«Il diritto dell'economia» issn 1123-3036, anno 65, n. 98 (1 2019), pp. 111-154

Articoli e saggi

Note sull'espansione delle servitù pubbliche "improprie" di rilevanza economica, con specifico riguardo alla cd. servitù di metanodotto: tra difetto di tipizzazione dell'art. 825, secondo inciso, c.c. e insufficienza del modello espropriativo

Francesco Siciliano

Sommario: 1. Presentazione sommaria del tema ed individuazione dei parametri di ricerca, in considerazione del quadro normativo vigente e dell'orientamento della giurisprudenza amministrativa. – 2. Il problema della determinazione del contenuto della servitù pubblica impropria. Il confronto con il codice civile e l'inquadramento teorico dell'istituto delle servitù di diritto pubblico ai fini della questione di interesse. – 3. L'aggravamento del problema relativo alla costituzione e conformazione del diritto reale minore pubblico "per provvedimento amministrativo" con riferimento alla servitù coattiva di metanodotto: l'alto tasso di conflittualità "intrinseca" e normativa applicabile. – 4. Considerazioni conclusive anche *de iure condendo.*

1. *Presentazione sommaria del tema ed individuazione dei parametri di ricerca, in considerazione del quadro normativo vigente e dell'orientamento della giurisprudenza amministrativa*

Qualunque approccio al potere ablatorio reale della pubblica amministrazione[1] induce a rivolgere istintivamente l'attenzione all'espropriazione, nella sua bifrontica veste di modo di acquisto della proprietà pubblica/fattispecie estintiva

[1] Secondo una ormai classica impostazione (M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 325 ss.), i procedimenti ablatori reali sono tutti nominati in ragione del principio di riserva di legge *ex* art. 42 Cost. e per aver ad oggetto, appunto, diritti reali nominati, sicché divengono catalogabili come segue: espropriazioni, trasferimenti autoritativi, requisizioni, appropriazioni autoritative di beni culturali, imposizioni di servitù e di limitazioni autoritative, occupazioni di beni, enfiteusi e superfici autoritative.

della proprietà privata[2] e, contestualmente, allo specifico suo modo di confrontare il potere autoritativo con la sfera privata.

In proposito, non è difficile scorgere nell'essenziale descrizione contenuta nell'art. 42, comma 3, Cost., la conferma autorevole della *voluntas legis* di tributare primaria rilevanza ad un preciso e chiaro meccanismo di irrimediabile compromissione – insieme formale e sostanziale – del diritto di proprietà privata.

Allo stesso tempo, il modello ablatorio di avvicendamento tra titolarità pubblica e titolarità privata costituisce una soluzione del rapporto tra interessi e cosa, obiettivamente improntata a ordine giuridico e logica, nel protendersi verso l'eliminazione di uno dei due fattori «antagonistici».

Contiene, infatti, le modalità regolatrici del transito della *res* da oggetto di uno specifico (non astratto) interesse del privato (sacrificato in maniera totale, dietro indennizzo) ad oggetto *esclusivo* di interesse pubblico, anch'esso specifico, di cui diviene strumento realizzativo, in maniera tendenzialmente permanente.

Va aggiunto, tuttavia, che l'impronta delle norme conformative del potere espropriativo risulta storicamente impressa anche sopra una sorta di "zona grigia", pienamente afferente alla categoria "ablatoria", nella quale il predominio delle ragioni pubblicistiche non è così formalmente schiacciante, come nello schema sopra rappresentato, e, forse per questo, risulta tale da rendere maggiormente faticosa la ricerca del punto di equilibrio rispetto alle recessive posizioni del privato (rispetto a cui la questione indennitaria non riveste unico e primario rilievo).

Ci si riferisce al potere amministrativo di costituzione di servitù (*id est*, di asservimento) sul fondo privato per fini pubblici, che abbraccia diverse fattispecie eterogenee, ma accomunate dalla necessità di trovare una soluzione al rapporto tra interessi e cosa (fondo asservito), secondo una dinamica diversa da quella descritta dall'espropriazione, per chiare ragioni strutturali (stante la sopravvivenza del diritto di proprietà privata sul fondo destinato alla pubblica utilità).

Tuttavia, ad oggi – nonostante l'autorevole e basilare precisazione della nominatività del potere ablatorio[3] – l'unica fonte normativa consultabile è il d.p.r. n. 327/01 (e le normative regionali in materia espropriativa di rinvio ad esso), dal quale non sono intercettabili le coordinate identificative generali di un potere ablatorio, con caratteri distinguibili ed autonomi rispetto al modello espropriativo.

Il dato positivo registra, in sintesi, semplicemente l'estensione analogica della disciplina forgiata per l'espropriazione[4] anche all'asservimento, secondo una precisa

---

[2] Sin dalla l. n. 2359/1865, previgente e antesignana del t.u. espropriazione (d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327).

[3] Cfr. M. S. Giannini, *op. cit.*, 325 e ss.

[4] Si pensi alle definizioni di «espropriato», «autorità espropriante», «beneficiario dell'espropriazione», «promotore dell'espropriazione» di cui all'art. 3 d.p.r. cit., a chiarimento delle norme che riguardano precipuamente l'esercizio del potere espropriativo.

modulazione del criterio nominalistico per cui il "più" (ablazione del diritto di proprietà) contiene il "meno" (ablazione di diritto reale parziario), sicché, invece che con il decreto di esproprio, il procedimento si conclude con quello di asservimento.

Significativamente, proprio l'*incipit* del t.u. espropriazione è considerato, come si vedrà, rappresentativo della suddetta impostazione, estendendo l'ambito oggettivo del potere espropriativo sui «beni immobili» anche ai «diritti relativi ad immobili» (art. 1).

Né è dato rinvenire, nel vigente ordinamento nazionale, alcuna fonte legislativa (nazionale o regionale), diversa dal t.u. medesimo che, dando specifico peso alla sostanziale ed indiscutibile differenza strutturale sopra accennata, fondi, determini e disciplini separatamente regole e *iter* procedimentale propri (in maniera più o meno compiuta) del potere ablatorio di asservimento, in parallelo alla normativa generale sull'espropriazione.

Inoltre, le prime modifiche al d.p.r. n. 327/01 hanno dato ulteriore corpo alla prospettiva di configurare l'asservimento come una forma (una sottospecie) dell'espropriazione, avente quale peculiare oggetto la categoria dei «diritti relativi ad immobili».

Infatti, com'è noto, l'art. 43, comma 6-*bis*[5], ha esteso l'acquisizione sanante anche, testualmente, al «diritto di servitù», in importanti settori, tra cui quello energetico (che, come si vedrà, interessa precipuamente)[6].

Fermo quanto sopra in ordine alla (non) prefigurazione e conformazione normativa di un modello generale di asservimento, va aggiunto che esiste un ventaglio di ipotesi ad esso riconducibili, le quali hanno (frammentario) riscontro in norme speciali[7].

Queste ultime, nel loro variabile grado di tipizzazione, paiono piuttosto refrattarie a concentrarsi sulla differenza strutturale dei due poteri ablatori sopra evidenziata, nonostante sia episodicamente rinvenibile qualche ampia prescrizione normativa di apertura al parametro del minor sacrificio possibile[8].

---

[5] Aggiunto dall'art. 1 d.lgs. n. 302/2002.

[6] Oltre quelli dei trasporti, dell'acqua e delle telecomunicazioni.

[7] Ad esempio, servitù di elettrodotto (artt. 121-123, t.u. acque pubbliche), servitù di funivia (l. 13 giugno 1907, n. 403; d.p.r. 28 giugno 1955, n. 771), servitù telefonica (artt. 231, 233 e 234, d.p.r. 29 marzo 1973, n. 156; artt. 6 e 7, r.d. 19 luglio 1941, n. 1148, ora artt. 90, 91 e 92, d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259), servitù di metanodotto (d.lgs. n. 164/00).

[8] Come nell'art. 92, commi 6 e 7, d.lgs. n. 259/03, nel settore telecomunicazioni, secondo cui «la servitù deve essere costituita in modo da riuscire la più conveniente allo scopo e la meno pregiudizievole al fondo servente, avuto riguardo alle condizioni delle proprietà vicine» ed «il proprietario ha sempre facoltà di fare sul suo fondo qualunque innovazione, ancorché essa importi la rimozione o il diverso collocamento degli impianti, dei fili e dei cavi», senza dovere alcuna indennità, salva diversa previsione in sede amministrativa (comma 8). Oppure, in materia di servitù di elettrodotto, l'art. 122 r.d. n. 1775/33, a mente del quale: «salve le diverse pattuizioni che siano state stipulate all'atto della costituzione della servitù, il proprietario ha facoltà di eseguire sul suo fondo qualunque innovazione, costruzione o impianto, ancorché essi obblighino l'esercente dell'elettrodot-

Sicché, le norme sui "tipi" del *genus* di potere in esame – pure quando si soffermano su dettagli tecnici propri dell'asservimento – comunque presuppongono che il t.u. espropriazione ne costituisca punto di riferimento generale di attribuzione e conformazione del potere, per tutto quanto non espressamente contemplato[9].

Pertanto, l'assenza del superiore modello generale di asservimento nel quadro normativo vigente pare in grado di riflettersi problematicamente su tali "tipi" (o forme di manifestazione) legali di servitù a fine pubblico (o, volendo specificare, a fine di servizio pubblico – v. *infra*).

Infatti, una volta verificato positivamente l'*an* della sussistenza di un "tipo", non pare, allo stesso tempo, risolto il nodo sul *quantum* e sul *quomodo* di tale tipizzazione.

Questi ultimi due profili si pongono in rapporto di proporzionalità inversa rispetto all'applicabilità della legge generale sull'espropriazione alla materia oggetto di interesse (partendo dalla presupposizione di cui sopra).

Più la tecnica normativa adottata in riferimento al tipo è generica e più difficile sarà individuare i contorni di un potere di asservimento autonomo e differenziato rispetto a quello espropriativo.

Volendo escludere dall'osservazione figure di creazione giurisprudenziale ancora più sfocate (riconducibili al diverso fenomeno dell'uso pubblico[10]), in

---

to a rimuovere o collocare diversamente le condutture e gli appoggi, senza che per ciò sia tenuto ad alcun indennizzo o rimborso a favore dell'esercente medesimo». Cfr. Trib. Arezzo, 3 novembre 2011, in *dejure.it*.

[9] Ad esempio, l'art. 92, d.lgs. n. 259/03 cit. distingue la disciplina specifica della servitù coattiva per il passaggio con appoggio dei fili, cavi ed impianti connessi agli impianti di reti di comunicazione elettronica ad uso pubblico e le opere accessorie, dall'espropriazione dei beni immobili necessari alla realizzazione degli impianti e delle opere (art. 90).

Su tale acclarata distinzione strutturale, poggiano i citati commi 6 , 7 e 8, ma sempre previo rinvio integrativo al t.u. espropriazione (comma 6).

[10] V. Cerulli Irelli, *Servitù (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir*., XLII, Milano 1990, 332 ss., censura (*op. cit.*, 332) la tendenza dottrinaria di ricondurre alle servitù pubbliche contemplate dall'art. 825 c.c., anche i cd. diritti di uso pubblico, dovuta ad una ritrosia nel riconoscere la categoria dei diritti collettivi di cui essi sono una forma di manifestazione: «[…] nella gran parte delle trattazioni dottrinali, come servitù pubbliche vengono intesi i cosiddetti diritti di uso pubblico», ossia «diritti collettivi (appartenenti cioè ad una comunità d'abitanti ed ai suoi singoli membri, e non ad un ente pubblico) di godimento e d'uso a contenuto reale costituiti sopra fondi di proprietà privata (o individuale pubblica) e aventi ad oggetto la fruizione di *utilitates* del fondo stesso (anche di mero diletto e svago da parte della stessa collettività titolare», come il diritto di passaggio pubblico o di visita pubblica di un immobile o di una collezione di pregio culturale. Sostanzialmente in termini, A. Pubusa, *Servitù pubbliche*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992, 1 ss. che ritiene erroneo definire l'uso pubblico come «servitù di uso pubblico» e ricondurlo alla categoria delle servitù pubbliche, corrispondente solo alla servitù prediale pubblica, come uno dei fenomeni dell'asservimento cui rimanda l'art. 825 c.c. A. Giusti, M. Renna, *Commento all'art. 825 c.c.*, in A. Iannarelli, F. Macario (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Torino, 2012, 189, invece, accomunano le servitù pubbliche improprie ed i diritti di uso pubblico, sotto il termine di «servitù di uso pubblico» (in alternativa alla locuzione diritto di uso pubblico), per distinguerlo dalle servitù pubbliche, limitate alla prima fattispecie dell'art. 825 c.c. In giurisprudenza, cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2013, n. 1303, in *www.giustizia-amministrativa.it* e T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 17 febbraio 2017, n. 2571, in *Riv. giur. ed.*, 2017, I, 183. Sulle ragioni di contenzioso, cfr., recentemente, Cass. civ., sez. II, 21 febbraio 2017, n. 4416, in *Guida dir.*, 2017, 21, 79, secondo cui all'ente "asservente" non spettano tutti i poteri di un ente pubblico sul

ogni caso, rimane (con diverso grado di problematicità), ad avviso di chi scrive, inalterato l'interrogativo non tanto (o non solo) della piena compatibilità e sovrapponibilità del regime espropriativo con quello di asservimento, quanto, piuttosto, quello della sua esaustività rispetto alla tutela degli interessi sottesi alla dinamica ablatoria della seconda fattispecie.

Il tema coinvolge il principio di legalità (*melius*, di riserva di legge) sia sotto il profilo dell'attribuzione e conformazione del potere ablatorio di asservimento, sia sotto il profilo della tipicità delle servitù contemplato dal codice civile (v. *infra*).

E la sua attuale rilevanza pare chiaramente evidenziata dalla continua ed esponenziale espansione di un importante fenomeno in ambito nazionale, nonchè dallo strumento utilizzato per la risoluzione delle connesse problematiche giuridiche.

Il fenomeno è l'accrescimento di un settore – quello della diramazione territoriale delle reti di distribuzione delle energie (cd. infrastrutture energetiche) – di particolare rilevanza pubblica ed economica (anche perché coinvolgente gli interessi del gestore del pubblico servizio).

Ad esso, si associa la constatazione che l'asservimento coattivo in via amministrativa (svincolato dalla predialità; v. *infra*) è lo strumento ablatorio in assoluto privilegiato (su iniziativa dell'operatore economico), in luogo della classica espropriazione, per realizzare l'obiettivo della suddetta espansione territoriale[11].

In riferimento alle suddette ipotesi, è facile imbattersi, peraltro, in norme dichiarative della pubblica utilità o del pubblico interesse, nonché dell'indifferibilità ed urgenza della realizzazione delle opere connesse alla distribuzione delle energie (o degli altri settori di primaria rilevanza, come le telecomunicazioni) – o nella conseguenziale previsione normativa di un'autorizzazione[12] unica alla costruzione ed all'esercizio, idonea a variare gli strumenti urbanistici – quale naturale preludio all'applicazione della normativa generale in materia di esproprio alle ipotesi di asservimento[13].

---

suolo demaniale, ma solo quelli strettamente connessi a garantire la specifica vocazione pubblicistica impressa al bene di proprietà privata: «[…] L'amministrazione titolare di una servitù pubblica su strada vicinale, infatti, può esercitare tutti i poteri intesi a garantire e ad assicurare l'uso della strada da parte dei cittadini, ma soltanto nei limiti dettati dal pubblico interesse, mentre non può esercitare quei poteri che, invece, le spettano su suolo di natura demaniale». Sulla ripartizione concorrente delle spese di manutenzione in caso di servitù di uso pubblico, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4398, in *Foro amm. – CDS*, 2015, 2255. Sul divieto di aprire varchi diretti da fondi privati su strada soggetta ad uso pubblico, in quanto *utilitas* ultronea, *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 25 settembre 2013, n. 21953, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

[11] Basta in proposito, scorrere su *internet* i vari decreti di asservimento, in ambito regionale e nazionale, per rendersi conto della portata massiccia del fenomeno.

