

1. In questo breve intervento mi propongo di approfondire l'indagine sulla c.d. occupazione appropriativa, istituto di grande rilievo, pratico e teorico, rapidamente richiamato stamattina dal collega Paolo Vitucci. Esso presenta notevole varietà di profili e di questioni e, come tale, richiederebbe trattazione assai ampia, ma il mio esame è rivolto soltanto a porre in luce la diversità che nella sua applicazione si va consolidando fra ablazione della proprietà e imposizione coattiva delle servitù, ciò che mi pare di qualche interesse per il tema di questo Incontro.

Giova subito ricordare che l'occupazione appropriativa è un istituto di creazione giurisprudenziale che trova la prima compiuta formulazione in una sentenza ormai famosa della Cassazione a Sezioni unite, precisamente la n. 1464 del 26 febbraio 1983. A questa è seguito un elevato numero di nuove pronunce che, sia pure non senza dissenso (peraltro rimasto isolato, mentre decisamente critico appare l'orientamento della dottrina), hanno portato ad ulteriori precisazioni e aggiustamenti la costruzione originaria.

Di tale costruzione e della sua evoluzione successiva ci limiteremo a qualche rapido cenno, certo non esauriente, non senza rammentare che essa ha avuto anche un espresso riconoscimento positivo, sia pure in termini circoscritti, nell'art. 3 della legge 27 ottobre 1988, n. 458 (concernente il concorso dello Stato nella spesa degli enti locali in relazione ai progressi maggiori oneri delle indennità di esproprio). Secondo tale disposizione, il proprietario del terreno utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata, ha diritto al risarcimento del danno causato da provvedimento espropriativo dichiarato illegittimo con sentenza passata in giudicato, con esclusione della retrocessione del bene e, oltre al risarcimento, a lui spettano le somme dovute a causa della svalutazione monetaria

* Prof. Ordinario di Diritto Agrario nell'Università di Bologna

e le ulteriori somme di cui all'art. 1224, comma 2°, c.c., a decorrere dal giorno dell'occupazione illegittima.

2. Per tornare alla giurisprudenza, e alla ricordata sentenza-pilota, l'intervento dei giudici è determinato dalla illegittimità del comportamento della pubblica amministrazione, e la soluzione dei problemi loro sottoposti trova difficoltà nella mancanza di specifiche previsioni normative, per cui risulta inevitabile il ricorso ai principi generali dell'ordinamento. In proposito, nel conflitto tra proprietario del suolo e costruttore di opere sul medesimo, particolare rilievo assume il principio che pone come regola di composizione e di superamento l'attribuzione della proprietà, sia del suolo, sia della costruzione, al soggetto portatore dell'interesse prevalente, secondo una valutazione d'ordine economico-sociale correlata al livello di sviluppo della società civile.

Sul piano dei rapporti privatistici, tutto ciò trova espressione sia nel principio di accessione, secondo il quale, salve talune eccezioni o diverse risultanze del titolo o della legge, qualunque piantagione, costruzione od opera, esistente sopra o sotto il suolo, appartiene al proprietario di questo (art. 934 c.c.), assumendo la proprietà fondiaria valore preminente rispetto a quella dei materiali usati per la costruzione, e comunque rispetto alla costruzione stessa.

Ma trova espressione anche, con una significativa analogia alla fattispecie oggetto del nostro esame, all'ipotesi dell'art. 938, secondo il quale, se nella costruzione di un edificio si occupa in buona fede una porzione del fondo attiguo, e il proprietario di questo non fa opposizione entro tre mesi dal giorno in cui la costruzione ha avuto inizio, l'autorità giudiziaria, tenuto conto delle circostanze, può attribuire al costruttore la proprietà dell'edificio e del suolo, ma il costruttore medesimo è tenuto a pagare al proprietario dell'area occupata il doppio del valore della stessa, oltre il risarcimento dei danni. In questo caso, rispetto alla limitata porzione di suolo attiguo occupata in buona fede, appare prevalente la salvaguardia della struttura complessiva dell'edificio, il cui parziale abbattimento per la liberazione dell'area altrui costituirebbe visibilmente uno spreco di risorsa eccessivo e ingiustificato. Ciò, naturalmente, come si è detto, trova attuazione secondo il prudente apprezzamento del giudice, e con adeguato ristoro del proprietario del suolo indebitamente occupato.

