

Gabriele Torelli

L'acquisizione sanante nel codice dei beni culturali e del paesaggio

(doi: 10.7390/83587)

Aedon (ISSN 1127-1345)

Fascicolo 2, maggio-agosto 2016

Ente di afferenza:

()

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

Questo articolo è reso disponibile con licenza CC BY NC ND. Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it/>



Espropriazione e beni culturali

L'acquisizione sanante nel codice dei beni culturali e del paesaggio

di [Gabriele Torelli](#)

Sommario: [1. L'espropriazione nel codice dei beni culturali e del paesaggio: osservazioni preliminari.](#) - [2. L'acquisizione sanante nell'espropriazione di beni culturali.](#) - 2.1. La titolarità del potere espropriativo e le conseguenze sull'acquisizione sanante. - 2.2. L'acquisizione sanante a scapito di un ente pubblico. - 2.3. Qualche osservazione sull'indennizzo. - [3. L'acquisizione sanante nell'espropriazione per fini strumentali: un mezzo legittimo ma \(talvolta\) inopportuno.](#) - [4. L'espropriazione per interesse archeologico.](#) [5. Osservazioni conclusive.](#)

The Institute of "acquisizione sanante" in the Code of Cultural Heritage and Landscape

The paper aims to consider the possibility to extend the regulation of the acquisizione sanante to the cultural heritage expropriation. Basically, the acquisizione sanante, established in art. no. 42-*bis*, Republic President decree no. 327/2001, allows public bodies to acquire private property because of public interest reasons, in case of an illegitimate expropriation procedure. In particular, public bodies are allowed to use the acquisizione sanante if they have not previously declared - as they should have did at the beginning of the procedure - the reasons why the property which is going to be expropriated is relevant for the community. Therefore, the papers is meant to verify if the acquisizione sanante can be applied to the cultural heritage expropriation, regulated in art. 95, 96, 97, legislative decree no. 42/2004. These rules establish three different kinds of expropriation: the research tries to demonstrate that the acquisizione sanante can be legitimately applied to any of them, although some differences are evident. The possibility to extend the regulation of the acquisizione sanante to the cultural heritage expropriation is symptomatic that Italian legal system supports - and does not disapprove - the effectiveness of an incomplete expropriation procedure also in this matter, where public interest issues are very significant.

Keywords: Acquisizione Sanante; Expropriation; Cultural Heritage.

1. L'espropriazione nel codice dei beni culturali e del paesaggio: osservazioni preliminari

Negli ultimi anni, l'espropriazione per pubblica utilità è stata interessata da molteplici vicende normative e giurisprudenziali.

In principio, per consentire l'effetto traslativo della proprietà pure a fronte di una procedura difettosa, il giudice ordinario aveva creato l'istituto dell'occupazione appropriativa [1]; la quale consentiva all'ente espropriante di ottenere la proprietà a titolo originario del fondo occupato grazie alla trasformazione irreversibile dello stesso, pure in assenza del provvedimento di esproprio.

In altre occasioni, l'amministrazione addirittura agiva senza neppure adottare la dichiarazione di pubblica utilità, dando luogo alla c.d. occupazione usurpativa, non ricollegabile neppure in via mediata all'esercizio di un potere. Per questa ragione, la trasformazione irreversibile del fondo generalmente non determinava la traslazione del diritto dominicale [2], benché la giurisprudenza abbia talvolta calibrato questa affermazione, specificando che l'acquisto del terreno potesse avvenire solo in caso di abdicazione da parte del privato [3], deducibile a fronte di una richiesta risarcitoria [4].

Ed ancora, mentre per l'occupazione appropriativa le eventuali controversie erano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, nel caso dell'occupazione usurpativa vigeva la giurisdizione del giudice ordinario, in quanto l'ente pubblico agiva in assenza di qualsiasi titolo legittimante il potere, violando dunque un diritto soggettivo del privato [5].

Entrambi gli istituti, iscrivibili al fenomeno della c.d. espropriazione indiretta, sono stati aspramente criticati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che ha condannato il nostro Paese per l'intollerabile compressione del diritto di proprietà del soggetto espropriato [6]. Tanto è vero che, ad oggi, dopo qualche divergenza [7], giudice ordinario ed amministrativo concordano nel ritenere che il privato può pretendere la restituzione del terreno nei casi e di sussistenza e di difetto della dichiarazione di pubblica utilità [8].

La dicotomia occupazione appropriativa-occupazione usurpativa ha così perso di significato, rilevando tutt'al più sul versante del riparto di giurisdizione [9].

Per ovviare alle critiche sovranazionali ed, al contempo, consentire il trasferimento della proprietà anche in caso di procedura difettosa, il legislatore ha in un primo momento definito l'art. 43, Testo Unico sulle espropriazioni, decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327. La disposizione prevedeva la possibilità per l'ente pubblico di acquisire al proprio patrimonio indisponibile un bene immobile pur in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità.

L'iniziale favore di una parte della giurisprudenza [10] ha lasciato il posto alla declaratoria di incostituzionalità per eccesso di delega legislativa [11]; talché, nel 2011 il legislatore ha provveduto a reintrodurre nello stesso Testo Unico, apportando alcune modifiche, il nuovo art. 42-*bis*, denominato "acquisizione sanante".

La norma, in modo analogo alla precedente [12], consente all'autorità che utilizza un bene immobile per motivi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, l'acquisizione non retroattiva al proprio patrimonio indisponibile, previo indennizzo per il danno patrimoniale e non patrimoniale. Nonostante alcune perplessità [13], la Corte costituzionale con la sentenza 30 aprile 2015, n. 71, ha ritenuto compatibile la disposizione con i valori della Carta fondamentale, purché il suo utilizzo sia eccezionale, attuato cioè in assenza di ragionevoli alternative, e sostenuto da rilevanti ragioni di interesse pubblico [14].