[12] Tale normativa, oltre che a livello nazionale (v. nota successiva) è riscontrabile anche a livello regionale sulla medesima falsariga. Cfr., ad esempio, art. 20 l.r. Abruzzo 20 settembre 1988, n. 83 e s.m.i.

[13] Ad esempio, con riferimento agli impianti eolici, cfr. l'art. 1, comma 4, l. n. 10/91 e l'art. 12 d.lgs. n. 387/03; con riferimento agli impianti di metanodotto, cfr. l'art 30 d.lgs. n. 164/00.

Senza che ciò, però, contribuisca a chiarire i termini del rapporto tra l'esercizio del potere espropriativo e la peculiare struttura delle servitù a fini pubblici.

L'obiettiva amplificazione della cassa di risonanza del tema – debordante sempre più vistosamente dal ruolo piuttosto marginale assegnato alle servitù dalla tipizzazione codicistica (sin dal 1865, come di qui a poco si preciserà) – induce ragionevolmente ad una riflessione giuridica sull'idoneità della disciplina vigente in materia di esproprio a preservare la peculiare caratteristica distintiva della servitù a fini pubblici (nel caso di specie, a fine di servizio pubblico): quella – si diceva appunto – della simultanea relazione di interesse pubblico e di interesse privato (del proprietario del fondo, ma anche del gestore del servizio) con la medesima *res* (ossia il fondo oggetto di asservimento).

Va rilevato, infatti, che non risulta, ad oggi, un particolare dibattito in merito, anche perché la giurisprudenza amministrativa sul punto, rimarcando il superiore quadro positivo, è normalmente attestata sulla posizione di riproporre lo schema espropriativo per le fattispecie di asservimento in parola[14], secondo il succitato criterio nominalistico/quantitativo (e, dunque, giova solo ad elidere rilevanza al tema).

Nella prospettiva ermeneutica sopra segnalata, infatti, la pur riconosciuta differenza strutturale tra diritto di proprietà e servitù attiva non basta ad escludere che, solo attraverso la vigente normativa espropriativa, pur eventualmente integrata, si possa perseguire l'effetto di asservimento.

Tuttavia, i passaggi logici del ragionamento non appaiono perfettamente chiari.

L'abbrivio sta nell'esigenza di individuazione, di volta in volta, delle «norme giustificative del regime speciale di imposizione di servitù coattive»[15].

---

[14] Tanto da riferirsi il termine «espropriazione» ed i relativi articoli direttamente alle suddette servitù.

Cfr., ad esempio, in tema di servitù di elettrodotto, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 11 gennaio 2017, n. 434, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che – usando alternativamente la terminologia propria del potere espropriativo, piuttosto che quella propria del potere di asservimento per indicare il decreto conclusivo del procedimento ablatorio – ha ritenuto, conseguentemente, la propria giurisdizione in una controversia avente ad oggetto il risarcimento danni, anche in forma specifica, per occupazione illegittima preordinata all'asservimento, in base all'art. 113, comma 1, lett. g), c.p.a, che, com'è noto, contempla la giurisdizione esclusiva del g.a. per controversie aventi ad oggetto l'occupazione illegittima preordinata «all'espropriazione». Allo stesso modo, il T.A.R. ha ritenuto fondato un motivo di ricorso contro un decreto di occupazione d'urgenza collegato ad un vizio di motivazione relativo ai meccanismi di computo dell'indennità di esproprio *ex* artt. 20, commi 1 e 2, e 22-*bis* d.p.r. n. 327/01, senza alcuno specifico riferimento alla ricorrenza della diversa fattispecie di asservimento. Cfr., in termini, con un fugace ed apodittico collegamento alla servitù, Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2013, n. 1603, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[15] Così, in tema di impianti eolici, Cons. Stato, sez. IV,15 ottobre 2010, n. 8507, in *www.giustizia-amministrativa.it*, richiamando pedissequamente Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 2009, n. 6675, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

L'obiettivo è dichiaratamente duplice: il primo è quello di soddisfare il principio di legalità per la singola fattispecie di asservimento pubblico; il secondo è quello di smarcarla dal principio di tipicità delle servitù del c.c. (v. meglio *infra*).

Ed è ritenuta condizione sufficiente per il raggiungimento del suddetto scopo (non essendovi alternativa, allo stato dell'arte), o il rinvio alle norme del d.p.r. n. 327/01 sull'esproprio alle servitù sotto uno specifico profilo (es. art. 43, comma 6-*bis* cit.) o a quelle norme dichiarative della pubblica utilità o dell'indifferibilità ed urgenza nel settore di riferimento (con la consequenziale previsione dell'autorizzazione) di cui sopra[16].

Da tale premessa, se ne deduce automaticamente l'applicabilità del t.u. in materia di espropriazione all'asservimento, secondo l'indicato criterio quantitativo, per cui nel più (l'espropriazione) sta il meno (l'asservimento, inteso come regime di favore nei confronti della privata proprietà fondiaria): «D'altronde ferma restando la differenza strutturale tra il diritto di proprietà e la servitù attiva, ove non fosse ammessa la facoltà di costituire servitù strettamente interdipendenti con l'esercizio in concreto del servizio di interesse generale si dovrebbe ricorrere allo strumento ordinario dell'esproprio del diritto di proprietà anche di tali suoli limitrofi e solo in parte da occupare materialmente […], con un effetto ben più sacrificativo delle situazioni private coinvolte dall'espletamento dei servizi di interesse generale.

Esistono quindi, al di là di regimi civilistici per la costituzione di servitù volontarie o coattive, regimi espropriativi speciali […] che trovano la loro fonte nelle *specifiche discipline* di cui alle richiamate disposizioni»[17].

L'*iter* argomentativo conclude – bruscamente – che siffatto riconoscimento dell'esistenza di servitù coattiva a fini pubblici, «*presuppone* […] di graduare il sacrificio da imporre ai privati, rispetto al beneficio che l'autorità intende assicurare alla collettività»[18].

---

[16] Cons. Stato, sez. IV, nn. 6675/09 e 8507/10 cit. individuano quali «norme di settore che giustificano il regime speciale di imposizione di servitù coattiva», oltre all'art. 46-*bis*, d.p.r. n. 327/01, anche gli artt.1, comma 4, l. n. 10/91 e 12 d.lgs. n. 387/03, contenenti la dichiarazione di pubblica utilità o di pubblico interesse delle opere strumentali.

[17] Cons. Stato, sez. IV, nn. 6675/09 e 8507/10 cit.; pure in termini, Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3723, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che ha riformato T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 29 ottobre 2008, n. 2459, in *Dir. e giur. agr.*, 2009, 207, secondo cui, invece: « a differenza delle servitù volontarie, che possono avere ad oggetto una qualsiasi *utilitas*, purché ricavata da un fondo a vantaggio di un altro fondo appartenente a diverso proprietario, le servitù prediali coattive formano un *numerus clausus*, sono cioè tipiche avendo ciascuna il contenuto predeterminato dalla legge, sicché non sono ammissibili altri tipi al di fuori di quelli espressamente previsti da una specifica norma per il soddisfacimento di necessità ritenute meritevoli di tutela (Cass. civ., sez. III, 25 gennaio 1992, n. 820); sussiste la dedotta violazione dell'art. 43, d.p.r. n. 327/01, perché la costituzione coattiva di una servitù di sorvolo del fondo altrui a mezzo delle pale di un aerogeneratore su fondo vicino non figura tra quelle astrattamente descritte dalla legge in materia di energia (art. 3, l. 1 agosto 2002, n. 166) e non estensibili al di fuori dei casi espressamente considerati stante la natura eccezionale della relativa disciplina (Cass. civ. n.11130/92 e n. 207/1986)».

[18] Cons. Stato, sez. IV, nn. 6675/09 e 8507/10 cit., in contrasto con l'impostazione del c.c. (v. *infra*).

Riportando pedissequamente la rapida soluzione della questione, pare evidente che il richiamo di quelle norme a fondamento dell'esistenza del regime speciale di una determinata servitù a fini pubblici (esulante dai tipi codicistici) non sia decisivo ai nostri fini.

È indiscutibile, infatti, che le norme dichiarative di pubblico interesse, meramente prodromiche all'attivazione non del potere di asservimento, ma di un potere ablatorio, compreso quello espropriativo, non sono per nulla conformative del contenuto del potere di asservimento (già latitante a livello di normazione generale).

Esse non riguardano affatto il già indicato tratto peculiare distintivo dell'opzione di asservimento coattivo, rispetto a quella espropriativa; men che meno le norme del d.p.r. n. 327/01 sono di aiuto.

Non è chiaro, pertanto, come la rinvenibilità di un simile quadro normativo possa comportare la duplice automatica conseguenza: 1) del riconoscimento dell'esistenza di «regimi espropriativi speciali», posti «al di là dei regimi civilistici per la costituzione di servitù volontarie o coattive» che, come tali, consentirebbero la graduazione del sacrificio da imporre ai privati; 2) dell'applicazione del t.u. espropriazione all'ipotesi normativa di asservimento coattivo in parola per la individuazione delle regole procedimentali.

In esso (così come nelle altre norme invocate), non vi è alcuna traccia di tale potere di graduazione correlato alla costituzione di uno *ius in re aliena* (a fini pubblici o di servizio pubblico) in alternativa all'espropriazione, né esiste alcuna norma generale (se non quella relativa al *quantum* indennitario) che si prefigga di misurare il sacrificio imposto al privato non solo nel suo contenuto massimo (esproprio), ma anche nel suo contenuto minimo, perché il diritto di proprietà non venga snaturato al punto di rimanere un mero simulacro formale.

Il nodo interpretativo ha, peraltro, pesanti ripercussioni pratiche, posto che, in assenza di disciplina specifica, l'operatore economico determina unilateralmente le condizioni di asservimento e, dunque, del sacrificio della proprietà fondiaria, in relazione al quale il privato titolare non ha alcuna facoltà di interlocuzione[19].

Che un problema dogmatico soprattutto le nuove servitù siano in grado di porlo, a livello di ricostruzione generale, è confermato dalla meno frequente giurisprudenza amministrativa, la quale, discostandosi dall'avallo del quadro legislativo vigente, si è interrogata – nella direzione impressa dal *thema decidendum* – sul nodo fondamentale della loro tipicità, in relazione all'intelaiatura dei diritti reali contemplata dal codice civile (sin dal 1865, v. *infra*) ed alle norme che impon-

[19] Se non sul diverso problema a monte, collegato alla dichiarazione di pubblica utilità riguardante la proprietà privata e comune alla procedura espropriativa, relativo alla possibile individuazione di un percorso alternativo, esulante dal proprio fondo.

gono di affrontarlo (come, ad esempio, l'art. 1032 c.c.[20]), nonché di separare la costituzione di servitù dall'espropriazione[21].

Ed è pervenuta a ritenere – in manifesto contrasto con la comune lettura dell'art. 1 d.p.r. n. 327/01 – perfino incompatibile la legge generale sull'espropriazione (ed, in particolare determinate norme regolatrici del relativo procedimento) rispetto alla diversa fattispecie di asservimento[22].

---

[20] Com'è noto, la norma dispone quanto segue: «Quando, in forza di legge, il proprietario di un fondo ha diritto di ottenere da parte del proprietario di un altro fondo la costituzione di una servitù, questa in mancanza di contratto, è costituita con sentenza. Può anche essere costituita con atto dell'autorità amministrativa nei casi specialmente determinati dalla legge.

La sentenza stabilisce le modalità della servitù e determina l'indennità dovuta.

Prima del pagamento dell'indennità il proprietario del fondo servente può opporsi alla servitù».

[21] La giurisprudenza amministrativa sul punto è tutt'altro che copiosa. Si ritiene che ciò sia riconducibile al problema di cui sopra, ossia alla pacifica tendenza ad uniformare la disciplina dell'asservimento a quella dell'espropriazione, per cui non si pone a monte il problema del rispetto del principio di legalità, posto che esso si assume preservato mediante l'espresso rimando delle ipotesi di servitù per fine pubblico all'applicazione delle norme sull'espropriazione. Cfr., sul tipo di potere ablatorio previsto dalla legge per la realizzazione di una pista ciclabile, T.A.R. Trentino Alto-Adige, Bolzano, 1 gennaio 2007, n. 42, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che rileva l'insufficienza del D.P.R. n. 327/01 e della l. p. n. 10/91 che regolamentano la determinazione dell'indennità in caso di costituzione di servitù, ma non anche i casi in cui le servitù possono essere imposte, a fronte dell'art. 1032 c.c., in base al quale, invece, le servitù possono essere costituite con atto dell'autorità amministrativa «nei casi specialmente determinati dalla legge». In senso parzialmente diverso, in relazione al *thema decidendum* circoscritto dalla doglianza sul difetto di prova dell'utilità del fondo dominante, lo stesso T.A.R. Trentino Alto-Adige, Bolzano, 26 settembre 2018, n. 332, in *www.giustizia-amministrativa.it*, rovescia l'argomento ritenendo sufficiente a soddisfare l'istanza di legalità l'art. 1, comma 1, L.P. n. 10/91, a mente del quale: «Le disposizioni della presente legge si applicano all'espropriazione di beni immobili, di diritti relativi a beni immobili, e alla costituzione coattiva di servitù, occorrenti per la realizzazione di opere ed interventi di pubblica utilità […] nelle materie di competenza provinciale».

Pertanto, la mera previsione dell'applicazione delle norme espropriative anche alle ipotesi di servitù è l'unico argomento per concludere a chiosa del prefato disposto normativo che: «Si tratta quindi di una disciplina che prevede una categoria a se stante di servitù coattive, costituite per finalità pubbliche, la quale prevede un procedimento amministrativo *ad hoc*, che ha poco in comune con la disciplina civilistica, a parte il carattere forzoso dell'istituto».

E ciò anche in considerazione del fatto che « […] una volta realizzati gli impianti di telecomunicazione per i quali si rende necessaria l'acquisizione coattiva dei suoli l'espansione della rete costituisce una variabile che non si raccorda ad un arco temporale determinato, ma può subire una diversa modulazione nel tempo in relazione alle esigenze dell'utenza ed all'evoluzione dei sistemi di comunicazione. A tali esigenze di rilievo pubblico si configura preordinata la disciplina del procedimento impositivo della servitù, che resta svincolato sul piano temporale dalla predeterminazione di specifici termini per l'imposizione e l'esecuzione delle opere» (Cons. Stato, sez. VI, 23 febbraio 2011, n. 1119, in *www.giustizia-ammministrativa.it*).

[22] Pare questo, ad esempio, il caso della cd. servitù di telefonia, i cui caratteri contenutistici e procedimentali sono, seppur a grandi linee, delineati, in particolare dall'art. 92, d.lgs. n. 259/03 cit., permettendo alla giurisprudenza di affrontare più agevolmente il tema. Con riferimento alla citata disciplina previgente, T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 30 gennaio 2003, nn. 3101 e 3102, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale sulla scorta di uno stratificato indirizzo, ritiene soddisfatto il principio di tipicità sotto il profilo dell'*an* rispetto all'art. 1032 c.c. e precisa, quanto al secondo aspetto sopra segnalato, che: «In realtà il procedimento per l'imposizione di servitù in materia di servizi di telecomunicazioni è un procedimento speciale regolato esclusivamente dalle disposizioni degli artt. 233 e 234 d.p.r. n. 156/73, con conseguente impossibilità di integrazione della disciplina ivi dettata attraverso il riferimento a norme o principi generali valevoli in materia di procedimenti ablatori in genere e di espropriazione per ragione di pubblica utilità in particolare (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 12 giugno 2002, n. 3408 e 3409 e 1 marzo 2000, n. 3870; sez. V, novembre 1998, n. 3526, in *www.giusti-*

Il cui fine ultimo, diversamente dall'espropriazione, non è la congrua determinazione dell'indennità per il sacrificio dominicale, ma, invece, quello della regolamentazione di una "convivenza" tra interessi confliggenti sulla medesima *res*.

Sotto tale punto di vista, il difetto di una disciplina legislativa generale *ad hoc* provoca una conflittualità (irrisolta) tra l'esigenza di rimarcare la specialità del fine pubblico quale elemento di connotazione dell'istituto rispetto alla sua dimensione civilistica ed, invece, l'invocazione del principio di legalità[23].