Alla luce del principio generale così individuato, le Sezioni unite della Cassazione concludono nel senso che quando la pubblica amministrazione o un suo concessionario occupi illegittimamente (per mancanza di provvedimento autorizzativo o per protrazione dell'occupazione oltre i termini previsti), un fondo di proprietà privata per la costruzione di un'opera pubblica, la radicale trasformazione del fondo medesimo, ove il giudice di merito possa in essa ravvisare una destinazione irreversibile alla costruzione dell'opera, determina conseguenze rilevanti. Dal momento in cui si verifica l'irreversibilità, da un lato si ha l'estinzione del diritto di proprietà del privato e la contestuale acquisizione a titolo originario della proprietà in capo all'ente costruttore, dall'altro si ha un illecito istantaneo, sia pure con effetti permanente, che abilita il privato a chiedere, nel termine di prescrizione di cinque anni, la condanna dell'ente medesimo a risarcire il danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà, con il pagamento di una somma pari al valore del fondo nel momento sopra indicato, e con la rivalutazione per l'ipotesi di diminuzione del potere di acquisto della moneta fino al giorno della liquidazione.

Ulteriore conseguenza di tale situazione è che un eventuale provvedimento di espropriazione intervenuto successivamente deve considerarsi del tutto privo di rilevanza, sia ai fini dell'assetto proprietario, che risulta già modificato, sia ai fini della responsabilità da illecito.

3. Questa costruzione, certamente di grande interesse, trova tuttavia decise critiche in dottrina e in una pregevole ed elaborata sentenza della Sezione 1° della Cassazione (n. 3872 del 18 aprile 1987), che pone essenzialmente l'accento sul punto del mancato rispetto della disciplina sui modi di acquisto della proprietà e sui casi di esproprio per motivi di interesse generale, innanzitutto rilevando l'inconsistenza dell'assunto di base delle Sezioni unite, secondo cui per le ipotesi in esame mancherebbe qualsiasi previsione normativa.

In considerazione di ciò, del principio dell'elasticità del dominio, capace di sopportare, senza estinguersi, le più gravi compressioni, e di varie altre argomentazioni su cui non è possibile soffermarsi, la sentenza giunge alla conclusione della permanenza del diritto di proprietà in capo al privato, nonostante l'esecuzione dell'opera pubblica. Quando, tuttavia, agisce in giudizio per chiedere il valore inte-

grale del bene occupato, a titolo di risarcimento del danno, costui esprime una volontà del tutto incompatibile con quella di mantenere la proprietà del bene, cioè una volontà di abbandonare il proprio diritto in favore dell'occupante. In altri termini, ancora è da ammettere a suo carico la perdita del dominio, ma in forma non dell'esecuzione dell'opera, bensì di una rinuncia implicita nella richiesta del risarcimento, ciò che naturalmente ha effetti molto rilevanti anche sul piano dell'azione della prescrizione, e che comunque giova a salvaguardare i principi del diritto positivo in materia di acquisto della proprietà e di ablazione della medesima, fortemente incisi dalla pronuncia delle Sezioni unite.

4. Queste però intervengono ancora poco dopo (sentenza 10 giugno 1988, n. 3940), a confermare *in toto* la propria impostazione del 1983, con un'articolata confutazione della sentenza del 1987. Si ha, tuttavia, nella nuova pronuncia, un'integrazione concettuale di grande rilievo, consistente nella valorizzazione dei profili pubblicitici della fattispecie e nell'accREDITAMENTO della nozione di espropriazione di fatto.

Secondo le Sezioni unite, preliminarmente ad ogni altra è la precisazione che il fenomeno in esame non è quello, indeterminato e generico, dall'apprensione *sine titulo*, da parte dell'operatore pubblico, di un bene immobile del privato, per qualsivoglia ragione e fine, bensì un fenomeno specifico, caratterizzato, quale suo indefettibile punto di partenza, da una dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, e quale suo indefettibile punto di arrivo, dalla realizzazione dell'opera medesima; nonché dall'inserimento tra questi due poli di un'attività esecutiva manipolatrice del bene altrui nella sua fisionomia materiale e posta in essere in deviazione dal modello di comportamento dettato dalle leggi in materia. L'illegittimità dell'azione pubblica non impedisce l'ablazione della proprietà privata, i cui modi di perdita non sono, come quelli di acquisto, coperti da riserva di legge *ex art. 42 Cost.* La dipendenza da una causa di pubblico interesse legalmente dichiarata non è *a priori* incompatibile con il fenomeno dell'occupazione definitiva, ancorché scaturita da abusiva degenerazione di occupazione temporanea.