In conclusione, sulla scorta degli insegnamenti della Consulta e prima ancora della Corte europea dei diritti dell'uomo, in caso di procedura espropriativa difettosa l'effetto traslativo della proprietà può avvenire solo tramite acquisizione sanante. Non conducono ad analogo esito né la realizzazione dell'opera [15], e dunque l'irreversibile trasformazione del fondo, né il suo possesso prolungato [16].

La breve premessa è necessaria per descrivere le principali peculiarità dell'acquisizione sanante, al fine di verificarne l'applicabilità anche in contesti differenti da quello dell'espropriazione in generale.

Si giunge al tema centrale dello studio.

Il Codice dei beni culturali e del paesaggio, decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 [archivio/2015/3/codice.htm] disciplina agli artt. 95 ss. l'espropriazione di beni culturali. Il regime giuridico previsto dal legislatore è però permeabile alle vicende dell'espropriazione per pubblica utilità: in particolare, l'art. 100 rinvia alla normativa del d.p.r. 327/2001, in quanto compatibile. È dunque lecito chiedersi se l'acquisizione sanante sia applicabile anche nel settore dei beni culturali, vista la poca attenzione della dottrina sul tema ed il rilievo (anche economico) da essi rivestito nell'ordinamento.

Nel verificare l'*an* ed il *quomodo* dell'estensione dell'art. 42-*bis*, d.p.r. 327/2001 all'espropriazione ex artt. 95 ss., d.lg. 42/2004, occorre considerare la struttura e le peculiarità delle tre diverse tipologie di espropriazioni ivi disciplinate: l'espropriazione di beni culturali, l'espropriazione per fini strumentali, l'espropriazione per interesse archeologico.

Con riferimento a ciascuna di esse, si tenterà di verificare se l'acquisizione sanante possa applicarsi ad eventuali condizioni o limiti.

2. L'acquisizione sanante nell'espropriazione di beni culturali

L'art. 95, d.lgs. n. 42/2004 disciplina l'espropriazione di beni a carattere culturale.

La sua mancata menzione all'interno dell'art. 100 - il quale rinvia al d.p.r. 327/2001 per il regime giuridico applicabile - ha indotto una parte della giurisprudenza a ritenere che questa fattispecie sia insensibile alle disposizioni del Testo Unico espropriazioni [17].

La posizione però, non individuando una valida disciplina alternativa, non convince. Per rimediare alla lacuna, sembra preferibile estendere per *analogia legis* la normativa generale del d.p.r. 327/2001 anche all'espropriazione di cui all'art. 95; opinione che trova conferma in alcuni studi dottrinali [18].

Tanto premesso, occorre verificare se nella fattispecie in questione l'acquisizione sanante sia esercitabile.

In via preliminare, si osserva che la giurisprudenza individua come presupposto necessario per l'applicazione dell'art. 42-*bis* la costruzione dell'opera pubblica, che determina l'irreversibile trasformazione del terreno [19].

Considerato che l'espropriazione di cui all'art. 95 non è funzionale a questo scopo, bensì ad assicurare una maggiore tutela del bene culturale [20], l'interrogativo è se possa egualmente ammettersi l'utilizzo dell'art. 42-*bis*, il cui testo non sembra comunque individuare nell'erezione dell'opera la sola ed unica causa di modifica radicale.

In diverse occasioni, la giurisprudenza ha ritenuto che l'irreversibile trasformazione non è causata solo dalla costruzione di un impianto utile alla collettività, ma anche da altri fattori: ad esempio mutamenti nell'arredo del bene [21]; ovvero, una sua modificazione materiale che ne ha determinato una struttura, una forma e una consistenza diversa, o quantomeno una diversa natura o collocazione giuridica, dando così vita ad un bene nuovo, capace di garantire utilità o funzioni diverse e incompatibili con quelle precedenti [22]. Ciò è quanto sembra accadere nei casi di cui all'art. 95, in quanto il potere espropriativo interviene per migliorare le condizioni di tutela e di fruizione del bene.

Ed ancora, attenta dottrina ha individuato in giurisprudenza molteplici cause ed opinioni discordanti sulla definizione

di irreversibile trasformazione [23].

Vi sono dunque importanti conferme per svincolarne la sussistenza dalla realizzazione dell'opera pubblica, a maggior ragione nel settore culturale in cui la salvaguardia del patrimonio implica attività di restauro, messa in sicurezza, garanzia di fruizione collettiva del bene, che di per sé ne mutano la fisionomia e l'utilizzo, nonché il valore.

2.1. La titolarità del potere espropriativo e le conseguenze sull'acquisizione sanante

La disciplina generale dell'espropriazione definisce la coincidenza soggettiva tra l'ente che dichiara la pubblica utilità del bene e quello che procede materialmente all'espropriazione [24].

Ai sensi dell'art. 95, comma 2, invece, il ministero dei Beni ed Attività culturali - dopo aver adottato tale dichiarazione - può autorizzare le regioni, gli altri enti territoriali, nonché ogni altro ente o istituto pubblico che ne facciano richiesta, ad effettuare l'espropriazione.

Circa l'acquisizione sanante, non si ravvisano decisivi impedimenti a che il ministero ne faccia uso, in modo analogo a quanto avviene per l'espropriazione in generale.

Diversa è la situazione in cui altro ente pubblico, territoriale o meno, avanzi allo stesso la richiesta di autorizzazione ad espropriare. In particolare, il dubbio è se l'amministrazione istante possa egualmente procedere confidando nell'acquisizione sanante, in caso di difetto o ritardo della dichiarazione di pubblica utilità. Infatti, mentre in passato la sua mancanza dava luogo all'occupazione usurpativa, incapace di determinare l'effetto traslativo della proprietà [25], oggi l'art. 42-bis, comma 1, ammette il trasferimento del bene immobile anche in suo difetto.

Questa soluzione non appare però perseguibile perché consentirebbe di aggirare il ruolo di garante del ministero.

