquantamila euro. Soltanto per le gare di appalto di importo più significativo (ossia, da dieci milioni in su), l’imprenditore potrebbe essere interessato ad avanzare (anche) domanda di risarcimento danni. Per le gare di importo limitato, il concorrente assai difficilmente riterrà di promuovere il giudizio considerando anche le spese vive che dovrà affrontare, oltre al

l’individuazione della giurisdizione cui spetta decidere sul risarcimento dei danni subiti dal destinatario (che aveva confidato nella sua legittimità) di una variante annullata in sede giurisdizionale unitamente ai conseguenti permessi di costruire. Inoltre, l’ordinanza ha chiesto, quasi a “bilanciare” quella che potrebbe essere una risposta dirompente, se, in presenza di un affidamento incolpevole, si possa escludere la rimproverabilità dell’amministrazione.

compenso da corrispondere al professionista.⁸³ Per le gare di maggior importo, stante l'orientamento normativo che limita o meglio esclude il risarcimento in forma specifica per una serie rilevante di appalti, il concorrente si trova a fronteggiare l'orientamento assai restrittivo della giustizia amministrativa.

Alla stessa stregua, nelle vertenze che riguardano le procedure ablativo, abbiamo pur sempre in astratto, due gradi di giudizio dinanzi al giudice amministrativo per l'annullamento degli atti ablativi e, poi, sempre all'esito di un esito positivo, un giudizio risarcitorio per equivalente. L'esito di tale giudizio è paralizzato dall'interpretazione offerta dalla giurisprudenza amministrativa, la quale richiede la presentazione dell'istanza di attivazione del procedimento di cui all'art. 42 bis, la nomina del commissario ad acta, e un giudizio di opposizione avverso l'indennizzo determinato dalla stessa amministrazione occupante, o se del caso, dal commissario, da proporre dinanzi alla corte d'appello, l'eventuale ricorso per cassazione nonché il possibile giudizio di rinvio. È di tutta evidenza che se il commissario quantifica l'indennizzo in modo non gradito dall'autorità occupante, sarà quest'ultima a rivolgersi alla corte d'appello.

Quindi, secondo il diritto vivente, avremmo due gradi amministrativi e tre gradi civili, con buona pace del principio di concentrazione della tutela giudiziaria.

Il rimedio che mi permetto proporre avrebbe il seguente scenario:

a) per i giudizi in materia di appalti pubblici (ma il discorso vale lo stesso in materia urbanistica ed edilizia), il concorrente che si senta danneggiato da un provvedimento della stazione appaltante dovrà rivolgersi al giudice amministrativo per conseguire l'annullamento dell'atto lesivo e poi, in caso di esito positivo del giudizio, intraprendere l'azione risarcitoria dinanzi al giudice ordinario;

b) per i giudizi in materia espropriativa, il proprietario potrà impugnare i provvedimenti ablativi dinanzi al giudice amministrativo e, in caso di annullamento, proporre l'azione risarcitoria dinanzi al giudice ordinario. Qualora non occorra impugnare un provvedimento ablativo, a causa della (semplice) scadenza del decreto di occupazione, divenuto inefficace, oppure, in assenza del decreto di occupazione, qualora non sia stato pronunciato tempestivamente il decreto di espropriazione, sarà possibile rivolgersi, con un'azione risarcitoria, al giudice ordinario il quale, dopo aver accertato l'illiceità della detenzione, potrà condannare l'amministrazione al risarcimento del danno. Tale azione potrà (davvero) convertirsi in un giudizio di opposizione all'indennizzo qualora nel corso del processo, dovesse intervenire il provvedimento di acquisizione sanante ex art. 42 bis.

Per evitare che si possa configurare la coesistenza di un giudizio risarcitorio dinanzi al tribunale ed uno davanti alla corte d'appello avverso l'indennizzo e, quindi, rendere ardua la conversione, sarebbe preferibile che la norma contempli che il giudice dell'indennizzo (*id est*,

⁸³ Che non è solo l'avvocato, ma talvolta va coinvolto anche un commercialista che sia incaricato di quantificare il danno da dimostrare.

corte d'appello) sia anche investito dell'azione risarcitoria, oppure, al contrario, che il giudice del risarcimento (*id est*, tribunale) sia anche il giudice dell'indennizzo.

In tal guisa, con questa proposta, si eviterebbe, peraltro, il giudizio dinanzi al TAR avverso il silenzio/inerzia dell'amministrazione (che, tutto sommato, pare una soluzione sovrabbondante e dilatoria⁸⁴).

Infine, trattandosi di vicende peculiari, perché vedono coinvolte le amministrazioni pubbliche, si potrebbe ipotizzare l'istituzione di una sezione specializzata del tribunale civile (alla stessa stregua del tribunale delle imprese) preposto alla risoluzione delle controversie risarcitorie che vedono convenute le amministrazioni pubbliche.

Certo, occorre una riforma legislativa. Ma consterebbe di un solo articolo, composto, al massimo, di due commi.

Giovanni Leone

Ordinario dell'Università degli studi di Napoli Federico II

⁸⁴ Secondo E. AMANTE, *op. cit.*, 375, "il problema di fondo - dopo quarant'anni di giurisprudenza sul punto - non pare compiutamente risolto: il punto è che, seguendo le conclusioni del Consiglio di Stato, al proprietario illegittimamente spogliato dalla pubblica amministrazione l'ordinamento offre una tutela attenuata (o condizionata) rispetto alla tutela ordinariamente concessa allo stesso proprietario, ove spogliato da soggetto diverso dalla P.A.; nel primo caso, la tutela restitutoria non consegue ad una libera scelta di reazione del privato che ha subito l'illecito, bensì al mancato esercizio di poteri discrezionali della stessa Autorità che ha agito *contra ius*. Non solo: il rimedio *ex art. 42 bis T.U.* Es. pare perdere, per tale via, molti dei connotati di assoluta eccezionalità che avevano consentito alla Corte costituzionale di ritenere l'istituto compatibile con la tutela proprietaria desumibile dalla Convenzione europea: l'acquisizione sanante si configura, difatti, come metodo ordinario per risolvere le ablazioni *sine titulo*".