Quanto al richiamo ai principi generali dell'ordinamento, la sentenza del 1983 ha fatto riferimento alle norme del codice civile in materia di accessione, non per la loro diretta applicazione al caso in

esame, ma quali indici rivelatori della presenza nel sistema del principio della necessità di graduazione e, all'occorrenza, di sacrificio, di interessi tra loro incompatibili. Come sul versante privatistico, per la soluzione di problemi per qualche aspetto analoghi, l'ordinamento fra prevalere la posizione soggettiva portatrice dell'interesse meritevole di maggiore protezione, così, su quello pubblicistico, appare pertinente e coerente la scelta a favore della pubblica amministrazione costruttrice dell'opera pubblica (che per la sua unitarietà funzionale postula un regime giuridico unico e non distinto e frazionato) nel conflitto con il privato proprietario del suolo, cui manca qualsiasi interesse per l'opera medesima, o per una frazione di essa priva di valore commerciale e sovente non suscettibile di utilizzazione privata.

Si è osservato come la giurisprudenza in materia sia molto folta, ciò che si spiega, oltre che per la complessità del problema, anche, e malauguratamente, per la frequenza delle ipotesi in cui l'azione amministrativa risulta illegittima. E anche su questo punto, e sui risvolti pratici della giurisprudenza in esame, che potrebbe apparire incentivante per l'illiceità della condotta amministrativa, ma che finisce col comportare per il privato un ristoro più completo e per l'ente occupante oneri più gravi, occorrerebbe soffermarsi, e così pure sul problema della durata della prescrizione operante per l'azione del privato che subisce l'occupazione illegittima, problema su cui la giurisprudenza si è divisa e sul quale sono di nuovo intervenute le Sezioni unite orientandosi per il termine quinquennale stabilito dall'art. 2947, comma 1°, c.c., per il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito (sentenza 25 novembre 1992, n. 12546). Ma non è questa la sede per tali approfondimenti.

5. E' tempo invece di occuparsi del problema dell'applicabilità dell'istituto in esame all'imposizione coattiva di servitù.

Anche in questa materia la giurisprudenza è intervenuta più volte, mostrando incertezza di atteggiamenti in sede sia di merito, sia di legittimità. Dopo alterni giudizi è prevalso inizialmente un orientamento favorevole all'applicazione, orientamento di cui significativa espressione sono le sentenze nn. 195 e 196 del 14 gennaio 1987, ancora delle Sezioni unite della Cassazione, secondo le quali non sussistono apprezzabili ragioni sul piano giuridico per affermare che il principio valido ed operante per la più grave lesione della proprietà privata, cioè per la sua estinzione, non debba trovare applicazione,

nella ricorrenza dei medesimi presupposti, per lesioni di contenuto minore come quelle derivanti dall'imposizione di servitù.

Allo scopo, si argomenta come elemento qualificante della fattispecie sia non la mera occupazione e modificazione del bene, ma la realizzazione dell'opera pubblica, che determina la concreta ed irreversibile utilizzazione dell'immobile privato per il soddisfacimento di un interesse pubblico prioritario. In questo quadro, per la costruzione del principio acquisitivo, ciò che rileva è non tanto la gravità della lesione recata al diritto dei privati (la radicale trasformazione del bene nel caso della perdita della proprietà), quanto il collegamento tra il sacrificio e la compressione di tale diritto e la pubblica utilità, cioè la destinazione del bene illegittimamente occupato alla realizzazione dell'opera pubblica, che preclude al privato di esperire l'azione reale a difesa del proprio diritto.

Ciò si verifica anche nel caso di mutamento corrispondente all'esercizio di una servitù, ove pure si ha l'irreversibilità delle limitazioni derivanti al fondo servente dal tipo cui questa appartiene e l'impossibilità di rimozione dell'opera pubblica per il divieto posto al giudice ordinario dall'art. 4 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (20 marzo 1865, n. 2248, all. E), di revocare o modificare l'atto amministrativo nonchè per i principi del codice civile sui beni del patrimonio indisponibile degli enti pubblici e per la preclusione derivante dal trascorrere del semestre di cui all'art. 936 c.c. l'irreversibile destinazione all'uso pubblico; inoltre, non va intesa come assoluto impedimento alla ricostituzione della situazione precedente, e non è perciò contraddetta dalla possibilità di una successiva estinzione della servitù, ma va rapportata alla sussistenza e permanenza dell'interesse pubblico che si vuole soddisfare e quindi alla necessità della persistenza delle limitazioni imposte.