Le conclusioni della giurisprudenza minoritaria sono in dissonanza con l'irrilevanza pratica che la comune ermeneutica assegna alla differenza strutturale tra espropriazione ed asservimento, anche in considerazione del fatto che (come si proverà ad evidenziare nel prosieguo) la tipicità di derivazione codicistica – brevemente liquidata come elemento alieno – impone di ricercare una fonte normativa *ad hoc* non solo sull'*an* della sua configurabilità, ma anche sulla determinazione del contenuto del potere amministrativo finalizzato all'asservimento.

E ciò anche in considerazione del fatto che la Corte di Cassazione ha ribadito la centralità del punto di equilibrio tra fine pubblico e diritti fondamentali, compreso il diritto di proprietà, conformemente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: «[…] la Corte EDU, nel considerare specificamente la disciplina dell'occupazione acquisitiva, ha ribadito che l'ingerenza dello Stato nel caso di espropriazione (e può aggiungersi anche di servitù coattiva), pena la violazio-

---

zia-amministrativa.it). Sulla scia di tale orientamento, il T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 6 febbraio 2003, n. 3115, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ha ritenuto «opportuno aggiungere – per quanto attiene alla denunciata non riconducibilità allo schema delle servitù coattive della cd. servitù telefonica – che ciò che conta è la previsione di essa da parte della normativa sopra richiamata: ciò implica di per sé solo l'esistenza nel sistema normativo della figura della "servitù telefonica"». Cons. Stato, sez. VI, 23 febbraio 2011, n. 1120, in *Riv. giur. ed.*, 2011, I, 693 rimarca la differenza strutturale tra espropriazione che comporta effetto traslativo del diritto dominicale e servitù che ovviamente presuppone il mantenimento in capo al proprietario fondiario del predetto diritto, quale elemento ostativo all'applicazione alla specifica fattispecie di servitù, della norma in materia di espropriazione: «Il procedimento per la costituzione della servitù di passaggio dei sistemi di telecomunicazione disciplinato dagli artt. 233 e 234 D.P.R. n. 156/73 non comporta un effetto traslativo del diritto dominicale – ipotesi questa per la quale l'art. 231 fa espresso rinvio alla procedura di esproprio disciplinata dalla l. n. 2359/1865; pertanto per tale procedimento, non si configura come essenziale ai fini della costituzione della servitù l'osservanza delle regole stabilite dalla l. n. 2359/1865 e, segnatamente, dell'art. 13 sui termini di inizio e termine dei lavori e delle espropriazioni, alle quali l'art. 231 D.P.R. n. 156 del 1973, rinvia nei casi in cui debba procedersi all'acquisizione in mano pubblica del suolo necessario per la realizzazione degli impianti di comunicazione». L'indirizzo presuppone la differenza morfologica dei due poteri, argomento bypassato totalmente da quello stratificato, nel ritenere *sic et simpliciter* applicabile la normativa sull'espropriazione alle concrete ipotesi servitù a fine pubblico. E ciò anche in considerazione del fatto che «[…] una volta realizzati gli impianti di telecomunicazione per i quali si rende necessaria l'acquisizione coattiva dei suoli l'espansione della rete costituisce una variabile che non si raccorda ad un arco temporale determinato, ma può subire una diversa modulazione nel tempo in relazione alle esigenze dell'utenza ed all'evoluzione dei sistemi di comunicazione. A tali esigenze di rilievo pubblico si configura preordinata la disciplina del procedimento impositivo della servitù, che resta svincolato sul piano temporale dalla predeterminazione di specifici termini per l'imposizione e l'esecuzione delle opere» (Cons. Stato, sez. VI, 23 febbraio 2011, n. 1119, in *www.giustizia-ammministrativa.it*).

[23] Il c.c. può stimolare qualche utile riflessione, oltre l'art. 1032 c.c. (artt. 825, 834, 1027 c.c., v. *infra*).

ne dell'art. 1 del protocollo n. 1 della convenzione europea dei diritti dell'uomo (rispetto dei beni), deve sempre avvenire rispettando il giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo, con la conseguenza che il privato ha diritto alla restituzione o alla reintegrazione nell'integrale possesso del bene»[24].

Ad avviso di chi scrive, se si vuole provare a ricercare un punto debole nel comune assunto dell'«assorbimento» del potere di asservimento in quello espropriativo, si deve muovere dall'apoditticità della sua premessa, ossia che la finalità pubblica dell'asservimento sia bastevole a sussumerlo nell'ambito espropriativo ed, ancora, che negando rilevanza al principio codicistico di tipicità in materia di servitù (cfr. art. 1032 c.c., *in primis*)[25], si risolva il problema della carenza di un modello procedimentale autonomo.

Anche perché dalla definizione del quadro normativo sostanziale, discendono pure precise conseguenze processuali, posto che, se l'asservimento è un'ipotesi di espropriazione, ad esso si applicherà la regola di giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, comma 1, lett. g), c.p.a.[26], in materia espropriativa.

Anche se, tuttavia, il medesimo articolo, alla lett. o), prevede un'ipotesi di giurisdizione esclusiva per le procedure e i provvedimenti della pubblica amministrazione concernenti la produzione di energia, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche e quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale gasdotti.

Fattispecie della cui specificità ed utilità potrebbe perfino discutersi se il concetto di asservimento fosse implicitamente assorbito, anche a livello terminologico, da quello di espropriazione di cui alla poco sopra citata lett. g).

---

[24] Cfr., Cass. ss.uu., 19 ottobre 2011, n. 21575, in *deiure.it*. In applicazione del suddetto principio, la Corte ha rigettato il ricorso avverso la sentenza impugnata, ritenendo idonea, ai fini dell'interruzione del termine di usucapione ventennale della servitù di acquedotto, una domanda giudiziale di risarcimento e non di recupero del possesso del fondo.

[25] Facendone soggiacere le fattispecie alle regole procedimentali dell'espropriazione, pur trattandosi di istituti strutturalmente diversi.

[26] Il dato letterale di questa previsione registra una potenziale antinomia tra il primo inciso, ove si fa riferimento solo all'espropriazione ed il secondo inciso ove compaiono disgiuntivamente gli aggettivi «espropriativa» e «ablativa». Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, n. 4905/2017 cit., in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove, in una fattispecie di illegittima occupazione, propedeutica all'asservimento a fini di elettrodotto, si richiamano, per ascrivere la controversia nell'alveo del succitato art. 133, comma 1, lett. g), c.p.a., precedenti (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 6 luglio 2016, n. 3421, in *www.giustizia-amministrativa.it* e Cass. civ., ss.uu., 19 luglio 2016, in *Riv. giur. ed.*, 2016, I, 718; Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191, in *Giur. cost.*, 2006, 1921) riguardante ipotesi di illegittima occupazione a fini espropriativi. Cfr. pure, Cass. civ., ss. uu., 27 maggio 2015, n. 10879, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 699; Id., 23 marzo 2015, n. 5744, ivi, 395; Cass. civ., sez. I, 9 giugno 2014, n. 12941, in *Guida al dir.*, 2014, 33, 36; Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2012, n. 3456, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2012, 1590; Id., 17 maggio 2012, n. 2842, ivi, 1168; Id., 4 aprile 2011, n. 2113, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 1042..

Ancora, non si comprende, seguendo il suddetto orientamento interpretativo, come mai il legislatore utilizzi, invece, il termine "servitù" per delimitare controversie oggetto di giurisdizione esclusiva, come accade per l'art. 133, comma 1, lett. m), c.p.a[27].

Non sembra irragionevole porre il problema del rapporto tra le due forme di manifestazione del potere ablatorio, visto che il legislatore utilizza entrambi i termini, in un ambito – quello della delimitazione dell'area di giurisdizione esclusiva – che pone precisi paletti in termini di tassatività, anche in relazione al necessario coordinamento tra art. 133 c.p.a. ed art. 135 c.p.a., sulla competenza funzionale del T.A.R. Lazio[28].

Insomma, pare che una certa confusione anche terminologica ed una certa lacunosità sul tema traspaiano sia a livello normativo sia a livello giurisprudenziale, finanche a declinarsi la giurisdizione del giudice amministrativo in una controversia avente ad oggetto l'imposizione coattiva di servitù, quale espressione del diritto potestativo (di natura privata) *ex* art. 1032 c.c., in presenza del suo presupposto di legge[29].

I margini di riflessione sull'ipotesi di disaggregabilità delle due diverse manifestazioni del potere ablatorio paiono specialmente riferibili alla servitù di metanodotto, in grado – per quanto si proverà ad evidenziare – di condensare una particolare carica rappresentativa.

Si vuole, in questa sede, più che dare risposte definitive, rassegnare il dubbio ed indicare alcuni aspetti che potrebbero incoraggiare una rivisitazione dei rapporti tra i due poteri ablatori, senza alcuna pretesa di esaustività.

---

[27] Che, com'è noto, devolve alla giurisdizione esclusiva «le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti in materia di comunicazioni elettroniche, compresi quelli relativi all'imposizione di servitù […]».

[28] Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, ordd. 8 febbraio 2017, n. 2285 e 2292, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[29] Così T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 14 agosto 2012, n. 862, in *www.giustizia-amministrativa.it,* sulla domanda (proposta in via riconvenzionale) di imposizione coattiva di servitù (di elettrodotto), in quanto «oggetto di un diritto potestativo riconosciuto in capo al soggetto in presenza del presupposto che l'art. 1032 c.c. fa consistere in una previsione di legge. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 23 marzo 2016, n. 848, in *www.giustizia-amministrativa.i*t, individua nell'autorizzazione *ex* art. 119 T.U. n. 1775/1933, il «presupposto per l'imposizione coattiva della servitù in virtù dell'art. 1032 c.c. (Cass. civ., sez. I, 18 luglio 1986, n. 4624)», ribadendo la tesi del diritto potestativo esulante dall'art. 133, comma 1, lett. g), c.p.a., perchè «situazione soggettiva di carattere spiccatamente privatistico, che non muta natura per il fatto che il suo presupposto è costituito dall'esistenza di un provvedimento amministrativo». In termini, T.A.R. Calabria, Catanzaro, 5 luglio 2013, n. 774; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, ord. 2 luglio 2014, n. 9884 e T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, ord. 18 dicembre 2015, n. 963, in *www.giustizia-amministrativa.it*. L'indirizzo è stato confermato da Cass. civ., ss.uu., 15 settembre 2015, n. 18081, in *dejure.it*. *Contra*, T.A.R. Lazio, Roma, n. 4905/2017 cit., ha ritenuto fondata la medesima domanda riconvenzionale, in virtù dell'autorizzazione regionale alla realizzazione delle opere, sul rilievo che l'art. 119 r.d. n. 1775/33 dispone che ogni proprietario è tenuto a dar passaggio per i suoi fondi alle condutture elettriche aeree o sotterranee che esegua chi ne abbia ottenuto permanentemente o temporaneamente l'autorizzazione dell'autorità competente. Qui, invece di considerarsi l'accoglimento della suddetta domanda riconvenzionale ostativo all'accoglimento dell'istanza risarcitoria da illecita occupazione, si è invocato l'art. 2058 c.c., per escludersi la proponibilità di azione di risarcimento in forma specifica.

2. *Il problema della determinazione del contenuto della servitù pubblica impropria. Il confronto con il codice civile e l'inquadramento teorico dell'istituto delle servitù di diritto pubblico ai fini della questione di interesse*

Con precipuo riguardo alle infrastrutture energetiche, riallacciandosi alla giurisprudenza amministrativa dominante, favorevole all'assorbimento dell'asservimento pubblico nell'ambito espropriativo, appare singolare che essa sganci le relative fattispecie dal regime codicistico delle servitù, senza fare riferimento all'art. 825 c.c., rubricato"*Diritti demaniali su beni altrui*"[30].

Eppure, questa norma ha un ruolo nevralgico nella sistematica del codice, proprio nel profilare la versione pubblicistica della servitù, la cui nozione, per quanto dispersiva possa appalesarsi[31], non può prescindere dal succitato disposto.

Esso, infatti, com'è noto, crea uno strappo, rispetto all'irrinunciabile elemento di tipizzazione della servitù «privatistica», quale diritto reale minore di godimento del fondo servente: la predialità (secondo la famosa definizione di cui all'art. 1027 c.c.[32]).

Come si diceva, la giurisprudenza citata sulle servitù non riprende la configurazione, contenuta nel citato art. 825 c.c., di due tipologie di diritto reale (diverso dalla proprietà), attestabile in capo allo Stato (o alle autonomie territoriali): l'una costituita all'unico fine di fornire utilità ad un bene demaniale (prima ipotesi)[33] e l'altra, invece – qui sfocandosi il carattere della predialità (seconda ipotesi) – *"per il conseguimento di fini di pubblico interesse corrispondenti a quelli a cui servono i beni medesimi"*.

---

[30] Che dispone: «Sono parimenti soggetti al regime del demanio pubblico i diritti reali che spettano allo Stato, alle province e ai comuni su beni appartenenti ad altri soggetti, quando i diritti stessi sono costituiti per l'utilità di alcuno dei beni indicati dagli articoli precedenti o per il perseguimento di fini di pubblico interesse corrispondenti a quelli a cui servono i beni medesimi».

L'elaborazione pretoria appare curiosamente stratificata "a compartimenti stagni", nel senso che il richiamo al c.c. è ridotto al minimo indispensabile (di solito il riferimento è all'art. 1032 c.c.) per le servitù pubbliche, mentre l'art. 825 c.c. viene citato, nonostante la sua importanza, solo per la diversa (e marginale) fattispecie dei diritti di uso pubblico e per legittimare, appena di sfuggita, l'autotutela possessoria (T.A.R. Basilicata, sez. I, 22 giugno 2011, n. 370; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 8 aprile 2011, n. 184; .T.A.R. Sardegna, sez. II, 17 marzo 2010, n. 312; Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2018, n. 2520 e 29 febbraio 2016, n. 3622, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[31] Non è questa la sede per affrontare i dibattiti in ordine all'utilizzo proprio o improprio dei termini "servitù pubbliche", "servitù di diritto pubblico", "servitù di uso pubblico", "diritti demaniali", "uso pubblico" o "diritti di uso pubblico", che vanno dalla postulazione del dubbio della loro totale sovrapponibilità fino alla conclusione del loro antitetico distanziamento; né vi è particolare interesse a farlo, ai nostri fini.

[32] Che dispone: «La servitù prediale consiste nel peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario».

[33] Testualmente, la norma fa riferimento ad «alcuno dei beni indicati dagli articoli precedenti» (*id est*, artt. 822 ss. cc.).

E ciò, nonostante autorevole e nota impostazione dottrinaria[34] abbia posto la citata norma alla base dello studio della *servitù pubblica* (o della *servitù di diritto pubblico*), distinguendo al suo interno: 1) le servitù *prediali* pubbliche[35] (corrispondenti alla prima parte dell'art. 825 c.c.) da 2) tutti gli altri diritti reali pubblici "parziari" sulla cosa rispetto al diritto di proprietà (il riferimento, in questo caso, è, invece, al secondo inciso dell'art. 825 c.c.), in cui la predialità in senso stretto – come rapporto materico tra due fondi – non è riscontrabile[36].

Qui può scegliersi – solo per transitoria comodità e con la consapevolezza della improprietà di linguaggio – di definire i diritti reali parziari di cui alla seconda parte dell'art. 825 c.c., alla stregua di *"servitù pubbliche improprie"*, all'unico fine di distinguerle dalle servitù prediali pubbliche della prima parte dell'art. 825 c.c. ed, allo stesso tempo, per accomunarle tramite un rimando concettuale all'incontestato profilo di loro specialità, ossia la loro riconducibilità ad un generale e più ampio fenomeno di asservimento pubblico (o di destinazione funzionale)[37] di determinati beni a favore degli interessi pubblici intestati in capo alla P.A.[38] o, più problematicamente, in capo alla collettività[39].