La conclusione potrebbe essere diversa considerando che l'art. 95, comma 2, d.lgs. 42/2004, fa riferimento, oltre che alla dichiarazione di pubblica utilità, anche all'autorizzazione che il ministero deve concedere all'ente richiedente la delega del potere espropriativo. È dunque lecito chiedersi se l'adozione del secondo atto (l'autorizzazione) possa far prescindere dal primo (la dichiarazione)

In realtà non sembra che di due atti distinti si tratti, pena un'eccessiva burocratizzazione dell'attività amministrativa: le valutazioni ministeriali sono dunque espresse in un unico provvedimento, con cui si autorizza l'ente pubblico richiedente a svolgere la procedura espropriativa e contestualmente si dichiara la pubblica utilità del bene [26].

Si può tuttavia dubitare del fatto che, in virtù di alcune recenti modifiche legislative, la definizione espressa di tale atto sia ancora obbligatoria.

L'art. 3, legge 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. legge Madia) ha introdotto all'interno della legge 7 agosto 1990, n. 241, l'art. 17-bis, rubricato "Silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e tra gestori di beni o servizi pubblici", il quale al comma 3 stabilisce l'applicazione del silenzio-assenso per l'acquisizione di assenti, concerti, o nulla osta comunque denominati, da parte di amministrazioni preposte, tra le altre, alla tutela dei beni culturali.

L'ente pubblico interessato all'espropriazione del bene culturale potrebbe perciò procedere anche in assenza di espressa autorizzazione, ovvero di dichiarazione di pubblica utilità ministeriale. Data la delicatezza delle vicende, la prospettiva non è rassicurante

Prima di giungere a conclusioni affrettate, occorre comunque attendere qualche presa di posizione della giurisprudenza in merito. Ma allo stato dei fatti, l'impressione è che il legislatore abbia tracciato - forse non intenzionalmente - la via ad un più disinvolto utilizzo del potere espropriativo nei confronti dei beni culturali, aprendo ad un uso più agile dell'acquisizione sanante.

2.2. L'acquisizione sanante a scapito di un ente pubblico

L'espropriazione di beni culturali ex art. 95 avviene generalmente nei confronti di soggetti privati. È però interessante verificare se tale provvedimento, e di conseguenza l'acquisizione sanante, possano essere adottati anche a discapito di altro soggetto pubblico.

Nonostante i pareri al proposito siano spesso negativi [27], la risposta non sembra scontata.

Innanzitutto, si ricorda che l'art. 3, comma 1, lett. a), d.p.r. 327/2001 elenca nel novero dei soggetti espropriati anche quelli di natura pubblica: la regola pare traslabile anche all'ambito dei beni culturali grazie al rinvio alla disciplina dell'espropriazione in generale da parte dell'art. 100, d.lg. 42/2004.

Inoltre, l'espropriazione ha come obiettivo il miglior trattamento del bene culturale [28], esigenza che può emergere anche per una inadeguata politica pubblica (si pensi solo alla penuria di fondi). Ed ancora, la possibilità di espropriare un soggetto pubblico trova conferma anche sul sito del ministero dei Beni e le Attività culturali, al cui interno si rinviene un elenco di tutti i beni culturali di proprietà di enti pubblici, anche non territoriali [29].

La specificazione è importante: se il bene appartiene ad un ente pubblico non territoriale allora non ha carattere demaniale ai sensi degli artt. 822 ss. c.c., il che vale anche per i beni culturali i quali, in tale circostanza, sfuggono al regime della demanialità, rientrando nella categoria del patrimonio indisponibile [30].

Si supera così l'opinione di chi esclude l'espropriazione dei beni culturali di appartenenza pubblica, a causa del loro

carattere demaniale [31].

Pertanto, l'acquisizione sanante è utilizzabile a scapito di altra amministrazione per le fattispecie di cui all'art. 95, pur tuttavia con qualche doveroso distinguo.

Presupposta la competenza in capo al ministero, si ritiene invece che un ente non territoriale, ancorché delegato, non possa procedere nei confronti di uno territoriale, poiché il regime del bene retrocederebbe dal carattere demaniale a quello di patrimonio indisponibile [32].

Ancora, se un ente pubblico territoriale intende espropriare un ente pubblico non territoriale, è necessaria una puntuale valutazione nel caso concreto da parte del ministero, il quale è chiamato a decidere se delegare o meno l'ente istante all'espropriazione (preferibilmente, per le ragioni già esternate sopra, definendo un'espressa autorizzazione, inclusiva della dichiarazione di pubblica utilità). Ad identica conclusione si giunge nel caso in cui la vicenda espropriativa riguardi due enti pubblici non territoriali.

A queste condizioni, non si ravvisano impedimenti decisivi nell'applicazione dell'acquisizione sanante a scapito di altro ente pubblico.

Merita infine attenzione la possibilità per il ministero di procedere nei confronti di un ente territoriale, benché secondo il Codice civile i beni culturali di appartenenza pubblica sono demaniali, e pertanto non espropriabili, al netto di una loro sclassificazione [33].

Poiché l'art. 118 Cost. viene evocato per giustificare la delega del potere espropriativo ex art. 95, comma 2, d.lg. 42/2004, a favore di regioni ed altri enti territoriali [34]; allora una sua interpretazione estensiva potrebbe legittimare il passaggio della tutela del bene culturale ad un livello di governo superiore tramite gli strumenti espropriativi.

Per di più, non di espropriazione vera e propria si tratterebbe, quanto di una riallocazione della funzione di tutela, ed il bene non verrebbe acquisito alla categoria del patrimonio indisponibile - come prevede invece l'art. 42-bis - ma manterrebbe la sua natura demaniale accedendo al demanio statale.

Considerata sotto questa angolatura, l'attrazione della tutela del bene ad un livello di governo superiore non pare ipotesi assurda.

2.3. Qualche osservazione sull'indennizzo

La possibilità di procedere tramite acquisizione sanante anche nei confronti di soggetti pubblici apre a nuovi scenari: in particolare circa l'indennizzo, che segue l'applicazione dell'art. 42-bis, d.p.r. 327/2001, e l'individuazione dell'autorità giurisdizionale che si deve pronunciare sulla sua determinazione.