L'effetto acquisitivo esaurisce il comportamento illecito della pubblica amministrazione che appare istantaneo, anche se con effetti permanenti, e l'azione risarcitoria spettante al privato si prescrive in cinque anni a decorrere dal giorno della consumazione dell'illecito, cioè da quando si realizza l'irreversibilità della destinazione all'uso pubblico.

Così delineato sinteticamente il pensiero delle Sezioni unite nelle ricordate pronunce del 1987, giova anche ricordare come successivamente, in materia di servitù di elettrodotto, la Sezione I ... ammettendo l'applicabilità della figura in esame, abbia avuto cura di preci-

sare come a tal fine sia indispensabile che l'ente pubblico abbia preventivamente ottenuto l'autorizzazione alla costruzione e all'esercizio della linea, autorizzazione che, equivalendo alla dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, condiziona la configurabilità della condotta della pubblica amministrazione come esplicitativa di poteri amministrativi.

In mancanza di ciò, la realizzazione dell'opera costituisce mera attività materiale, con i connotati dell'illecito permanente, sicché il privato può chiedere la rimozione degli impianti e la riduzione in pristino dello stato dei luoghi e proporre l'azione di risarcimento del danno la cui prescrizione decorra soltanto dalla cessazione dell'occupazione abusiva, cioè dall'esaurirsi dell'illecito permanente (sentenza n. 6954 del 20 dicembre 1988).

6. Emerge, tuttavia, e può ritenersi ormai consolidato l'orientamento opposto della non applicabilità dell'istituto dell'occupazione nella materia in esame.

In tale senso può considerarsi come definitivo punto di svolta la pronuncia delle Sezioni unite 6 novembre 1989, n. 4619, sempre in materia di servitù di elettrodotto, cui altre conformi sono seguite (Sezioni unite, 8 agosto 1990, n. 8065, relativa a condotta idrica sotterranea, e Sezione I, 23 marzo 1992, n. 3573, in materia di metanodotto, anch'esso sotterraneo - si prescinde per brevità dal richiamo degli interventi del Tribunale superiore delle acque pubbliche).

Secondo quest'ultima tendenza, alla base dell'istituto dell'occupazione appropriativa, come fondamentale elemento costitutivo della medesima, sta la radicale ed irreversibile trasformazione della conformazione del suolo abusivamente occupato. Questa ne comporta l'assorbimento in un bene nuove e diverso, contrassegnato da un regime unico e non frazionabile, da cui deriva il totale svuotamento di ogni potere di disposizione e di godimento del proprietario, il cui diritto è destinato a non più riespandersi in forza dell'irreversibilità del mutamento.

Ciò non si verifica nel caso delle servitù, in cui si ha la coesistenza del diritto del proprietario con altro diritto reale che ne limita i contenuti, senza provocarne l'assorbimento in una situazione rigidamente unitaria. Le facoltà del *dominus* non vengono mai annullate e può anche verificarsi che il fondo servente, nonché radicali trasformazioni, neppure subisce alcuna manomissione fisica, mentre è tipi-

ca della fattispecie la possibilità di riespansione del diritto dominicale sino alla pienezza originaria, quando il diritto reale *in re aliena* sia estinto totalmente, oppure in misura minore, quando, in relazione ad esigenze sopravvenute, venga a cambiare il modo di esercizio della servitù. La sola esecuzione dell'opera, infine, è di per sé inidonea a determinare il preciso contenuto del diritto parziario, che non si risolve nella sola presenza dell'impianto volto a consentirne l'esercizio, ma è costituito da una serie di altri pesi, oneri e vincoli a carico del *dominus*, che generalmente non risultano sulla base della situazione di fatto e che solo il titolo costitutivo può determinare nei loro specifici connotati.

L'esecuzione dell'opera, di conseguenza, non realizzando l'istante acquisto del diritto reale *in re aliena*, concreta un illecito a carattere permanente che perdura nel tempo, fino alla cessazione dell'esercizio del diritto e alla rimozione dell'opera stessa, o fino alla costituzione di un titolo idoneo in via negoziale, ovvero amministrativa o giudiziaria, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni.