La seconda fattispecie del citato articolo rappresenta, nell'autorevole filone di pensiero, l'eccezione (indicata come poco ricorrente) alla regola della corrispondenza biunivoca tra proprietà del bene e proprietà del suo substrato materiale, per cui «la formazione del bene pubblico non comporta l'acquisizione da parte dell'ente della proprietà della cosa cui il bene stesso accede, se non quando ciò sia

---

[34] V. Cerulli Irelli, *Servitù (dir. pubbl.)*, cit., 332 ss. (spec. 335 ss. e 340 ss.). C. *Ferrari*, *Servitù prediali pubbliche*, in *Nov.mo dig. it.,* XVII, Torino, 1970, 167 ss. (spec. 174), in linea con il dato testuale dell'art. 825 c.c., definisce la servitù pubblica «un peso imposto su un fondo per l'utilità di un interesse pubblico che si individua attraverso alcuno dei beni demaniali o alcuno dei fini corrispondenti a quelli dei beni demaniali stessi». Cfr., pure, F. Invrea, *Servitù pubbliche*, in *N. dig. it.*, XII, 1940, 197 ss.; C. Girola, *Servitù prediali pubbliche*, Padova, 1937.

[35] Es. servitù di passo, *species* della servitù di passaggio coattivo (artt. 1051 ss. c.c.) e servitù di scarico delle acque dai laghi pubblici, *species* della servitù di scarico coattivo (art. 1043 c.c.).

[36] Cfr., ad esempio, per la citata servitù telefonica, T.A.R. Campania, Napoli, 30 gennaio 2003, nn. 3101 e 3102 cit., ove si osserva l'incertezza dell'inquadramento dogmatico della medesima, proprio in relazione al profilo della predialità, per concludersi che «[…] in consonanza con autorevoli opinioni dottrinali in ordine alla figura del cd. "elettrodotto coattivo", potrebbe ritenersi significativa, in proposito, l'analogia con la servitù di acquedotto coattiva». Nella medesima pronuncia si rileva, comunque, che, in difetto del parametro analogico, la mancanza del requisito della predialità non esclude affatto la configurazione di un « "diritto reale di uso", rientrante tra i pesi di diritto pubblico di natura reale gravanti sui beni" […]».

[37] Entro tale cornice, la *ratio* della seconda ipotesi è collegata all'idea dell'insussistenza positiva del concetto di demanio e, dunque, di bene demaniale (a cui l'art. 825 c.c. pure fa testuale riferimento), a cui viene considerato preferibile il riferimento al "bene pubblico".

Questo, infatti, consente di apprezzarne la distinguibilità in due sottocategorie e, cioè, da un lato, i beni riservati dalla legge allo Stato o ad altro ente pubblico e, dall'altro, i beni a destinazione pubblica, ossia in concreto adibiti ad una funzione o a un servizio pubblico. Così, V. Cerulli Irelli, *Servitù*, cit., 333-334.

[38] Così, A. Pubusa, *Servitù pubbliche*, cit., 2.

[39] È questo il caso diverso dei diritti di uso pubblico.

strettamente necessario. Negli altri casi, si procederà alla costituzione di un diritto reale parziario»[40].

Detta ricostruzione individua[41] tali diritti reali parziari in ipotesi specificatamente previste dallo stesso codice civile (es. servitù di acquedotto, di cui agli art. 1033 c.c. e ss.) o dalla legislazione speciale (servitù di elettrodotto e di funivia), in relazione a beni adibiti ad una funzione o a un servizio pubblico (come capita oggi, per le infrastrutture energetiche).

In un passaggio immediatamente successivo e maggiormente delicato, alle suddette ipotesi si aggiunge l'applicabilità diretta del suddetto principio (-eccezione), anche al di là delle specifiche previsioni positive.

La modalità di costituzione di diritti reali parziari pubblici oltre le espresse disposizioni codicistiche o di legislazione speciale è individuata, in questa prospettiva, proprio nell'espropriazione per pubblica utilità, da applicarsi caso per caso[42].

Tale lettura dell'art. 825 c.c.[43]o, meglio, del collegamento dell'istituto ivi contenuto alle regole pubblicistiche, avalla la conclusione che esso sia perfino superfluo e meramente descrittivo, nel rinviare a fattispecie e fonti eteronome più o meno precisate ed, allo stesso tempo, conforta la tesi dell'assorbimento.

Infatti, la conseguenza della valorizzazione dell'elasticità della procedura espropriativa ai fini della costituzione dei diritti reali minori contemplati nella sua seconda parte, pur ove atipici (*id est*, delle servitù improprie atipiche), è che «risulta inesatto il riferimento del codice ai casi specialmente determinati dalla legge»[44], *ex* art. 1032 c.c. (quello richiamato dalla giurisprudenza amministrativa conforme), sulla costituzione coattiva di servitù per atto amministrativo.

Ne deriva che sia le forme legali tipiche che quelle atipiche devono il loro effetto di imposizione coattiva ad un atto amministrativo (con la differenza che quelle atipiche si realizzerebbero mediante atti di espropriazione)[45].

---

[40] Così, V. Cerulli Irelli, *Servitù*, cit., 341.

[41] V. Cerulli Irelli, *Servitù*, cit., 341-342.

[42] Es. pratica di costruire strade e ferrovie su viadotti, anziché sul suolo. La tesi è collegabile alla giurisprudenza amministrativa prima richiamata. Quest'ultimo aspetto – ossia dell'estensibilità del meccanismo di costituzione di diritti reali parziari pubblici oltre le espresse disposizioni codicistiche o di legislazione speciale – accomuna entrambe le ipotesi dell'art. 825 c.c., del quale tale prospettiva evidenzia il superfluo carattere descrittivo, posto che: «Alcune fattispecie sono fissate dalla legge. Ma occorre tenere presente che la pubblica amministrazione può sempre imporre servitù ai fondi circostanti il bene pubblico perché necessarie al fine dell'esercizio o della funzione cui il bene stesso è destinato mediante lo strumento dell'espropriazione per pubblica utilità.

Vi sono dunque diritti reali pubblici o senz'altro servitù prediali pubbliche, che diremmo tipiche, perché previste espressamente dalla legge, e altre che possono, al di là dei tipi legali, essere imposte dall'amministrazione caso per caso per una specifica ragione di pubblico interesse concernente la funzionalità del bene pubblico. Queste trovano in concreto la loro fonte in atti (singolari) di espropriazione ovvero in atti di diritto comune (in caso di accordo con il proprietario del fondo servente)». V. Cerulli Irelli, *Servitù*, cit., 337.

[43] V. Cerulli Irelli, *Servitù*, cit., 335.

[44] V. Cerulli Irelli, *Servitù*, cit., 337.

[45] V. Cerulli Irelli, *Servitù*, cit., 337.

In estrema sintesi, pare evidente che vi sia, nella configurazione del generale potere di asservimento del codice civile – la stessa così rapidamente evasa dalla giurisprudenza già indicata – un fattore ostativo all'assorbimento, superabile solo ritenendo l'art. 825 c.c. superfluo e, addirittura, l'art. 1032 c.c. inesatto nel riferirsi al principio di legalità.

Il fattore ostativo è costituito dalla chiara ed espressa previsione di un meccanismo di rinvio ad una fonte di rango legislativo primario (dato dal combinato disposto degli artt. 825 c.c. e 1032 c.c.) che non solo fondi, ma che anche conformi un potere di asservimento strutturalmente diverso da quello espropriativo, in cui esso viene fatto, invece, totalmente convergere.

Sul punto, non pare priva di una zona d'ombra la tesi dell'inesattezza del dettato codicistico, tradotta dalla giurisprudenza amministrativa nel totale sganciamento della ricostruzione del potere amministrativo di asservimento dal codice civile medesimo (e, per essa, dal principio di legalità).

Come l'allineata giurisprudenza già indicata, anche tale ricostruzione pregiata e diffusa nel tradurre l'istanza basilare dell'amministrazione alla migliore gestione dell'interesse pubblico, attraverso gli strumenti ritenuti maggiormente idonei ed efficaci, va, ad avviso di chi scrive, oggi confrontata non più con ipotesi marginali e poco ricorrenti, come accadeva in passato, ma, invece, con l'esponenziale diffusione di servizi aventi ad oggetto beni speciali, ossia le energie di valore economico (art. 814 c.c.), le quali per circolare necessitano dell'espansione materiale di una rete.

Pertanto, si ritiene opportuno riprendere il filo del discorso dal sempre discusso art. 825 c.c., per soffermarci, in particolare, sulla seconda fattispecie ivi contemplata, in quanto geneticamente connotata da atipicità contenutistica.

Stando al tenore letterale della norma appena richiamata, ai suddetti diritti "pubblici" *in re aliena*[46] andrebbe esteso il regime giuridico dei beni demaniali, rudemente sintetizzabile nella extra-commerciabilità.

Essa, visto il suo taglio – pur essendo inserita nel libro III del codice civile sulla proprietà – è inclusa nella "parte speciale" riguardante, appunto, i beni pubblici ed è, quasi simbolicamente, posta al di fuori del titolo II del medesimo libro III, esplicitamente dedicato alla proprietà.

Tale collocazione ha forse indotto una sorta di *blackout* ermeneutico, nel senso di aver autorizzato la configurazione di un limite – *sub specie* di diritto reale minore – alla proprietà privata fondiaria che, a differenza di altri contemplati nel sistema codicistico, non è tipizzato, se non sotto il profilo strettamente funzionale (e, allo stesso tempo, astratto) di necessario orientamento al fine pubblico.

[46] Esercitabili, peraltro, a prescindere dalla natura pubblica o privata del bene altrui, in assenza di ulteriori specificazioni o espresse preclusioni.

Infatti, la norma in considerazione non approfondisce – forse paradossalmente – il tema delle modalità e dei limiti della compromissione della situazione dominicale attinente al fondo gravato, presupponendo la costituzione – giocoforza eteronoma – di tali diritti[47].

Come può facilmente immaginarsi, tale aspetto – che è poi quello di nostro diretto interesse – è particolarmente delicato, in quanto impone di dettare regole di "convivenza" tra le facoltà dell'ente pubblico (*melius*, del soggetto chiamato a perseguire specifici interessi pubblici anche sotto il profilo meramente prestazionale della resa di un servizio) e quelle del privato, il quale rimane proprietario del bene gravato dalla "servitù"; ed, inoltre, rischia, in assenza di paletti, di esporsi ad una condizione di eccessiva onerosità, come meglio si proverà a verificare nel prosieguo.

Qui va precisato che quello che il codice civile ha battezzato come diritto reale su bene demaniale non è (o non è solo) l'indicazione formale e astratta di una situazione giuridica soggettiva di natura reale, come tale catalogabile, insieme alle altre, nella categoria antinomica allo statuto proprietario, ma è, nell'ottica del diritto amministrativo, il risultato dell'esercizio di un potere ablatorio che, come tutte le forme di espressione dell'*auctoritas*, va debitamente cristallizzato e tipizzato, per non trasmodare in arbitrio.

Pertanto, sul fenomeno convergono due problematiche che sono, poi, due facce della stessa medaglia: quella della tipizzazione di ogni limitazione dello statuto proprietario da rispettare (anche alla luce della CEDU) anche quando tale limitazione sia orientata al fine pubblico o, meglio, allo svolgimento di un servizio pubblico; e quella della tipizzazione del potere amministrativo di asservimento che, possedendo caratteristiche strutturali autonome, deve essere nominativo, e, pertanto, non solo previsto, ma anche conformato *ex lege*.

E tali problematiche convergono necessariamente verso un'unica soluzione: la previsione *ex lege* delle fattispecie limitative della proprietà e, dal punto di vista strettamente amministrativo, quantomeno delle regole procedimentali che rispettino l'autonomia strutturale dell'asservimento rispetto all'espropriazione.

Lo stesso c.c. conferma che le due figure devono procedere su imprescindibili e paralleli binari di legalità, facendo seguire, al citato art. 825 sull'asservimento pubblico, l'art. 834[48], dedicato esclusivamente all'espropriazione ed inserito (a differenza del primo) nel Libro III, Titolo II sulla proprietà, dopo la descrizione del suo contenuto.

---

[47] O, in ipotesi, anche ad un'universalità di mobili.

[48] Che dispone: «Nessuno può essere privato in tutto o in parte dei beni di sua proprietà, se non per causa di pubblico interesse, legalmente dichiarata e contro il pagamento di giusta indennità.

Le norme relative all'espropriazione per causa di pubblico interesse sono determinate da leggi speciali».

Diversamente, un rischio degenerativo è particolarmente avvertibile nel subdolo meccanismo in esame, il quale, pur lasciando formalmente in vita il diritto di proprietà privata, rischia, nel suo modo concreto di atteggiarsi, di svuotarlo nella sostanza.

Del resto, così come è stata ormai notoriamente bandita l'espropriazione atipica (da fatto illecito) dall'area della legalità, quale irriconoscibile forma di costituzione della proprietà pubblica[49], allo stesso modo andrebbe ripudiata l'idea di costituzione di diritti reali pubblici atipici, ossia lasciati nella determinazione del loro contenuto, alla iniziativa dell'amministrazione (o, peggio del beneficiario della procedura), la quale opererebbe semplicemente richiamandosi alle incombenze *ex lege* previste per l'esercizio del potere espropriativo.

Alla luce di quanto sopra, ad avviso di chi scrive, l'unico modo per salvare i precetti codicistici sopra emarginati (artt. 825 e 1032 c.c., in combinato disposto) da un giudizio di incostituzionale o, comunque, di antigiuridica invasione dello statuto proprietario, è quello di considerarli semplicemente alla stregua di norme di rinvio ad una disciplina legislativa speciale che riporti contenuto e limiti – si scusi il gioco di parole – di tale limite speciale alla piena signorìa sulla cosa.

A suffragio, milita il veto della Cassazione all'operatività dell'occupazione acquisitiva da irreversibile trasformazione del fondo[50], per la costituzione di servitù pubblica.

Esso si fonda sulla differenza, non quantitativa, ma qualitativa (sopravvivenza del diritto di proprietà privata) dei due poteri ablatori e sulla consequenziale inammissibilità della pretermissione delle ragioni proprietarie attraverso l'occupazione abusiva del fondo privato, ai fini della determinazione del contenuto della servitù medesima.

E si pone in antitesi con il segnalato comune avviso favorevole, nella ricostruzione "fisiologica" dell'istituto, alla piena applicabilità della normativa generale regolatrice e conformativa del potere espropriativo alla servitù pubblica.

In un caso di servitù di elettrodotto, le Sezioni Unite hanno enucleato il principio di diritto, secondo cui l'apprensione *sine titulo* di un suolo privato per l'impianto di un elettrodotto nuovo o per la variante di altro preesistente, non determina in alcun caso la costituzione di una "servitù di fatto", secondo lo schema della c.d. occupazione acquisitiva e non preclude, pertanto, la tutela reinte-

---

[49] *Ex multis*, T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 10 maggio 2013, n. 607 con richiami giurisprudenziali, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[50] Cfr. la famosa sentenza della Cassazione (ss.uu., 26 febbraio 1983, n. 1464, in *Foro amm.*, 1984, 322) sulla cd. accessione invertita. Nulla toglie a tale argomento il superamento del suddetto anomalo modello di modo di acquisto della proprietà pubblica, qui richiamato solo per evidenziare che la difficile dinamica della coesistenza di rapporti giuridici in capo ad un medesimo bene a vocazione pubblicistica è un problema esclusivo dell'asservimento.

gratoria in forma specifica a favore del proprietario del fondo, configurandosi un illecito permanente[51].

In breve, è irrilevante, al fine della costituzione di servitù pubblica coattiva, la sopravvenuta perdita "materiale" dell'originale fisionomia del fondo, in ragione, ad esempio, della sua occupazione e dell'esecuzione di lavori da parte delle ditte incaricate (es. scavi e posa di tubature).

Mentre, infatti, per l'esproprio, il riscontro della stabile, inscindibile incorporazione del terreno in un bene nuovo e diverso (l'opera pubblica), rappresenta la prova materiale dell'azzeramento definitivo del diritto di proprietà privata ed, al tempo stesso, il *dies a quo* di costituzione, a titolo originario (da fatto illecito), del diritto di proprietà in capo all'ente a cui appartiene l'opera pubblica medesima; lo stesso meccanismo non è condivisibilmente praticabile con riferimento alla servitù pubblica.