Negli ultimi anni, si è sviluppato un aspro confronto tra giudice ordinario ed amministrativo sulla qualificazione dell'indennizzo. Mentre il primo ne ha tendenzialmente negato la natura risarcitoria attenendosi strettamente al testo di legge [35], il secondo ha tenuto un orientamento altalenante: talora ha ritenuto che la natura di fatto illecito dell'occupazione *sine titulo* non potesse che determinare un risarcimento del danno [36], laddove in altri casi ha propeso per la lettura del giudice ordinario [37].

Neppure la pronuncia della Corte costituzionale n. 71/2015 ha risolto il contrasto.

Una parte della giurisprudenza amministrativa, recependone l'insegnamento secondo cui l'acquisizione sanante consente all'ente espropriante di riprendere a muoversi nell'alveo della legalità amministrativa [38], ha confermato la giurisdizione del giudice ordinario [39]. Altra parte, invece, ha continuato a ritenere sussistente la propria giurisdizione [40].

Come accennato, le diverse interpretazioni sono dovute al diverso modo di intendere l'acquisizione sanante. Se ritenuta uno strumento con cui l'ente espropriante rientra nell'alveo della legalità, allora il ristoro economico ha natura indennitaria; se, al contrario, ritenuta un potere di carattere rimediante rispetto all'illegittima occupazione dell'immobile, tale ristoro ha natura risarcitoria.

Ciò influisce in tema di giurisdizione, in quanto ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. g), Codice del processo amministrativo, decreto legislativo, 2 luglio 2010, n. 104, spettano al giudice ordinario le controversie riguardanti gli indennizzi da espropriazione. Mentre la qualifica in termini di fatto illecito dell'occupazione *sine titulo* imporrebbe la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Per risolvere definitivamente il contrasto giurisprudenziale, la Corte di cassazione ha interpellato le Sezioni Unite [41], le quali hanno recentemente confermato la natura di indennizzo, con conseguente attribuzione del potere decisionale alla giurisdizione ordinaria [42].

Dopo questa ulteriore presa di posizione, sembra che si sia finalmente giunti ad una posizione condivisa anche in capo al giudice amministrativo [43].

Rapportando quanto esposto all'acquisizione sanante dei beni culturali, le conclusioni sembrano però diverse.

Se l'art. 42-bis, d.p.r. 327/2001, viene applicato nei confronti di altro ente pubblico, non è certo che la determinazione dell'indennizzo rientri nella giurisdizione del giudice ordinario.

Con la sentenza n. 71/2015, la Consulta ha ritenuto che l'operato dell'amministrazione espropriante ex art. 42-bis sia

legittimo, essendo opportuno concederle la possibilità di tornare ad agire nell'alveo della legalità a fronte dell'interesse pubblico curato e della funzione amministrativa esercitata, ritenuta meritevole di tutela privilegiata rispetto al privato [44]. Se ne è dedotta la liceità della sua azione, con la conseguente esclusione della natura risarcitoria del ristoro economico [45].

Si dubita, però, che la medesima logica possa riproporsi anche nel caso in cui l'acquisizione sanante avvenga a scapito di un ente pubblico. Data l'identica natura dei soggetti, non sembra ragionevole invocare la differenza sostanziale tra le funzioni dell'espropriante e dell'espropriato con la stessa agilità avuta dalla Corte costituzionale, anche alla luce delle critiche che la pronuncia ha già incontrato per la forzatura del ragionamento [46].

Viene meno il presupposto che ha fatto propendere la Consulta per la salvaguardia dell'art. 42-*bis*, e dunque anche lo schema da essa utilizzato, secondo cui il potere così esercitato funge da spartiacque tra un "prima" (illecito) ed un "dopo" (lecito).

L'illecito sarebbe dunque permanente e l'acquisizione sanante non lo ricondurrebbe nell'alveo della legalità; con la conseguenza che le controversie circa la determinazione dell'indennizzo dovrebbero essere devolute al giudice amministrativo.

3. L'acquisizione sanante nell'espropriazione per fini strumentali: un mezzo legittimo ma (talvolta) inopportuno

L'espropriazione per fini strumentali, disciplinata dall'art. 96, d.lg. 42/2004, si riferisce a beni che non sono culturali. Il procedimento espropriativo insiste su aree ed edifici la cui occupazione è necessaria per la tutela di ulteriori beni che, invece, vantano un interesse culturale.

Gli immobili oggetto di occupazione, se in mano pubblica, non appartengono al demanio né al patrimonio indisponibile, bensì seguono le ordinarie regole del codice civile. Non emergono perciò molti dei profili problematici sinora trattati: ciò non significa che non ve ne siano altri.

Il potere espropriativo è esercitabile dal ministero e dalla regione, in quanto il successivo art. 98 consente a quest'ultima di dichiarare la pubblica utilità del bene nel caso della sola espropriazione per fini strumentali [47]. Non c'è possibilità di delega ad ulteriori soggetti.

Nell'espropriazione per fini strumentali, ministero e regione possono disporre dell'acquisizione sanante, pur con qualche specificazione.

Si è già ricordato che l'irreversibile trasformazione del terreno - quale presupposto dell'istituto - non è necessariamente causata dalla realizzazione dell'opera pubblica, ben potendo verificarsi per generici ma significativi mutamenti del bene immobile.

Ciò non sempre si verifica nelle ipotesi di cui all'art. 96, che ammette l'espropriazione per finalità diverse tra loro alternative: l'isolamento o il restauro del bene culturale immobile, la resa di una migliore luce o prospettiva ovvero la garanzia e l'accrescimento del decoro o della fruizione pubblica, ed in ultimo una facilitazione all'accesso.

Certamente l'irreversibile trasformazione del bene immobile non si verifica se l'espropriazione per fini strumentali viene avviata per isolare il bene culturale immobile: in tal caso, l'acquisizione dell'area (o dell'edificio) adiacente avviene per impedire che ivi si costruiscano opere o quantomeno si svolgano delle attività che possano interferire con la sua tutela. L'impressione è che difettino le premesse per l'applicazione dell'acquisizione sanante.