Questo punto d'approdo in materia di servitù, a parte il più grave problema della fondatezza dell'intero sistema dell'occupazione appropriativa, sembra a noi del tutto persuasivo e ragionevole, ma l'esposizione precedente dimostra la difficoltà della materia e il lungo lavoro della dottrina e soprattutto della giurisprudenza, il cui frequente intervento nella composizione solenne delle Sezioni unite della Suprema Corte non può certo ritenersi casuale. Le questioni affrontate sono, infatti, di grandissimo rilievo pratico in relazione ad esigenze che il dato normativo e la capacità operativa della pubblica amministrazione sono ben lungi dal soddisfare in modo adeguato, e che devono comunque trovare soluzione in virtù del principio della completezza dell'ordinamento giuridico.

7. Per concludere, gioverà ancora qualche breve osservazione di carattere più generale.

Dinanzi ai problemi messi a nudo durante i lavori, abituale nei Convegni è l'invocazione di nuove norme giudiziarie, anche se la soluzione migliore possa trovarsi altrove e non di rado nuovi interventi legislativi portino ulteriori complicazioni. Nel caso nostro, tuttavia, lo stato della legislazione è veramente inadeguato e un riordino, come già segnalato da altri prima di me, appare assolutamente necessario.

Pongo l'accento sul profilo del riordino giacché disposizioni sull'esproprio non mancano, ma la ricostruzione dell'assetto normativo della materia, ove alla legge si intrecciano gli interventi normativi della Consulta e l'opera creativa della giurisprudenza, presenta non pochi problemi. Il discorso vale sia per l'espropriazione in generale, sia per la figura dell'occupazione appropriativa oggetto del nostro esame, per limitarci alla quale giova ricordare come il citato riconoscimento legislativo del 1988 non abbia carattere generale, ma si limiti ad un ambito circoscritto, sia pure di grande rilievo. Tenuto conto della sistematica applicazione da parte della giurisprudenza, si ha così una situazione di obiettiva disorganicità.

Un problema di razionalizzazione normativa si pone anche per le servitù, rispetto alle quali giova ancora qualche chiarimento sul concetto di predialità di cui pure si è parlato in questo incontro. Predialità (che in passato serviva ai fini della distinzione rispetto alle c.d. servitù personali, oggi trattate a parte come diritti di usufrutto, uso e abitazione), significa inerenza al fondo, e suggestivamente l'art. 1027 c.c. rappresenta tale situazione individuando il contenuto del diritto nel peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro, appartenente a diverso proprietario, mentre, allo stesso modo, norme successive parlano di amenità, di comodità o di vantaggio, sempre con riguardo al fondo.

Sono termini da intendere tutti in senso traslato, giacché l'utilità o il vantaggio non possono essere delle cose, ma soltanto dell'uomo che ne ha la disponibilità. Ma la peculiarità sta nel fatto, appunto, che il beneficio giunge al soggetto non in quanto tale ma in quanto utilizzatore del bene per cui il beneficio è costituito e che per questo è indicato come fondo dominante. Per fare un esempio molto semplice ed immediato, la servitù di passaggio sul terreno "B" a favore del fondo intercluso "A", consiste certamente in un vantaggio per il titolare di quest'ultimo, ma tale vantaggio viene realizzato non attraverso un beneficio puramente personale (come potrebbe essere il girellare sull'immobile servente per goderne il panorama), ma per le necessità dell'uso del fondo dominante con il superamento della sua interclusione.

Ora questo concetto di predialità è ben visibile nei rapporti tra privati, ma è del tutto assente nelle servitù pubbliche a vantaggio della collettività, e viene meno o assume connotati del tutto peculiari anche per le ipotesi di erogazione di servizi su cui è intervenuta la

giurisprudenza sopra ricordata o altre simili. In tali casi, dunque, si parla di servitù in termini abbastanza particolari, con un'estensione del concetto a situazioni diverse da quelle sue proprie. Il problema vero sta però nella possibile moltiplicazione di queste figure in relazione all'incremento delle tecnologie per lo sviluppo della vita civile e delle attività economiche, incremento che potrebbe pure modificare o fare venire meno le attuali forme d'uso degli immobili asserviti. E ciò ancora implica adeguamenti normativi e necessità di razionalizzazione e di coordinamento delle varie discipline.