E ciò proprio perché – come detto introduttivamente – la sua conformazione è identificata da uno schema incompatibile con il precedente, ossia quello della *coesistenza,* sul medesimo oggetto, di un diritto di proprietà limitata e di un diritto reale limitante il primo, con titolarità distinte.

Tale argomentazione è rinvenibile anche nella fattispecie di servitù di metanodotto: «il titolo, negoziale, amministrativo o giudiziale, è quindi indispensabile per la costituzione del diritto reale di servitù pubblica, non essendo a ciò sufficiente la sola esecuzione materiale dell'impianto, tanto più ove si consideri che […] il contenuto della servitù non si risolve nella sola presenza dell'impianto (nella specie tubazioni interrate), ma è costituito da una serie di altri pesi, oneri e vincoli a carico del proprietario del fondo servente, che generalmente non risultano sulla base della situazione di fatto, e che solo il titolo può determinare nel loro specifico contenuto e nei loro precisi limiti»[52].

---

[51] Così, Cass. civ., ss.uu., 6 novembre 1989, n. 4619, in *Foro amm.*, 1990, 846: «Se manchi l'autorizzazione e la dichiarazione di p.u., a fronte dell'attività materiale dell'autore o del gestore dell'opera – che non può essere qualificata "pubblica" – il privato proprietario da essa leso può richiedere, oltre al risarcimento dei danni sofferti nell'ultimo quinquennio anteriore alla domanda, anche la rimozione dell'impianto e la restituzione *in integrum*»; in motivazione: «L'apprensione *sine titulo* di un suolo di proprietà privata, occorrente per l'impianto di un elettrodotto nuovo o per la variante di altro preesistente, sia che la realizzazione dell'opera non sia stata autorizzata dalla competente autorità, sia che non sia assistita da declaratoria di pubblica utilità, sia che, pur in presenza di detta autorizzazione e di detta declaratoria, non vi sia stato un valido asservimento per via di provvedimento amministrativo, non determina la costituzione di una servitù, secondo lo schema della cosiddetta occupazione acquisitiva, i cui estremi non sono ravvisabili con riguardo a diritti reali *in re aliena*, ma configura un illecito a carattere permanente, il quale perdura fino a quando non venga rimosso l'impianto, o cessi il suo esercizio, o sia costituita regolare servitù mediante sentenza del giudice ordinario (sempre che, in quest'ultimo caso, l'impianto ed il suo esercizio siano stati autorizzati dall'autorità competente)». Cfr., pure, Cass. civ., ss.uu., 3 ottobre 1989, n. 3963, in *Giust. civ.*, 1990, I, 370 e Cass. civ., sez. I, 18 settembre 1991, n. 9726, in *Giust. civ. mass.*, 1991, 9.

[52] Cass. civ., sez. I, 23 marzo 1992, n. 3573, in *Giust. civ.*, 1993, I, 173: «La realizzazione di un'opera pubblica che determini una situazione di asservimento di fatto di un fondo di proprietà privata in assenza di un

Il punto centrale, ai nostri fini, è che la determinazione partecipata (consensualmente o coattivamente) del suo contenuto, precisamente delimitato in un titolo, è elemento identificativo della servitù.

L'attualità ed importanza dei superiori assunti – che presumono la separatezza di base dei due modelli ablatori qui considerati – è confermata dal fatto che il superiore indirizzo è tuttora degno di nota da parte del giudice amministrativo (anche nel porsi il problema della tipicità del potere di asservimento) [53].

E si ritiene che il ricavabile assunto dell'asimmetria strutturale mantenga rilevante ed attuale interesse, a fini ricostruttivi, nonostante l'avvento normativo dell'acquisizione sanante.

Quest'ultima non pare, infatti, giovare ai nostri fini speculativi, se non per ribadirsene, in sede contenziosa, il classico rapporto di alternatività, rispetto all'obbligo di restituzione del fondo illegittimamente occupato ed alla costituzione coattiva di servitù[54].

In primo luogo, essa interviene *ex post* e non elide la portata fenomenica della descritta dinamica.

Inoltre, rappresentando un mezzo legale per porre fine ad una situazione di illiceità, con adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto, non può costituire lo strumento ordinario e fisiologico dell'esercizio del potere ablatorio di asservimento, che dovrebbe nascere e svilupparsi entro propri binari procedimentali.

Senza considerare, ancora, che essa non è invocabile sempre e comunque[55], oltre a lasciare strascichi di contenzioso di natura risarcitoria, non operando retroattivamente[56].

Infine, pone, in sede contenziosa, un delicato problema di bilanciamento tra l'effettività della tutela giurisdizionale ed il principio di separazione dei poteri (anche per la tassatività della giurisdizione di merito *ex* art. 134 c.p.a), che, secondo un preciso orientamento giurisprudenziale preclude al giudice amministrativo

---

titolo legittimante […] non può determinare in alcun caso la costituzione a favore della p.a. di un diritto reale *in re aliena* secondo lo schema dell'occupazione acquisitiva del diritto di proprietà».

Il caso specifico riguardava la mancata emanazione del decreto di espropriazione di un fondo, nel cui sottosuolo era stato installato un metanodotto, alla scadenza del biennio di occupazione legittima.

[53] T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 6 febbraio 2003, n. 3015, in *www.giustizia-amministrativa.it*, considera, tra le ragioni di cessazione della permanenza dell'illecito, la sopravvenienza del decreto di asservimento dopo l'effettuazione delle opere in materia di servitù di telefonia. Cfr. pure in termini, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 23 febbraio 1991, n. 238, e T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 30 ottobre 2018, nn. 11547, 11548 e 11550, in *www.giustizia-amminitrativa.it*.

[54] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2014, n. 2942, in *www.giustizia-amministrativa.it;* T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, n. 9884/2014 cit.; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, ord. n. 963/2015 cit.

[55] Sulla preclusione dell'acquisizione sanante in presenza di giudicato restitutorio, Cons. Stato, sez. IV, 26 giugno 2018, n. 6254, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sul punto, Cons. Stato, ad. plen., 9 febbraio 2016, n. 2, in *www.giustizia-amministrativa.it* e Corte cost., 30 aprile 2015, n. 71, in *Foro it.*, 2015, I, 2629.

[56] T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-*quater*, nn. 11547, 11548 e 11550/2018 cit.

di condannare direttamente l'Amministrazione ad adottare il provvedimento di acquisizione sanante *ex* art. 42-*bis*, d.p.r. n. 327/01[57].

Va aggiunta, in proposito, un'ulteriore considerazione sui pronunciamenti della Cassazione.

Essi riguardano un contenzioso (nutrito ed attuale) che disvela una non apprezzabile prassi «imprenditoriale» dell'operatore economico, finalizzata alla diramazione della rete energetica con celerità, a prescindere dalla liceità o illiceità della modalità di realizzazione delle infrastrutture e, dunque, della coattività della soluzione; anche al di fuori dei limiti legali del potere espropriativo.

E, per di più, tale contenzioso, allo stato dell'arte, si pone sulla medesima falsariga di quello espropriativo (sia sotto il profilo dei presupposti sia sotto il profilo della tutela) ad oggetto risarcitorio (prevalentemente per equivalente).

Riportando i superiori assunti ermeneutici, sovviene, infatti, la prismatica apertura ad ipotesi di controversia derivante dall'assenza di valido e legittimante titolo costitutivo, in grado di abbracciare numerosissime e varie sfaccettature, ma tutte collegabili a tre profili di base: 1) sussistenza/insussistenza della dichiarazione di pubblica utilità; 2) sussistenza/insussistenza del decreto di occupazione d'urgenza; 3) sussistenza/insussistenza del decreto di asservimento; suscettibili di innumerevoli combinazioni[58].

Il dato non è irrilevante, in quanto più diffuso è il *modus operandi* per le vie di fatto, ostativo al contraddittorio, e maggiormente esposta a pregiudizio sarà la posizione del proprietario (sicuramente nel breve e medio termine, allorquando subirà occupazione ed installazione di opere strumentali abusive).

Il quadro complessivo è quello di una coesistenza a cui il privato viene forzosamente costretto, senza una reale facoltà di interlocuzione sulle condizioni della medesima, e con la consapevolezza, invece, di potere, al più, aspirare ad ottenere un ristoro per equivalente in sede contenziosa, ma pur sempre soggiacendo alla suddetta condizione e nei termini imposti unilateralmente (profilo ovviamente assente nel contenzioso espropriativo).

Con un ulteriore inconveniente: mentre, infatti, all'esito del contenzioso espropriativo, la misura risarcitoria riguarda un danno «definitivo»; nel caso della servitù, il danno è permanentemente *in fieri*, nulla escludendo che, in pendenza

---

[57] T.A.R. Lazio, Roma, n. 4905/2017 cit.

[58] Es. mancanza di dichiarazione di pubblica utilità e del decreto di occupazione d'urgenza; mancanza della dichiarazione di pubblica utilità ed esistenza del decreto di occupazione d'urgenza; mancanza della dichiarazione di pubblica utilità, esistenza del decreto di occupazione di urgenza e sua scadenza (o scadenza eventuali proroghe); esistenza della dichiarazione di pubblica utilità e del decreto di occupazione d'urgenza e sopravvenienza tempestiva del decreto di asservimento; esistenza della dichiarazione di pubblica utilità e mancata sopravvenienza del decreto di asservimento; scadenza dei termini contemplati nella dichiarazione di pubblica utilità e mancato o tardivo intervento del decreto di asservimento, e via dicendo.

di giudizio ed anche dopo la sentenza, sopravvengano ulteriori profili di criticità della convivenza in corso.

L'asimmetria qualitativa tra i due poteri ablatori, evidenziata ulteriormente dal profilo disfunzionale, è confermata da una semplice operazione di «sincronizzazione» della primigenia disciplina sull'espropriazione (1865) rispetto a quella coeva civilistica dei diritti reali.

Nell'estendere l'espropriazione dei «beni immobili» ai «diritti relativi ad immobili», l'art. 1 d.p.r. n. 327/01 riprende, infatti, pedissequamente la locuzione dalla legge fondamentale sull'espropriazione (art. 1 l. n. 2359/1865[59]).

Questa collima tuttora con la comune conclusione, rinvenibile nella dottrina amministrativistica, dell'*espropriabilità* di qualsivoglia diritto reale diverso dalla proprietà (come, esemplificativamente, l'uso, la superficie, l'enfiteusi, l'usufrutto, le servitù, i diritti collettivi, ma anche i diritti d'autore e le partecipazioni societarie[60]).

Tale conclusione merita, però, un certo grado di attenzione, per evitare innaturali elongazioni del principio di legalità.

Il pericolo è dietro l'angolo: ossia che la legge sull'espropriazione ed il meccanismo ivi contemplato si applichino ad ogni situazione giuridica soggettiva avente natura di diritto reale immobiliare singolarmente considerata[61].

Infatti, seguendo il comune denominatore testuale della realità del diritto immobiliare, sarebbero espropriabili: 1) *solo* il diritto di usufrutto immobiliare[62] (o *solo* quello di uso o *solo* quello di abitazione, etc.); 2) le servitù e *solo* le servitù; 3) qualsivoglia "diverso" diritto relativo ad immobili[63].

Tale lettura non solo presuppone un'insostenibile loro piena *autonomia* rispetto al diritto di proprietà, ma prescinde, soprattutto, dalla reale conformazione del singolo diritto reale "alieno", che non si "espropria" (a meno che già non esista), ma si costituisce *ex novo*.

---

[59] Così, l'art. 1: «L'espropriazione dei beni immobili o di diritti relativi ad immobili per l'esecuzione di opere di pubblica utilità non può aver luogo che con l'osservanza delle forme stabilite dalla presente Legge».

[60] Così, M.S. Giannini, *Istituzioni*, cit., 327. In termini, E. Casetta, G. Garrone, *Espropriazione*, cit., 3, che, facendo riferimento a fattispecie particolari, quali ad esempio l'apposizione di vincoli paesistici aventi natura espropriativa, concludono nel senso della trasformazione sostanziale dell'istituto espropriativo da strumento di sottrazione diretta della signoria privata sulla cosa, a meccanismo di privazione o limitazione sostanziale di alcune sue principali facoltà di godimento. Tale conclusione che fa leva su alcuni interventi della Corte costituzionale negli anni '60 (su cui *infra*, in nota) se ha il merito di tutelare il diritto di proprietà da attacchi sostanzialistici, finisce per confondere il tema dell'effettività della tutela del diritto di proprietà da fattispecie anomale, con quello della individuazione della struttura dei possibili procedimenti ablatori in base a precise disposizioni di legge.

[61] Nel senso che essa tragga la propria specificità dal rapporto diretto e immediato con la cosa.

[62] Ossia, indipendentemente dalle sorti del diritto di proprietà immobiliare fondiaria sottostante.

[63] Contemplato da legge sopravvenuta all'entrata in vigore della disciplina espropriativa o, ad esempio, di creazione giurisprudenziale (v. meglio *infra*).

La suddetta propensione, ormai tralaticia, alla generale ampiezza del meccanismo espropriativo della legge del 1865 non è pienamente convincente alla luce della coeva codificazione civilistica del Regno d'Italia[64].

Questa, infatti, non solo esalta, sulla scia delle codificazioni liberali ottocentesche[65], il diritto di proprietà come diritto reale fondamentale[66], ma inquadra[67] gli altri diritti reali o le sue limitazioni come diritti parziari, in quanto derivati e, quindi, separati e privi di autonomia rispetto al primo[68].

---

[64] Il codice civile del Regno d'Italia fu promulgato, al termine dei lavori della commissione competente, con regio decreto 25 giugno 1865, n. 2358, mentre la legge fondamentale sull'espropriazione, di pari data, reca il n. 2359. Entrambi fanno parte del processo di produzione delle fonti di unificazione legislativa del Regno d'Italia, conseguente alla promulgazione della legge sull'unificazione legislativa (legge 2 aprile 1865, n. 2215, in *Racc. Uff. delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia,* 1865, Torino, Stamperia reale).

[65] Il codice civile del 1865 è, come quelli preunitari, ispirato al codice napoleonico, introdotto in Italia nel 1806, nonostante di questo ne fosse stata sancita la formale abrogazione negli Stati preunitari dopo il Congresso di Vienna (cfr. codici del Regno delle due Sicilie nel 1819, del Granducato di Parma del 1820, il Codice Albertino del Regno di Sardegna del 1837 e, infine, nel 1852, il codice civile del Ducato di Modena e di Reggio).

[66] P. Rescigno, *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXXVII, 1988, 255, rileva che la proprietà rientrava tra i valori espressi dalla società borghese del XIX secolo e trovava consacrazione nei codici di diritto privato, a partire dal code *Napolèon* più che nelle costituzioni, ove prevale, con riferimento al diritto in questione, l'aspetto della «non ingerenza e, cioè, l'impegno della proprietà privata a mantenersi sul terreno strettamente economico, abbandonando il campo, che pure le era stato connaturale del potere politico. Di qui la "privatizzazione" della proprietà, carattere costante delle legislazioni dell'Ottocento, che ne affidarono la concreta garanzia ai codici civili».

[67] Secondo la progressione dei titoli del secondo libro («Dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni») c.c. 1865, prima vengono distinti e classificati i beni – di cui quelli immobili per eccellenza sono «i terreni» e «le fabbriche»(Art. 408 c.c. 1865) –; dopo viene disciplinata la proprietà, come diritto di godimento e disposizione delle cose «nella maniera più assoluta», salvo l'uso vietato da leggi e regolamenti (art. 436 c.c. 1865); ed, in conclusione, le sue modificazioni (Titolo III del Libro II, rubricato «Delle modificazioni della proprietà»), ossia i diritti di uso, usufrutto, abitazione, raccolti nel Capo I del Titolo III del Libro II, intitolato «Dell'uso, dell'usufrutto, dell'abitazione», mentre l'enfiteusi era inquadrata come contratto (Libro III, Titolo VIII), da un lato, e le servitù prediali disciplinate nel Capo II del Titolo III del Libro II, intitolato «Delle servitù prediali», dall'altro.