Altro è se l'espropriazione *ex art.* 96 interviene per finalità di restauro del bene culturale adiacente al fondo espropriato. Questo può in teoria essere modificato tramite una o più operazioni (abbattimento o costruzione di edifici, opere di muratura, idraulica, etc.) strettamente funzionali alla ricostruzione. L'irreversibile trasformazione è perciò astrattamente possibile, ma deve essere valutata nel caso concreto, a seconda dell'invasività delle opere. L'utilizzo dell'acquisizione sanante è perciò condizionato da fattori da valutare nella situazione concreta.

Analoghe valutazioni devono farsi nel momento in cui il potere espropriativo è esercitato per assicurare la luce o la prospettiva, ovvero garantire, accrescere il decoro ed il godimento del bene culturale immobile.

È invece più logico che la trasformazione irreversibile, con consequenziale applicabilità dell'art. 42-*bis*, d.p.r. 327/2001, si verifichi nel caso di espropriazione per facilitare l'accesso al bene culturale. Rendere più agevole l'ingresso dovrebbe implicare attività di costruzione, od anche abbattimento di opere già realizzate, ovvero in certe situazioni anche la realizzazione di strade o percorsi senza i quali il bene culturale non sarebbe accessibile.

Tanto premesso, nella fattispecie in questione l'acquisizione sanante non è preclusa, ma il suo utilizzo è subordinato ad un'attenta valutazione discrezionale da parte del ministero e della regione.

Altra cosa è però la convenienza del suo impiego.

L'art. 42-*bis*, d.p.r. 327/2001 è necessario per attuare il passaggio di proprietà del bene in capo all'ente pubblico in caso di procedura difettosa. Infatti, per costante giurisprudenza, né la realizzazione della costruzione [48] né l'occupazione prolungata nel tempo del fondo tramite usucapione - come è stato recentemente specificato dal giudice ordinario ed amministrativo [49] - sono in grado di concretizzare l'effetto traslativo.

L'acquisizione sanante è perciò imprescindibile per realizzare il trasferimento della proprietà, anche nel contesto in esame.

Ma proprio questo è il punto dolente della vicenda.

La lettera dell'art. 96, d.lg. 42/2004, elenca le diverse finalità che giustificano l'espropriazione per fini strumentali. Tra queste, non tutte sembrano necessariamente pretendere l'acquisizione dell'area o dell'edificio adiacente il bene culturale: anzi, è vero il contrario, ossia che all'ente procedente potrebbe convenire non divenire proprietario ma ottenere una semplice occupazione temporanea che gli consenta di svolgere le operazioni deliberate.

L'isolamento, il restauro, l'accrescimento del decoro, la facilitazione all'accesso sono attività sì strumentali alla salvaguardia ed alla valorizzazione del bene culturale, ma la loro attuazione non è strettamente dipendente dall'acquisto definitivo dell'area (o dell'edificio). In altre parole, il miglioramento della fisionomia del bene culturale, non implica l'automatico interesse dell'amministrazione a mantenere, una volta terminato il lavoro, il diritto dominicale sull'immobile espropriato, proprio perché esso non ha rilevanza culturale.

La prospettiva del risparmio di risorse, altrimenti da impegnare per coprire i costi dell'acquisto, suggerisce di non scartare l'ipotesi di una semplice occupazione d'urgenza del bene, senza effetto traslativo della proprietà.

In tal senso, né l'acquisizione sanante né l'espropriazione costituirebbero una scelta proficua.

C'è però un problema. La soluzione proposta non è di facile attuazione, poiché difetta nel Codice dei beni culturali una norma che disciplini l'occupazione d'urgenza per fini strumentali. L'art. 88, rubricato "attività di ricerca", definisce una procedura di tal genere, (*infra*) la cui applicazione è prevista per attività di ricerca archeologica, non per le finalità elencate all'art. 96.

Sarebbe forzato promuoverne un'applicazione estensiva all'espropriazione per fini strumentali. Non rimane che rassegnarsi alla mancanza di una disposizione che, invece, potrebbe risultare utile e di interessante applicazione pratica.

4. L'espropriazione per interesse archeologico

L'art 97, d.lg. 42/2004, disciplina l'espropriazione per interesse archeologico, e consente all'amministrazione di espropriare un bene immobile al fine di eseguire interventi, ovvero ricerche, per il ritrovamento delle cose di interesse culturale indicate nell'art. 10. Il bene espropriato non è culturale, ma è in rapporto con esso, in modo analogo a quanto avviene nell'espropriazione per fini strumentali.

Come nelle precedenti, anche nella fattispecie cui all'art. 97 l'acquisizione sanante può operare a condizione che si verifichi l'irreversibile trasformazione del bene immobile. Ci sono le premesse per una risposta in tale direzione.

Il Consiglio di Stato ha precisato che l'espropriazione per fini archeologici ha come scopo primario, in alternativa, l'esecuzione di un'opera ovvero un intervento con trasformazione dell'area [50]. Si ha così un primo riscontro positivo sul fatto che il definitivo mutamento dell'immobile può essere causato anche dal lavoro di ricerca sotto la superficie. Ed in effetti, le operazioni di cui all'art. 97 comportano attività di scavo nel sottosuolo, in grado di causare con buone probabilità un'irreversibile modifica della fisionomia e della funzionalità del fondo espropriato.

Rafforzano questa impressione anche le osservazioni di parte della dottrina che rinviene nel fattore temporale un elemento decisivo per giustificare il passaggio di proprietà dell'immobile tramite espropriazione [51]. A fronte di un prolungato svolgimento dei lavori, che spesso determinano la creazione di un vero e proprio sito archeologico, sono maggiori le probabilità di irreversibile trasformazione, favorita anche dall'atipicità delle operazioni riconducibili all'art. 97, non limitate ai soli scavi [52].

A maggior ragione, l'espropriazione per fini archeologici non può non determinare una modifica irreversibile del bene immobile se confrontata con il regime della fattispecie di cui all'art. 88, d.lg. 42/2004, rubricata "attività di ricerca".