Lo schema sinteticamente rassegnato spiega esaustivamente la formulazione dell'art. 1 della legge espropriativa, in quanto il concetto di «beni immobili» ivi contenuto va, appunto, parametrato a quello del codice civile allora vigente, racchiudente una triplice distinzione al suo interno, in relazione alla «natura», alla «destinazione» impressa al bene dal proprietario, all'«oggetto», al quale ultimo si riferisce la problematica dei diritti reali immobiliari. Cfr. art. 407 c.c. 1865, che apre il capo I del Titolo I del Libro II, intitolato «Dei beni immobili»: «I beni sono immobili o per natura o per destinazione o per l'oggetto cui si riferiscono». A parte il dato naturalistico, per cui bene immobile per eccellenza è il terreno, la suddetta tripartizione comporta che anche un cavallo possa essere considerato bene immobile, se utilizzato «al servizio o alla coltivazione» del fondo (art. 413 c.c. 1865), cosiccome un oggetto mobile annesso ad un fondo dal proprietario «per rimanervi stabilmente» (art. 414 c.c. 1865).

[68] Così, S. Pugliatti, *Cosa (Teoria generale)*, in *Enc. giur.*, Milano, XI, 1962, 86: «Tale separazione è suggerita: a) dal fatto che il diritto di proprietà è il solo diritto autonomo, mentre gli altri diritti si appoggiano su di esso; b) dal fatto che gli altri diritti reali sono qualificabili come *iura in re aliena*, o quantomeno si distinguono dalla proprietà, in quanto sussistono proprio sul presupposto della esclusione di essa (*iura in re non propria*), come l'usufrutto di *res nullius*. Reciprocamente si deduce che il diritto di proprietà non solo è fondamentale (rispetto ad ogni altro diritto reale), bensì anche onnicomprensivo (rispetto alle possibilità di utilizzazione della cosa, e quindi alle facoltà che costituiscono il contenuto dei vari diritti reali). Il rilievo di codesti caratteri acquista il massimo vigore, quando si pensi che i diritti reali costituiscono una categoria chiusa di diritti tipici. Si può affermare concludendo, che dal seno del diritto di proprietà (e sul presupposto di esso) si possono deri-

Di qui la necessità della loro ferrea tipizzazione[69].

Su tale binario, va incanalata, come autorevolmente avvertito, la legge fondamentale sull'espropriazione, rivolta a risolvere esclusivamente il problema dell'aggredibilità del diritto fondamentale di proprietà (anche se a fine pubblico), come estrema eccezione in un contesto di sua esaltazione: «In considerazione della centralità del diritto di proprietà proprio degli ordinamenti dell'800, allora esso fu l'unico procedimento ablatorio che formasse oggetto di un'apposita legge; da noi la legge 25 giugno 1865, n. 2359»[70]. Non era una legge sull'asservimento pubblico.

E di tale inquadramento la legge n. 2359/1865 dimostra di avere piena contezza proprio nel modulare l'ambito oggettivo di applicazione, estendendolo dal «bene immobile» (non dal diritto di proprietà), sul quale si proietta la dinamica estintiva della proprietà privata, ai «diritti relativi ad immobili», ossia ai diritti reali derivati e non autonomi.

In tale ottica, la locuzione in parola può essere adeguatamente letta, nel senso che, ove sussistenti al momento dell'espropriazione, anche i diritti parziari devono essere travolti insieme al diritto di proprietà (non autonomamente).

Inoltre, il c.c. 1865 separava espressamente le due forme di potere ablatorio, trattando autonomamente l'ipotesi (diversa dall'espropriazione) di asservimento per pubblica utilità (art. 533 c.c. 1865), in alternativa a quello per privata utilità (art. 532 c.c. 1865[71]), ferme restando la predialità e la tassatività (art. 533, c.c. 1865).

Così, l'art. 534 c.c. 1865 prevedeva che «le servitù stabilite per utilità pubblica riguardano il corso delle acque, i marciapiedi lungo i fiumi, e canali navigabili o atti al trasporto, la costruzione o riparazione delle strade e altre opere pubbliche.

Tutto ciò che concerne questa specie di servitù, viene determinato da leggi o regolamenti speciali».

Pertanto, l'impianto codicistico cui è connessa la locuzione «diritti relativi ad immobili» affida necessariamente[72] a fonti speciali di produzione normativa eteronoma la regolamentazione del contenuto e dei limiti di fattispecie tassono-

---

vare i diversi diritti reali; e che il diritto di proprietà non solo potenzialmente li comprende, bensì è sempre in condizione di poterli riassorbire».

[69] Per l'usufrutto: artt. 477 ss. cc. 1865; per uso e abitazione: artt. 521 ss. c.c. 1865. La tipizzazione era rivolta alla massima limitazione o determinazione possibile del contenuto, per garantire comunque la permanenza della posizione dominante del proprietario e l'integrità del contenuto del godimento al momento della cessazione del diritto reale minore votato alla temporaneità.

[70] Così, M.S. Giannini, *Istituzioni*, cit., 326, secondo cui la l. n. 2359/1865 si inserisce in un movimento legislativo degli ordinamenti europei del XIX secolo, accomunato dal suddetto comune obiettivo.

[71] Infatti, l'art. 531 c.c. 1865 prescriveva che la servitù prediale consiste nel peso imposto sopra un fondo per l'*uso* e l'*utilità* di un fondo altrui.

[72] L'art. 532 c.c. 1865 distingueva servitù prediali *ex lege* (tra cui quelle per pubblica utilità; art. 533 c.c. 1865) e stabilite per fatto dell'uomo.

miche di servitù prediali per pubblica utilità, sempre al fine di asservire un fondo di proprietà privata ad un fondo di proprietà pubblica.

Di tale meccanismo di rinvio, si trova sparuta traccia nella legge n. 2359/1865 che fa intravedere una specifica ipotesi di asservimento a fini di pubblica utilità, prevedendo il diritto all'indennità in capo «ai proprietari dei fondi, i quali dall'esecuzione dell'opera di pubblica utilità[73] vengano gravati di servitù» (art. 46), ma, ovviamente, nei limiti in cui tale peso riguardi una delle tassative "materie" previste dal superiore art. 534 c.c. 1865.

A nostro avviso, ciò non comporta che, in quella norma, vi sia la riprova testuale dell'espropriabilità della servitù, che è una contraddizione in termini.

Essa consente, invece, di rintracciare un esplicito parallelismo tra l'invocazione del principio di legalità come fondamento ineludibile del meccanismo espropriativo (art. 1, l. n. 2359/1865) e il richiamo del medesimo nel diverso sistema dell'asservimento per fini di pubblica utilità, che, si ripete, nel codice civile previgente, era limitato alle materie tassativamente indicate, nonchè vincolato alla predialità (art. 534 c.c. 1865).

Anche tale parallelismo evidenzia la differenza strutturale/qualitativa tra i due modelli ablatori, difficilmente riconducibili *ad unitatem*; pure perchè, a voler essere pignoli, nei «diritti relativi ad immobili», di cui all'art. 1 l.n. 2359/1865 non rientravano nemmeno le servitù nello schema del c.c. 1865 (ma il discorso non può essere nemmeno accennato in questa sede).

Nella suddetta casistica – si badi – non c'era spazio nè per le servitù non prediali né per i diritti collettivi né per i diritti demaniali su cosa altrui nè per il cd. diritto di uso pubblico o altre figure similari che dir si vogliano e, guardando oggi al loro accoglimento per il tramite dell'art. 825 c.c., è contraddittorio immaginare l'espropriabilità di un diritto demaniale su cosa altrui non tipizzato, nemmeno derivabile dalla proprietà privata e dalle potestà dominicali inerenti.

3. *L'aggravamento del problema relativo alla costituzione e conformazione del diritto reale minore pubblico "per provvedimento amministrativo" con riferimento alla servitù coattiva di metanodotto: l'alto tasso di conflittualità "intrinseca" e normativa applicabile*

Ci si vuole ora soffermare sulla servitù metanodotto (o gasdotto), che, per la sua peculiare connotazione – di non tipizzazione contenutistica, a differenza di altre servitù speciali[74] – e per il suo esponenziale sviluppo, aggiunge ulterio-

[73] Che, peraltro, può essere realizzata o su bene pubblico o su bene privato, con sganciamento logico dal meccanismo strettamente espropriativo.

[74] Mancano, infatti, con riferimento ad essa, norme speciali come quelle sopra segnalate in materia di servitù di elettrodotto e di telefonia, conformanti, in maniera più o meno stringente, i termini della coesisten-

ri potenziali elementi di precarietà alla ricerca di una possibile convivenza tra le ragioni proprietarie ed il tipo di gravame cui è sottoposto il fondo.

Il fine è quello di poter meglio evidenziare, di fronte ad una fattispecie significativa, la criticità dell'intero istituto che pare meritevole di seria attenzione, anche *de iure condendo*.

La servitù di metanodotto presenta, infatti, almeno altri due elementi specifici, utili ad arricchire il quadro prospettico sopra delineato.

Il primo è costituito dalla caratteristica di intrinseca pericolosità[75] del gas transitante nella rete che, come tale, pone un problema di esposizione a responsabilità sia di chi opera a fini di interesse pubblico e sia del proprietario del fondo.

Da un lato, infatti, non è trascurabile il rischio incombente sia sul fondo servente, sia sulla pubblica incolumità; né può tralasciarsi il problema giuridico, connesso all'evenienza di un guasto tecnico, della possibile privazione di un bene di primaria fruizione pubblica[76].

Il secondo elemento di specificità è costituito dalla circostanza che la diffusione del metano attraverso una rete integra, a tutti gli effetti di legge, un'attività prestazionale di interesse pubblico[77], sicché nella dinamica generale di confronto "assiologico" va tenuto in considerazione l'intervento di un soggetto (il gestore di pubblico servizio[78]) diverso dalla Pubblica Amministrazione formalmente

---

za di due situazioni giuridiche soggettive sulla medesima *res*, attraverso facoltà ed obblighi reciproci, che hanno portato la giurisprudenza amministrativa alla conclusione della necessaria separatezza dei modelli generali (cfr., Cons. Stato, sez. V, n. 1120/2001 cit., in materia di servitù telefonica). Gli artt. da 119 a 129 R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775 definiscono reciproche facoltà e limitazioni, qualificanti e limitanti la figura, in ossequio al principio di legalità

Il che rende più urgente rimarcare la distinzione generale tra le due tipologie di potere ablatorio.

[75] Diverse sono le notizie in ambito nazionale ed internazionale di esplosione di metanodotti (gennaio 2004, Montecilfone (CB); febbraio 2010, Tarsia (CS); 5 febbraio 2011, El Arish (Egitto); gennaio 2012, Tresana (MS), 10 feriti; luglio 2013, Sciara (PA); 17 giugno 2014, Lokhvytsia (Ucraina); 12 ottobre 2014, Saskatchewan (Canada); dicembre 2014, Centrale Snam Ravenna; marzo 2015, Pineto (TE); maggio 2015, Roncade (TV); novembre 2015, Val Marecchia; 9 agosto 2016, Perm, Russia; 2 luglio 2017, Guizhou, Cina, 8 morti e 35 feriti; 13 dicembre 2017, Baumgarten, Austria; 17 ottobre 2018, Aba (Nigeria), oltre 30 vittime; 14 gennaio 2019, Degirmendere Sakary, Turchia; 18 gennaio 2019, Tlahuelilpan, Messico, 79 vittime e 66 feriti. Secondo un articolo del 2013 della CBC, in Canada gli incendi da gasdotti o oleodotti sarebbero stati oltre mille, dal 2000 al 2012.

[76] Si pensi, ad esempio, all'esplosione della conduttura ed all'interruzione forzata dell'erogazione del metano, nelle more del ripristino o, peggio, della deviazione della rete.

[77] Ai sensi dell'art. 8, comma 1, D.lgs. n. 164/00: «L'attività di trasporto e dispacciamento di gas naturale è attività di interesse pubblico».

[78] Che si occupa della realizzazione delle infrastrutture e della gestione del servizio integrato. L'espropriabilità dei terreni da parte di soggetti formalmente privati per la realizzazione di opere di pubblica utilità era già contemplato nell'art. 2, comma 2, l. n. 2359/1865: «Possono essere dichiarate di pubblica utilità non solo le opere che si debbono eseguire per conto dello Stato, delle Province o dei Comuni, ma anche quelle che allo stesso scopo intraprendono Corpi morali, Società private o particolari individui». Nel caso specifico, *ex* art. 3 (attualmente vigente), l. 10 febbraio 1953, n. 136, istitutiva dell'Ente Nazionale Idrocarburi (E.N.I.): «L'Ente (E.N.I., ndr.) può esercitare i compiti indicati negli articoli precedenti a mezzo di società controllate o collegate, delle quali può promuovere la costituzione.

competente a condurre la procedura ablatoria, il quale persegue un fine di lucro, direttamente proporzionale all'espansione della rete su territorio nazionale; e che, contemporaneamente, è quello che dà impulso e cura l'esecuzione della procedura, connessa alla realizzazione delle opere di pubblica utilità di propria afferenza[79].

Tale dato induce a considerare che la valutazione dell'*utilitas* del fondo servente non può prescindere da un substrato "economicistico" del fenomeno giuridico, costituito dalla suddivisione del territorio nazionale in "aree di mercato", nelle quali ricadono previsioni di consumi di tipo civile ed industriale.

Così, il gestore del servizio provvede all'aggiornamento delle previsioni di richiesta della domanda con orizzonte giornaliero e settimanale, attraverso programmi di simulazione.

In base ad essi, si forma un'idea "imprenditoriale" di espansione della rete nazionale in una direzione strategica, piuttosto che in un'altra[80], facente parte, appunto, della propria valutazione dell'*utilitas* (anche potenziale) del fondo, che costituirà, tuttavia, componente essenziale della dichiarazione di pubblica utilità emanata dall'autorità amministrativa competente.

Il modello operativo della servitù di metanodotto (come di altre in cui intervengono concessionari), acuisce il problema evidenziato della faticosa ricerca di un punto di equilibrio tra interesse pubblico e diritto di proprietà privata, nel senso che, nello sforzo compositivo, interviene, con effetto obiettivamente disgregante, un implicito e rilevante interesse economico (quello di lucro del concessionario).

Quest'ultimo ha un peso specifico non indifferente, anzi primario, in quanto orienta la valutazione di pubblico interesse, tanto da determinare l'abbrivio della dichiarazione di pubblica utilità e dell'occupazione d'urgenza dei fondi, come subito si sintetizzerà.

La rilevanza del superiore aspetto si è appalesata, in maniera ancora più evidente, con la liberalizzazione del settore, giusta d.lgs. n. 164/2000 s.m.i. [81], sostitutivo, in recepimento di direttiva europea[82], della precedente normativa inter-

---

I compiti per i quali la presente legge riconosce l'esclusiva all'E.N.I. debbono essere esercitati a mezzo di società controllate dall'Ente stesso, il capitale delle quali può essere anche sottoscritto dallo Stato, dagli enti parastatali, e da società con capitale interamente posseduto dagli enti sopraelencati».

In proposito, nel 1941, era stata già costituita la S.N.A.M., per la costruzione ed esercizio dei metanodotti e la distribuzione e vendita del gas, controllata poi dall'E.N.I.

[79] V. subito *infra*.

[80] Cfr., ad esempio, Codice di Rete della Snam – Rete Gas S.p.A, in *www.autorita.energia.it*.

[81] Modificato dal d.lgs. n. 93/2011.

[82] Cfr. direttiva n. 98/30/CE ed art. 41, l. 17 maggio 1999, n. 144. Sul contrasto al monopolio nel settore, sin dalla prima applicazione della normativa *de qua*, Corte Conti, sez. reg. contr., Friuli Venezia Giulia, 9 maggio 2012, n. 68, in *Riv. Corte Conti*, 2012, I, 132.

Dopo l'avvio della liberalizzazione (d.lgs. n. 164/00), sono intervenuti: 1) art. 1, comma 2, l. 23 agosto 2004, n. 239, che ha stabilito che le attività di trasporto e dispacciamento del gas naturale a rete, nonché la gestione di infrastrutture di approvvigionamento ad esse connesse sono di interesse pubblico e sono sottoposte agli obblighi di servizio pubblico derivanti dalla normativa comunitaria, dalla legislazione vigente e da apposite

na[83] – la cui speciale attinenza al settore del gas naturale ne giustifica le resistenze allo *ius superveniens* in tema di realizzazione di reti energetiche[84].

Nella disciplina della libera concorrenza, è stato preso in considerazione anche il momento della distribuzione, cioè del trasporto di gas naturale attraverso reti locali per la consegna ai clienti; ed è intuitivo che la liberalizzazione costituisca un forte acceleratore nella valutazione della vantaggiosità economica della espansione della rete nazionale e della diffusione del servizio ad essa corrispondente.

Pertanto, è evidente, a maggior ragione nel caso di specie (come in tutte le ipotesi di servitù pubbliche, soprattutto se "improprie"), l'esigenza di raffrontare costantemente, per l'identificazione dei tratti somatici del potere ablatorio ad essa connessa, la figura in esame ed i suoi modi di costituzione coattiva, con il principio di legalità che governa il diritto amministrativo.

In merito, l'art. 30, d.lgs. n. 164/2000 si limita a individuare in maniera scarna solo alcuni passaggi formali relativi all'avvio della procedura ablatoria per la realizzazione delle infrastrutture appartenenti alla rete di metanodotto.

Esso riprende il previgente art. 23[85], l. 10 febbraio 1953, n. 136 – istitutiva dell'Ente Nazionale Idrocarburi (E.N.I.) – abrogato dal medesimo d.lgs. n. 164 cit.[86], che, sulla base della dichiarazione *ex lege* di pubblica utilità delle opere necessarie all'attuazione dei propri compiti, prevedeva un potere di iniziativa diretto dell'E.N.I. o – ai sensi dell'art. 3 cit. della medesima legge – delle società

---

convenzioni con le autorità competenti e che le attività di distribuzione e dello stoccaggio del gas naturale sono attribuite in concessione; 2) art. 19 d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93 (di recepimento della direttiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale) che ha previsto la separazione dei proprietari dei sistemi di trasporto e dei gestori dei sistemi di trasporto mediante la previsione di idonei meccanismi di *governance*; 3) art. 15 d.l. gennaio 2012, n. 1, convertito nella l. 24 marzo 2012, n. 27: «Al fine di introdurre la piena terzietà dei servizi regolati di trasporto, di stoccaggio, di rigassificazione e di distribuzione dalle altre attività della relativa filiera svolte in concorrenza, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, da emanare entro il 31 maggio 2012, sono disciplinati i criteri, le condizioni e le modalità, cui si conforma la società SNAM S.p.a. per adottare, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il modello di separazione proprietaria di cui all'articolo 19 del decreto legislativo 1° giugno 2011, n. 93, emanato in attuazione della direttiva 2009/73/CE»; tale ultimo articolo ha trovato attuazione con d.p.c.m. 25 maggio 2012, in *leg16.camera.it.*

[83] Contenuta nella l. n. 136/53, cit.

[84] Così, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 21 dicembre 2007, n. 3489, in *Foro amm. – TAR*, 2007, 3944, sul d.l.n. 239/03.

[85] Che disponeva: «Le opere necessarie all'attuazione dei compiti affidati all'Ente e alle società di cui all'art. 3 sono dichiarate di pubblica utilità a tutti gli effetti della legge 25 giugno 1865, n. 2359, e successive modificazioni e integrazioni.

Le opposizioni circa la necessità e le modalità delle opere stesse sono decise in via amministrativa dal Ministro per l'industria e il commercio.

Su richiesta dell'Ente o delle società di cui all'art. 3, e se vi sia urgenza, il Ministro per l'industria e commercio può ordinare l'occupazione dei beni indispensabili per l'esecuzione dei lavori, determinare provvisoriamente l'indennità e disporne il deposito».

[86] Abrogazione confermata dall'art. 58, d.p.r. n. 327/01.

da esso controllate, nell'avviare la procedura espropriativa, con la facoltà di richiedere al Ministro per l'industria ed il commercio l'ordine di occupazione d'urgenza del fondo da gravare.

Tale meccanismo si è preservato anche dopo la privatizzazione dell'E.N.I.[87], ai sensi e per gli effetti dell'art. 14, comma 4-*bis*, l. n. 359/92.

E così, l'art. 30, d.lgs. n. 164/2000 prevede (comma 1) che le opere necessarie per l'importazione, il trasporto, lo stoccaggio di gas naturale e per i terminali di GNL, compresi gli impianti di rigassificazione sono dichiarate, con provvedimento del Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato o, per gasdotti di distribuzione, della competente Autorità della regione interessata – ed a seguito dell'approvazione del relativo progetto – di pubblica utilità, «nonché urgenti e indifferibili», *ex lege* n. 2359/1865 s.m.i.

Il comma 4[88] del medesimo disposto normativo prescrive, altresì, che: «Indipendentemente da quanto previsto dai commi precedenti, l'Autorità competente ai sensi del comma 1, su richiesta del proponente la realizzazione delle opere, può, con atto motivato, disporre l'occupazione di beni riconosciuti indispensabili per l'esecuzione di lavori direttamente connessi alle opere stesse, determinando provvisoriamente l'indennità di occupazione».

Le due brevi scansioni procedurali, per il resto, rinviano alla l. n. 2359/1865 in senso dinamico e, dunque, al d.p.r. n. 327/01, senza fornire alcun considerevole apporto risolutivo al dissidio "assiologico" sulla *res* servente.

Infatti, a ben guardare, al di là della ripresa del vecchio schema legislativo e della ripartizione delle competenze dell'autorità espropriante[89] tra Ministero competente e l'Autorità designata a livello regionale[90] per le diramazioni della rete, non vi è alcuna attenzione al problema segnalato e, dunque, alla tipizzazione o alle modalità di determinazione in concreto del contenuto della servitù in parola.

Neanche il riferimento alla previa necessità dell'approvazione del progetto fornisce indicazioni di apertura, operando, invece, un mero raccordo formale con l'art. 12 d.p.r. n. 327/01[91].

L'unico dato ricavabile positivamente è che, per ragioni di urgenza e solo per il tramite di un atto motivato, su espressa richiesta del proponente, possono

---

[87] Com'è noto, l'E.N.I., *ex* art. 15 l. n. 359/92, è stato trasformato in società per azioni.

[88] Gli altri sono stati integralmente abrogati dal d.p.r. n. 327/01.

[89] *Ex* art. 3, comma 1, lett. b), d.p.r. n. 327/01.

[90] Ad esempio, in Sicilia, il d.lgs. n. 164/00 è stato recepito dall'art. 67, l. r. 27 marzo 2000, n. 2 e l'Autorità competente è individuata nell'"Ufficio Regionale per gli Idrocarburi e la Geotermia", articolazione del Dipartimento Regionale dell'Energia, nell'ambito dell'Assessorato dell'energia e dei servizi di pubblica utilità della Regione Siciliana, che cura, tra l'altro, gli adempimenti relativi alla dichiarazione di pubblica utilità ed al decreto di asservimento, su istanza del soggetto proponente l'espropriazione.

[91] Nel quale è formalizzato, appunto, il collegamento tra dichiarazione di pubblica utilità ed approvazione del progetto definitivo dell'opera pubblica o di pubblica utilità.

transitoriamente essere penalizzate le ragioni proprietarie dal decreto di occupazione delle aree "indispensabili" all'esecuzione dei lavori, dietro determinazione provvisoria dell'indennità di occupazione[92].

Com'è noto, il d.lgs. 27 dicembre 2004, n. 330 e s.m.i. [93], ispirato ad una *ratio* acceleratoria dei procedimenti ablatori, ha inserito nel d.p.r. n. 327/01, gli artt. da 52-*bis* a 52-*nonies*, i quali, pur avendo una precipua attinenza alle cd. infrastrutture lineari energetiche, nelle quali rientrano i gasdotti (art. 52-*bis*, comma 1), si riferiscono genericamente ai procedimenti espropriativi finalizzati alla loro realizzazione (art. 52-*bis*, comma 6), per disciplinarne le procedure di comunicazione, notificazione e pubblicità degli atti del procedimento (art. 52-*ter e* 52-*septies*); con la previsione di alcune forme di semplificazione procedimentale[94].

Tra esse, l'art. 52-*octies*, rubricato «Decreto di imposizione di servitù», rinvia, sulla determinazione del suo contenuto e sul profilo indennitario, agli artt. 23 e 24 d.p.r. n. 327/01 (sul decreto di esproprio), con la precisazione formale dell'indicazione della costituzione di servitù e dell'abilitazione all'occupazione temporanea per la realizzazione delle opere strumentali.

Si tratta, all'evidenza, di una norma di applicazione estensiva, in linea di continuità con l'idea che la servitù pubblica sia una minorazione quantitativa del potere ablatorio pieno e non una figura caratterizzata da propria autonomia strutturale e funzionale.

Lo conferma l'art. 23, comma 1, lett. f), d.p.r. n. 327 cit., che prevede che il decreto di esproprio dispone il passaggio del diritto di proprietà, o del diritto oggetto dell'espropriazione, sotto la condizione sospensiva che il medesimo decreto sia successivamente notificato ed eseguito.

Il dissidio concettuale è evidente se solo si pensa che il decreto di asservimento non comporta alcun effetto traslativo, ma, semmai, ha effetto costitutivo di una nuova situazione giuridica soggettiva, coesistente con il diritto di proprietà privata.

Eppure, il legislatore non si è accorto di aver rimandato al superiore disposto normativo per individuare il contenuto di un modello ablatorio strutturalmente differente rispetto a quello estintivo della proprietà privata e costitutivo di quella pubblica.

---

[92] L'occupazione è una fase neutra non qualificante l'istituto cui è strumentale.

[93] L'art. 1, comma 3, l. 27 ottobre 2003, n. 290 ha delegato il Governo ad adottare disposizioni integrative e correttive del d.p.r. n. 327/01, per adattarne le disposizioni alle caratteristiche delle infrastrutture lineari energetiche.

[94] Come nel procedimento unico per l'accertamento di conformità urbanistica, apposizione del vincolo preordinato all'esproprio e dichiarazione di pubblica utilità (art. 52-*quater* e 52-*sexies*); o come la previsione dell'autorizzazione unica per le infrastrutture lineari energetiche facenti parte delle reti energetiche nazionali (art. 52-*quinquies*).

E, del resto, la giurisprudenza amministrativa, proprio in tema di metanodotto, rinviene nell'art. 52-*octies*, d.p.r. n. 327/01, che rinvia al succitato art. 23, il fondamento legislativo del potere di imposizione di servitù per la realizzazione di infrastrutture lineari energetiche, per la semplice ragione formale di tale rinvio, superando il problema del numero chiuso di cui all'art. 1033 c.c., senza ulteriori approfondimenti sulla diversità strutturale segnalata[95].

E ciò nonostante la totale trascuratezza della normativa citata (compresa la novella del 2000 e quella relativa allo sviluppo del sistema di distribuzione del gas in ragione della normativa europea[96], proiettata sullo sviluppo energetico ed economico e disinteressata ai dettagli tecnici di nostro interesse).

In un ambito in cui si avverte l'importanza di un interesse economico sottostante il servizio pubblico, non pare che la questione del rispetto del principio di legalità sia sottovalutabile a tal punto da ritenere ancora bastevole il mero rinvio alla legge sull'espropriazione, a maggior ragione tenendo conto dell'espansione del fenomeno considerato.

Dalla quarta edizione del Piano decennale di sviluppo delle reti di trasporto e di gas naturale 2017-2026 dell'ente titolare della quasi totalità delle infrastrutture nel territorio nazionale[97], la rete si sviluppa, al 31 dicembre 2016, per oltre 32.500 chilometri di gasdotti in esercizio in alta e media pressione, corrispondenti al circa il 93% dell'intero sistema di trasporto[98], con una stima di aumento della domanda nell'orizzonte temporale sopra considerato, anche in ragione del processo di decarbonizzazione dell'energia e dello sviluppo del biometano[99].

---

[95] T.A.R. Campania, Napoli 28 settembre 2018, n.7179, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[96] In proposito, la direttiva n. 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio contempla norme comuni per il mercato interno del gas naturale e prevede, con le norme nazionali di recepimento, che i gestori dei sistemi di trasporto trasmettano annualmente all'autorità di regolamentazione un piano decennale di sviluppo della rete che definisca le principali infrastrutture di trasporto da costruire o potenziare nel successivo decennio. Altre norme che si muovono nella medesima direzione sono: 1) regolamento (CE) n. 715/2009 che imprime un'accelerazione per l'adozione di un piano di sviluppo della rete decennale a livello europeo basato sui piani di sviluppo nazionali e sugli orientamenti per le infrastrutture energetiche transeuropee; 2) regolamento (CE) n. 994/2010, per l'adozione di misure di sicurezza nel servizio di approvvigionamento del gas.

A livello interno, cfr. art. 16, d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93, come modificato dall'art. 26, l. 29 luglio 2015, n. 115 dispone che il gestore della rete trasmette annualmente all'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico ed al Ministero dello Sviluppo Economico il piano decennale di sviluppo della rete contenente gli interventi necessari per garantire l'adeguatezza del sistema e la sicurezza degli approvvigionamenti, tenendo conto anche dell'economicità degli investimenti e della tutela dell'ambiente.

[97] In *piano decennale.snamretegas.it*.

[98] Distinta in rete nazionale (9.590 Km) ed in rete regionale (22.918 km).

[99] Sempre in *piano decennale.snamretegas.it*, è rilevato che la proiezione di crescita della domanda di gas di circa lo 0,9% per il decennio 2017-2035 è stata elaborata in base agli obiettivi del nuovo *"2030 Climate&Energy Framework"* che definisce a livello comunitario per il 2030 gli obiettivi vincolanti di riduzione delle emissioni (-40%) e penetrazione delle rinnovabili (+27%), oltre all'obiettivo di risparmio energetico (non inferiore al 27%).

La proiezione è stata determinata anche in relazione all'auspicato tasso di ripresa economica (0,5% annuo) da cui dovrebbe dipendere il generale aumento dei consumi nel settore termoelettrico.

Questo significa che, in circa 75 anni, la diffusione delle reti sul territorio nazionale è stata, a dir poco, galoppante; e in proporzione ad essa, si deve muovere la rilevanza giuridica dello strumentale asservimento dei fondi privati: nel 1948, la rete raggiungeva appena 257 km.

La difficoltà di sostenere l'attuale configurazione dell'asservimento per posa di metanodotto è evidenziata dai tentativi dottrinari di recuperarne – proprio in ragione del riscontrato difetto di una legislazione specifica sull'asservimento ed a differenza di ciò che accade in altri ordinamenti – perfino il carattere della predialità, con il ricorso alla nozione di servitù industriale[100], o a quella di servitù di passaggio nel sottosuolo[101].

La genericità della formula dell'art. 825 c.c. non avalla interpretazioni estensive o deroghe al principio di legalità, anche perché è la norma stessa ad essere derogatoria del sistema delle servitù civilistiche e come tale va delimitata legislativamente[102]; anzi, al contrario, proprio in assenza di una disciplina generale normativa sul procedimento di asservimento, impone che la singola fattispecie relativa alla posa in opera ed alla fruizione della rete pubblica di metanodotto debba essere individuata nei suoi caratteri costitutivi da una legge speciale *ad hoc*, oggi inesistente.

Né esistono ragioni diverse per ritenere plausibile oggi l'espropriabilità del diritto demaniale su cosa altrui (e, dunque, l'assorbimento del modello di asservimento pubblico in quello espropriativo, sempre attraverso la solita formula dei

---

[100] Così, S. Ilardi, *Metano*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 176, il quale, rinvenendo nell'*utilitas* la differenza tra servitù e limitazione, individua, nel caso di specie, proprio per l'assenza di un preciso modello legislativo, un'ipotesi di servitù industriale, intesa come esercizio di facoltà spettanti al proprietario del fondo dominante, oggetto (non soltanto sede) di attività industriale, a carico di fondo altrui. In tale prospettazione, la predialità è assicurata dall'individuazione di un fondo dominante, nel caso di specie costituito dal «giacimento metanifero da cui gli idrocarburi gassosi vengono estratti».