Questa consiste nella sola occupazione temporanea del fondo per finalità archeologiche, ma presuppone la compatibilità dell'intervento modificativo con la persistenza del regime dominicale privato [53]: la fisionomia del fondo non viene cioè alterata dai lavori archeologici.

Dato che il definitivo mutamento del bene è l'elemento su cui si fonda la distinzione tra le fattispecie di cui agli artt. 88 e 97 [54], la dottrina ha individuato alcuni criteri per accertarne la sussistenza o meno: tra questi, la presunta brevità della ricerca, i margini di certezza circa il buon esito del ritrovamento delle cose di interesse archeologico, il carattere temporaneo o definitivo del sacrificio da imporre al proprietario del terreno [55].

Alla luce di quanto osservato, l'acquisizione sanante è applicabile all'espropriazione per interesse archeologico, ma non altrettanto pare possa dirsi per l'occupazione temporanea poiché difetta, da premessa, l'irreversibile trasformazione del fondo.

Ma ad una più attenta riflessione, una risposta così netta non è prudente.

La durata dell'occupazione, l'invasività delle operazioni, il sacrificio del diritto di proprietà imposto al proprietario, non sono spesso fattori preventivabili. Non è escluso che il ministero possa accorgersi in corso d'opera che la semplice occupazione temporanea non è sufficiente per l'efficace tutela dell'interesse pubblico. Tanto è vero che il suo termine di durata non è sempre predeterminato, cosicché ad essa possa lecitamente seguire l'espropriazione [56], da svolgersi evidentemente secondo le regole dell'art. 97, e di conseguenza del Testo Unico espropriazioni.

Il ministero è perciò nelle condizioni di propendere in un secondo momento per acquisire il bene al patrimonio dello Stato, laddove l'attività archeologica si sia rivelata più onerosa rispetto alle previsioni, e comunque tale da determinare una trasformazione irreversibile.

Anche nelle ipotesi di occupazione temporanea, l'acquisizione sanante si rivelerebbe un efficace strumento; consentirebbe, infatti, un evidente risparmio di tempo, garantendo l'immediata acquisizione del fondo anche in assenza della dichiarazione di pubblica utilità, dato che l'art. 42-*bis*, d.p.r. 327/2001 ne prescinde, ed escludendo la necessità di avviare una procedura espropriativa *ex novo*.

5. Osservazioni conclusive

Alla luce di quanto sinora dedotto, l'acquisizione sanante è generalmente applicabile alle diverse fattispecie espropriative del Codice dei beni culturali.

Qualche paradosso emerge confrontando questo risultato con l'espropriazione di beni culturali *ex art.* 95 e l'espropriazione per fini strumentali *ex art.* 96.

Nel secondo caso, l'acquisizione sanante appare uno strumento meno conveniente per le ragioni suesposte; il suo utilizzo è dunque più realistico quando l'immobile vanta il carattere culturale, mentre lo è meno quando ne è privo.

Ciò può apparire paradossale.

È vero che l'amministrazione, disponendo in modo più disinvolto del potere espropriativo, riuscirebbe a garantire la tutela del bene culturale con maggiore facilità; tuttavia, buon senso consiglierebbe che la sua acquisizione pretenda con maggior rigore l'esercizio di un potere ben aderente alla legalità.

La contraddizione è meno evidente con riferimento all'art. 97, vista la possibilità di occupare temporaneamente l'area *ex art.* 88 in luogo dell'espropriazione, determinandosi così una lesione solo momentanea al diritto di proprietà.

Circa l'espropriazione per fini archeologici, pertanto, l'ordinamento offre strumenti alternativi per un'azione amministrativa più bilanciata; altrettanto non può dirsi per l'espropriazione a fini strumentali, in assenza di una norma specifica che attribuisca all'ente un potere simile.

Al di là di qualche incoerenza di fondo, l'impressione è che le vicende sull'espropriazione per pubblica utilità possano agevolare l'affermazione di un potere espropriativo più disinvolto nel settore dei beni culturali. Non guasterebbe, invece, una maggiore attenzione da parte del legislatore per un suo utilizzo più ponderato e proporzionato.

Per ora, questo sembra essersi più preoccupato di favorire, ai sensi del nuovo art. 17-*bis*, legge n. 241 del 1990, la celerità dell'azione amministrativa tramite l'utilizzo del silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni, applicabile anche ai nulla osta da parte degli enti preposti alla cura degli interessi culturali. La prospettiva non è delle migliori: dietro l'innovazione si nascondono pericolose insidie che renderebbero eccessivamente disinvolto l'utilizzo dell'acquisizione sanante in un ambito particolarmente delicato; e ciò è vero soprattutto nel caso di delega del potere espropriativo ad altro ente *ex art.* 95, comma 2.

Nel breve periodo non ci si attende - pur confidandovi - una più puntuale regolazione delle fattispecie espropriative del Codice Urbani, che tenga conto delle recenti vicende riguardanti l'espropriazione in generale, né un rimedio alle contraddizioni riscontrate. L'auspicio è che l'acquisizione sanante non diventi frutto di valutazioni implicite, ma consegua sempre ad una espressa dichiarazione di pubblica utilità, discostandosi così parzialmente dalla disciplina generale definita dall'art. 42-*bis* d.p.r. 327/2001, che, invece, ne prescinde.

Note

[1] Corte cass., sez. un., 26 febbraio 1983, n. 1464.

[2] Corte cass., sez. un., 24 settembre 2010, n. 20158; Corte cass., sez. un., 6 maggio 2003, n. 6853.; Corte cass., sez. I, 12 dicembre 2001, n. 15687; Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2005, n. 2095. In ultimo, Corte cost., 30 aprile 2015, n. 71, la quale al § 6.2. afferma espressamente che "l'occupazione usurpativa [...] in quanto tale non determinava l'effetto acquisitivo a favore della pubblica amministrazione". In dottrina, M. Borgo, *Occupazione acquisitiva, occupazione usurpativa, acquisizione coattiva sanante ex art. 43 t.u. espropri: il punto sulla situazione alla luce della più recente giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Riv. amm. Rep. it.* 2006, pag. 318; R. Conti, *Quando l'occupazione usurpativa diventa acquisitiva in danno del proprietario*, in *Giur. mer.* 2007, pag. 2996; S. Salvago, *L'occupazione "usurpativa" non può essere espropriazione*, in *Foro it.* 2000, I, pag. 1864.

[3] Cons. Stato, ad. plen., 29 aprile 2005, n. 2; Corte cass., sez. I, 3 maggio 2005, n. 9173, in cui si ammette che l'occupazione usurpativa può condurre alla perdita della proprietà del privato, ma a fronte di una rinuncia alla tutela restitutoria da parte dello stesso.

[4] Corte cass., sez. un., 4 marzo 1997, n. 1907.

[5] Tra le tante, Corte cass., sez. un., ord. 16 dicembre 2013, n. 27994; Corte cass., sez. un., 5 aprile 2013, n. 8349; Cons. Stato, sez. IV, 17 maggio 2012, n. 2842; Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2012, n. 1750.

[6] Corte edu, 30 maggio 2000, Belvedere Alberghiera c. Italia, in causa 31524/96; Corte edu, 30 maggio 2000, Carbonara c. Ventura, in causa 24638/94. In dottrina F. Manganaro, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.* 2008, pag. 379 ss.

[7] R. Conti, *Per un commento indottrina sul punto, Occupazione usurpativa ed obbligo di restituzione, a meno che...*, in *Urb. e app.* 2012, pag. 75 ss., evidenzia che mentre il giudice amministrativo aveva cominciato a propendere per l'obbligo di restituzione del terreno anche nelle ipotesi di occupazione usurpativa, quello ordinario spesso era in disaccordo con questa soluzione.

- [8] Corte cass., sez. un., 19 gennaio 2015, n. 735; Cons. Stato, sez. IV, 8 settembre 2015, n. 4193.
- [9] G. Misserini, *La giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di danno da occupazione appropriativa*, in *Urb. e app.* 2013, pag. 1024.
- [10] Cons. Stato, ad. plen., 29 aprile 2005, n. 2; Cons. Stato, sez. IV, 19 febbraio 2010, n. 997; Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 14 gennaio 2009, n. 9; Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 2008, n. 6636.
- [11] Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 293.
- [12] Per un efficace parallelo tra le due disposizioni, G. Mari, G. Strazza, *L'acquisizione sanante (art. 42-bis t.u.e.) alla luce della Corte costituzionale 30 aprile 2015, n. 71*, in *Riv. giur. edil.* 2015, pag. 612 ss.
- [13] Corte cass., sez. un., 13 gennaio 2014, n. 441.
- [14] Corte cost., 30 aprile 2015, n. 71, in *Urb. e app.* 2015, pag. 767 ss., con commento di R. Artaria, E. Barilà, *La nuova disciplina dell'acquisizione sanante, secondo la Corte costituzionale*.
- [15] Corte cass., sez. un., 19 gennaio 2015, n. 735; Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 840; Cons. Stato, sez. IV, 1 settembre 2015, n. 4096.
- [16] Cons. Stato, sez. V, 1 settembre 2015, n. 4096; Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2015, n. 3988; Corte cass., sez. II, 14 novembre 2013, n. 25594.
- [17] Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2014, n. 2708, secondo cui il mancato richiamo all'art. 95 all'interno dell'art. 100 preclude di riferire all'art. 95 stesso la disciplina generale dell'espropriazioni.
- [18] W. Gasparri, *Espropriazione*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di) M. Cammelli, Bologna, 2004, pag. 409.
- [19] Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 840; Cons. Stato, sez. IV, 2 febbraio 2016, n. 389; Tar Emilia-Romagna, sez. II, 29 maggio 2015, n. 505; Tar Campania, Napoli, sez. V, 6 maggio 2015, n. 2494. Il collegamento tra irreversibile trasformazione e costruzione dell'opera pubblica costituisce l'originario insegnamento pretorio trasmesso da Corte cass., sez. I, 16 marzo 1994, n. 2507.
- [20] W. Gasparri, *Espropriazione*, cit. 388; A. Valla, *L'espropriazione*, in *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di) M.A. Cabiddu, N. Grasso, Torino, 2007, pag. 219 ss.
- [21] Tar Toscana, sez. I, 12 maggio 2009, n. 817.
- [22] Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2006, n. 3878; Tar Venezia, sez. I, 8 marzo 2012, n. 312.
- [23] Si vedano le approfondite riflessioni di G. Mari, G. Strazza, *L'acquisizione sanante (art. 42-bis t.u.e.) alla luce della Corte costituzionale 30 aprile 2015, n. 71*, cit., pag. 612 ss., in particolare pagg. 619-620, cui si rinvia anche per qualche interessante pronuncia giurisprudenziale. Anche Corte cost. n. 71/2015, pur sussistendo nella fattispecie concreta la costruzione di un'opera pubblica, non specifica in alcun modo che l'irreversibile trasformazione debba conseguire alla realizzazione di quest'ultima
- [24] G. Leone, *Espropriazione*, in *Commentario al Codice dei beni culturali*, (a cura di) G. Leone, A.L. Tarasco, Padova, 2006, pag. 640.
- [25] La specificazione è riscontrabile in Corte cost., n. 71/ 2015, § 6.2.
- [26] G. Leone, *Espropriazione*, cit., pagg. 640-641, scrive al proposito di atto dal "triplice contenuto", con cui il ministero dispone l'autorizzazione all'ente interessato ad effettuare l'espropriazione, dichiara la pubblica utilità ai fini dell'esproprio, rimette gli atti all'ente interessato per la prosecuzione del procedimento.
- [27] W. Gasparri, *Espropriazione*, cit., 394; A. Barbieri, *Espropriazione di beni culturali*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di) M.A. Sandulli, Milano, 2012, pag. 767.
- [28] Così già U. Pototschnig, *L'espropriazione per pubblica utilità*, in Id (a cura di), *Le opere pubbliche. L'espropriazione per pubblica utilità*, Vicenza, Neri Pozza, 1967, pag. 39.
- [29] L'elenco è consultabile all'indirizzo <http://www.beniculturali.it/mibac/opencms/MIBAC/sito-MIBAC/MenuPrincipale/LuoghiDellaCultura/Ricerca/>.
- [30] A. Catelani, S. Cattaneo, *I beni e le attività culturali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, 2002, vol. XXXIII, pag. 94 ss.
- [31] A. Barbieri, *Espropriazione*, cit., pag. 767, riconosce per l'appunto che il presupposto per l'espropriazione è la proprietà del bene in capo a soggetti non titolari di demanialità, dunque necessariamente privati.
- [32] L'art. 42-bis fa accedere infatti il bene espropriato a quest'ultima regolamentazione.
- [33] L'espropriazione di beni demaniali è vietata anche dall'art. 4, comma 1, Testo Unico espropriazioni, decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, in assenza di un provvedimento di sclassificazione.
- [34] Sul tema, L.G. Milano, *L'espropriazione, Il diritto dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di) E. Follieri, Napoli, 2005, pag. 262; A. Catelani, S. Cattaneo, *I beni e le attività culturali*, cit., pag. 563 ss.
- [35] Corte cass., sez. VI, ord. 26 febbraio 2014, n. 4512; Corte cass., sez. I, 28 gennaio 2013, n. 1804; Corte cass., sez. I, 14 febbraio 2008, n. 3700.
- [36] Tra le tante, Cons. Stato, sez. IV, 5 marzo 2015, n. 1114; Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 128; Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 993; Cons. Stato, 12 maggio 2014, n. 2416; Cons. Stato, 6 agosto 2014, n. 4203.
- [37] Cons. Stato, sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4445; Cons. Stato, sez. IV, 29 agosto 2013, n. 4318; Cons. Stato, sez. IV, 25

giugno 2013, n. 1004.

[38] Corte cost. n. 71/ 2015, § 6.6.1.

[39] Cons. Stato, sez. IV, 19 ottobre 2015, n. 4777; Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2015, n. 5530; Tar Lazio, Roma, sez. I ter, 20 ottobre 2015, n. 12025. Tar Lazio, Roma, sez. I, 20 ottobre 2015, n. 12025; Tar Toscana, sez. I, 11 giugno 2015, n. 890.

[40] Cons. Stato, sez. IV, 1 settembre 2015, n. 4080; Tar Lazio, Latina, sez. I, 13 ottobre 2015, n. 657; Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 29 giugno 2015, n. 203.

[41] Corte cass., sez. VI, ord. 28 luglio 2015, n. 15816.

[42] Corte cass., sez. un., 29 ottobre 2015, n. 22096, in *Urb. e app.* 2016, pag. 394 ss., con commento di R. Artaria, *La giurisdizione in materia di indennizzo da acquisizione sanante*.

[43] Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 2016, n. 1910; Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2016, n. 1210; Tar Liguria, sez. I, 26 febbraio 2016, n. 207; Tar Campania, Salerno, sez. II, 21 gennaio 2016, n. 134.

[44] Corte cost. n. 71/2015, § 6.6.1.

[45] Analoghe riflessioni si rinvengono in R. Artaria, *La giurisdizione in materia di indennizzo da acquisizione sanante*, cit. pag. 400; R. Artaria E. Barilà, *La nuova disciplina dell'acquisizione sanante, secondo la Corte costituzionale*, cit., pag. 777.

[46] G. Mari, G. Strazza, *L'acquisizione sanante*, cit., pag. 640 ss.; R. Artaria, E. Barilà, *La nuova disciplina dell'acquisizione sanante*, cit., pag. 777 ss.

[47] Così anche W. Gasparri, *Espropriazione*, cit., pag. 399; A. Barbieri, *Espropriazione*, cit., pag. 780. *Contra* L.G. Milano, *Espropriazione*, cit., pag. 264; T. Alibrandi, P. Ferri, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 1985, pag. 570, i quali includono tra i soggetti esproprianti anche tutti gli enti territoriali titolari di demanio artistico e storico. La tesi appare tuttavia estendere oltre modo il potere espropriativo rispetto alle indicazioni desumibili dal Codice.

[48] Per tutte, Corte cass., sez. un., 19 gennaio 2015, n. 735.

[49] Corte cass., sez. II, 14 novembre 2013, n. 25594; Cons. Stato, sez. V, 1 settembre 2015, n. 4096; Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2015, n. 3988. Eppure, qualche anno fa, *contra*, Corte cass., sez. II, 31 maggio 2006, n. 12968. In dottrina, E.N. Fragale, *Usucapione e procedimenti ablativi nel quadro della legalità convenzionale*, in *Urb. e app.* 2015, pag. 253 ss., in particolare pag. 270, cui si rinvia anche per una copiosa giurisprudenza.

[50] Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2011, n. 2792, § 4.1.

[51] R. Tamiozzo, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici*, Milano, 2004, pag. 117; A. Barbieri, *Espropriazione*, cit., pagg. 782-783.

[52] Sull'atipicità delle attività ex art. 97, W. Cortese, *Il patrimonio culturale*, Padova, Cedam, 2007, pag. 424.

[53] W. Gasparri, *Espropriazione*, cit., pag. 402; L.G. Milano, *L'espropriazione*, cit., pag. 266.

[54] D. Carletti, *Espropriazione per interesse archeologico*, in *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali*, a cura di M. Cammelli, Bologna, 2000, pag. 169. Le osservazioni dell'A. insistono sull'art. 85 del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali, il quale risulta però di analogo tenore rispetto all'attuale art. 88, d.lg. 42/2004.

[55] B. Lubrano, *Attività di ricerca*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di) M.A. Sandulli, cit., pag. 724-725, cui si rinvia anche per alcuni riferimenti giurisprudenziali.

[56] B. Lubrano, *Attività di ricerca*, cit., 724; G. Ciuoffo, *Attività di ricerca*, in *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di) G. Leone, A.L. Tarasco, cit., pag. 577.