[101] Così, C. Bottari, *Metano*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, 3, che cita sia dottrina (G. Guarino, *La disciplina giuridica degli oleodotti*, in *Rass. parl.*, 1965, 7 ss.) sia giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. IV, marzo 1976, n. 211, in *Cons. Stato*, 1976, I, 311). Nella ricostruzione, viene previsto il diritto di indennizzo, *ex* art. 68 l. n. 2359/1865.

[102] La prospettiva privatistica del problema segnalato con riferimento al modello espropriativo *"omnibus"* incontra difficoltà nell'individuare la nozione di diritto reale costituente il *genus* della *species* servitù, specie dopo il confronto con le elaborazioni sul rapporto giuridico e con l'evoluzione economica del Paese. La problematica è in S. Palazzolo, *Servitù*, cit., 1 ss., il quale spiega, da un lato, l'ineludibilità del carattere della predialità, al fine di inquadrare le servitù, chiarendo, allo stesso tempo, la superficialità dell'equivoco di riferirlo al fondo, invece che al soggetto, in quanto, nel caso di specie, si tratta sempre di un diritto soggettivo, pur se necessariamente qualificato dalla proprietà del fondo dominante, ai fini dell'individuazione del beneficiario dell'*utilitas*. La predialità qualifica questo diritto reale minore di godimento ed, allo stesso tempo, lo distingue dagli altri previsti dal codice civile, per cui «la differenza specifica va colta nel contenuto e nel modo di limitazione del godimento in re aliena. Nelle servitù il godimento del fondo servente pur essendo, come ogni godimento, personale, deve essere strumentale al godimento del fondo dominante; e poiché anche questo godimento è personale, va fatto riferimento al tipo di godimento oggettivizzabile, per la naturale destinazione economica di un fondo, ed apprezzabile nell'ambito del beneficio fondiario».

È proprio il tipo di godimento oggettivizzabile che delimita, secondo l'A., in concreto il potere sul fondo servente, per cui la titolarità della servitù è indissolubilmente legata alla proprietà del fondo dominante, distinguendosi la figura dalla cd. servitù irregolari.

«diritti relativi a beni immobili») ai sensi dell'art. 1, comma 1, d.p.r. n. 327/01, se non contraddicendosi in termini, perché il diritto di servitù non si espropria, ma si deve costituire *ex novo*, appunto attraverso l'asservimento per fine pubblico (che però non è, si ripete, compiutamente disciplinato[103]).

La gravità di tale lacuna è ancor più accentuata, se possibile, considerando che la dottrina ha svelato da quasi mezzo secolo una delle principali ragioni, non proprio giuridica, sottostante la preferenza dell'asservimento rispetto all'espropriazione: «[…] essendo l'indennità di espropriazione della proprietà di entità ovviamente superiore a quella dovuta per l'espropriazione della servitù, l'impresa di costruzione e gestione di metanodotti preferisce espropriare la sola servitù, il cui esercizio è suscettibile, d'altra parte, di soddisfare completamente le sue esigenze»[104].

Pare, invece, che, a livello giuspubblicistico, si innesti una sorta di corto circuito, per cui – pur essendo evincibile che è cosa diversa dall'espropriazione[105] – l'asservimento viene visto come una forma di espropriazione alla cui fonte normativa primaria va ricondotto, piuttosto che come una forma di manifestazione del potere ablatorio, che si deve estrinsecare con caratteristiche identificative diverse rispetto al modello espropriativo[106].

Sullo sfondo di questo pensiero giuspubblicistico – che finisce per "contaminare" i due modelli ablatori (espropriativo e di asservimento), senza realmente approfondire il nostro argomento – campeggia il risentimento di un difetto di impostazione trascinato "tralaticiamente" dal diritto privato, ossia l'idea che un diritto "minore" reale di godimento, con la sua costituzione, tolga una parte del diritto di proprietà.

Il difetto di impostazione, sostenuto da risalente e superata dottrina in ambito civilistico, e condensato nella notoria formula del "diritto parziario", ignora la fondamentalità, separatezza ed autonomia del diritto di proprietà[107].

---

[103] S. Ilardi, *op. cit.*, 183, partendo dall'assunto che «nel sistema positivo vigente, manca la previsione legislativa del contenuto della servitù di metanodotto», ha rammentato un progetto di legge del 1951 arenatosi e mai riproposto, laddove «la pretesa alla costituzione della servitù avrebbe trovato fondamento in legge». Nulla di significativo da allora è dato registrare sul punto.

[104] S. Ilardi, *op. cit.*, 181.

[105] E, incidentalmente, che la legge sull'espropriazione faceva riferimento ad un fenomeno di asservimento relativo solo alle servitù prediali.

[106] A. Pubusa, *Uso*, cit., 7: «In quanto provvedimento di tipo espropriativo, l'atto amministrativo impositivo di servitù pubblica fa sorgere in capo al proprietario del fondo servente un diritto all'indennità».

[107] S. Palazzolo, *Servitù*, cit., 2: «La proprietà è, perciò un diritto reale pieno entro i suoi confini, ma limitato rispetto all'ampiezza del possibile rapporto reale con le cose (basti pensare alla funzione sociale che concorre con l'interesse individuale nell'apprezzamento legislativo del rapporto reale) ed agli stessi beni che possono formarne oggetto. I limiti o confini del diritto di proprietà si esprimono in termini negativi (attesa l'ampiezza della facoltà del dominio), onde può ritenersi che derivi dall'identificazione suggestiva del diritto di proprietà (*ius utendi et abutendi*) con il rapporto reale naturale, l'antica interpretazione di ogni limite come un gravame sul dominio. D'altra parte il rapporto reale, costituendo espressione della libertà (di un soggetto nei confronti degli altri, ma rispetto alle cose) condiziona la misura del limite, nel senso che deve essere il minore possibile,

Nulla di strano, pertanto, se il procedimento ablatorio di asservimento sia stato confuso con una forma di espropriazione parziale, soggiacente alla l. n. 2359/1865, prima, ed al d.p.r. 327/01, dopo[108].

Nemmeno la Costituzione è stata in grado di orientare la lettura delle norme sull'espropriazione nel senso proposto, nonostante testualmente l'art. 42, comma 3, Cost. riferisca tuttora esplicitamente il modello espropriativo esclusivamente al diritto di proprietà.

Anzi, ha creato sul punto problemi interpretativi, causati proprio dalla mancata elaborazione, al momento della sua entrata in vigore, di un modello teorico e legislativo diverso dal procedimento espropriativo ed, in particolare, dalla mancata elaborazione di un prototipo procedimentale che gestisse la coesistenza di interessi permanenti sulla medesima cosa, per la quale il primo non è geneticamente predisposto.

E, pertanto, mentre l'art. 42, comma 3, Cost. riportava il meccanismo estintivo/costitutivo della situazione giuridica a cui afferiva, la Corte Costituzionale si trovava costretta ad incasellare nel suddetto articolo, ipotesi che avevano una strutturazione completamente diversa[109], riducendo, non senza qualche acrobazia, la soluzione del problema a quello della previsione o mancata previsione di un indennizzo in ipotesi che – pur se costruite formalmente come suoi limiti – di fatto svuotassero di contenuto la proprietà.

Anche questo percorso logico argomentativo si disinteressa, a parere di chi scrive, del problema sottostante segnalato, ossia dell'esigenza di tipizzare un modulo procedimentale ablatorio diverso da quello espropriativo, che detti, quantomeno, la soglia minima della possibilità/opportunità della convivenza "forzata" di due interessi tendenzialmente antagonisti sul medesimo fondo.

---

proprio perché è un limite di libertà, che esige una giustificazione valida, percepibile e compatibile con lo scopo di ogni limitazione di libertà, che è quello di garantirla: *legum servi sumus ut liberi esse possumus*. Perciò il diritto di proprietà è un diritto fondamentale (costituzionalmente sancito) ed è il più ampio dei diritti reali, frutto del minor limite possibile e compatibile con le pur meritevoli istanze individuali e sociali. Tale diritto, però, non esclude altre ipotesi tipiche minori, frutto, cioè, di un limite maggiore e quindi, con un contenuto inferiore di poteri e facoltà. Sono questi i diritti reali limitati o – come meglio si dice – minori, che vengono indicati attraverso la determinazione positiva delle facoltà consentite – ed evidentemente comprese nel diritto reale maggiore, al punto che l'antica dottrina li considerava diritti frazionari o parziali, con terminologia talvolta ancora in uso, anche se è stata abbandonata l'idea di frazionamento della proprietà. In effetti, salvo che non si voglia confondere il diritto di proprietà con la «proprietà», i diritti minori sono autonomi, presuppongono il dominio e concorrono su questo rispetto alla stessa cosa (cfr. F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1965, §. 88). Il concorso è inevitabile perché, non esistendo diritto maggiore del dominio, le facoltà dei diritti reali minori non possono che cadere su cosa oggetto del dominio […] altrui […] così risolvendosi in concreto in una limitazione eccezionale del diritto di proprietà».

[108] Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3723, in *Riv. not.*, 2010, 1349.

[109] Si pensi alle c.d. servitù militari, per cui la Corte Costituzionale (sent. 20 gennaio 1966, n. 6, in *giurcost.org*) ha "acrobaticamente" ricercato una soluzione di compromesso.

Non stupisce, ancora che, per tale via, si sia aperto un canale di collegamento tra la "volgarizzazione" meramente terminologica dell'aggettivo "espropriativo", sempre più spesso utilizzato come sinonimo di "ablatorio"[110], e la innaturale estensione del modello di esercizio del relativo potere ad ipotesi eterogenee e meritevoli, invece, di tutt'altra considerazione.

4. *Considerazioni conclusive anche* de iure condendo

Chiarita l'idea sull'attuale tensione tra principio di legalità ed asservimento, non restano che alcune considerazioni conclusive anche *de iure condendo*.

Riallacciandosi alle osservazioni già espresse nei precedenti paragrafi, i due modelli di potere ablatorio sono diversi, in quanto quello espropriativo tende a risolvere in maniera definitiva e permanente l'originario confronto tra la sfera pubblica e quella privata con il totale avvicendamento degli statuti proprietari.

L'altro modello, invece, è cromosomicamente teso a lasciare "strascichi" di conflittualità, poiché lo schema della servitù pubblica "impropria", come si diceva, non sottrae al privato né la titolarità formale né la (totale) disponibilità materiale del bene.

Ma non è detto – è questo il punto – che la suddetta opzione realizzi effettivamente, al contrario di quanto sembra emergere anche nella giurisprudenza amministrativa, l'obiettivo del minor sacrificio possibile, a cui rimanda l'ineludibile valutazione di non necessarietà dell'espropriazione, evidenziata dall'autorevole prospettazione sopra richiamata.

È innegabile che l'astratta permanenza in vita di un diritto di proprietà, seppur mutilato, possa considerarsi, in astratto, qualcosa di meglio della sua eliminazione, purché, però, siano chiaramente dettate le regole (*in primis*, procedimentali) della convivenza forzosa di «due separati in casa».

Questa, infatti, riguarda due interessi, la cui omogeneità di indirizzo, se non può aprioristicamente escludersi, è tutta da verificare.

Da questo punto di vista, le modalità di costituzione – volontaria o coattiva – rappresentano la cartina al tornasole di tale armonia (o del contrario).

Nulla quaestio, infatti, nel caso di costituzione volontaria.

È evidente che essa costituisce la soluzione ottimale, visto l'incontro di volontà, in grado di fornire strumenti di composizione e prevenzione di poten-

[110] Basti il richiamo a G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 265, secondo cui, tra i vari negozi di diritto pubblico, andavano ricompresi i cd. atti di espropriazione, espressione che «intesa in senso ampio […] comprende, oltre l'espropriazione vera e propria, l'occupazione temporanea dei beni, l'imposizione di servitù e di limitazioni, la requisizione, etc.» , tutti considerati atti esiziali di diritti civili condizionati dall'interesse generale.

ziali conflitti; non solo per il proprietario, ma anche per l'ente procedente, in quanto, ovviamente, le procedure relative alla realizzazione delle opere necessarie, ivi comprese le attività preliminari e propedeutiche, ne risultano accelerate e svincolate da particolari ordini di garanzie procedimentali, che non siano quelle cristallizzate nella programmazione consensuale.

Il problema è che, pur essendo quella volontaria la modalità di costituzione ottimale, secondo il punto di vista rimarcato, non è quella "normale", né nella pratica corrente, né nelle ricostruzioni dedicate a queste figure, ove è facilmente riscontrabile la centralità assegnata al meccanismo espropriativo coattivo.

Quest'ultimo, oltre a manifestarsi sovente in maniera abusiva – come avvertito – secondo logiche «imprenditoriali», segnala la congenita intolleranza dello statuto proprietario ad ogni imprevista ed imprevedibile sopravvenienza limitante, anche se dovuta alla vocazione pubblicistica del bene oggetto della *potestas* dominicale[111].

Pertanto – rimanendo fedeli all'angolo visuale prescelto – la modalità di costituzione coattiva, all'opposto di quella volontaria, formalizza la "disarmonia", per il tramite di un provvedimento amministrativo (che assume normalmente le vesti del decreto di asservimento)[112].

L'approccio fattuale e descrittivo al fenomeno evidenzia ulteriormente l'inammissibilità del comune meccanismo di "copia/incolla" rispetto all'esproprio totale della proprietà, perché muta il tipo di conflitto sotteso.

Nel modello costituzionale (art. 42, comma 3), infatti, la lotta è tra piena proprietà pubblica e piena proprietà privata ed è naturale e consequenziale che lo scontro si muova su di un piano di garanzie formali, una volta acclarata l'effettiva necessità di diretta destinazione a fini di pubblico interesse del bene.

Nel caso della costituzione coattiva di servitù pubblica impropria, la conflittualità non può ridursi a quello, pur in presenza della conclamazione dell'effettiva necessità di volgere il bene a beneficio della collettività.

Ne va considerato, infatti, necessariamente un profilo di specialità, dipendente dall'innegabile rilievo che assumono nella qualificazione della fattispecie l'utilità residua del fondo privato e le condizioni della coesistenza.

Come detto, la compresenza su di un bene di un diritto reale pubblico e di un diritto di proprietà privata innalza il tasso di litigiosità, sia sotto il profilo

---

[111] La quale ha relegato in secondo piano la ricorrenza pratica della fonte negoziale.

[112] Né, a maggior ragione, la costituzione coattiva per provvedimento amministrativo in base alla legge – che è considerato il caso normale – può essere considerato idoneo e risolutivo rimedio di un problema sostanziale sottostante, in assenza di adeguati meccanismi di ponderazione dello specifico conflitto; anzi lo amplifica, nell'asfittica soluzione della forzosa coesistenza sul medesimo bene di due situazioni giuridiche soggettive che, anche volendo ammettere che non lo siano in astratto, in concreto rischiano seriamente di essere assolutamente incompatibili l'una con l'altra.

dell'illegittimo operato dell'ente pubblico, il quale, dopo la costituzione della servitù, si comporti, ad esempio, *uti dominus* (ossia, come se avesse portato a compimento l'espropriazione piena), sia sotto il profilo di possibili comportamenti illeciti del privato proprietario, in danno della servitù medesima, sia sotto il profilo delle responsabilità e degli oneri giuridici connessi alla gestione del bene, sia sotto quello, ancora, dell'indebito utilizzo da parte dei terzi.

Non può trascurarsi, nel caso di specie, nemmeno l'ipotesi in cui il proprietario del fondo gravando preferisca perfino l'opzione espropriativa, poiché, ad esempio, la responsabilità derivante dalla formale titolarità del medesimo oppure, ancora, il tasso di rischio connesso al suo godimento parziale risultino intollerabili, antieconomici o permanentemente pregiudizievoli.

Tale valutazione, peraltro, non pare affidabile esclusivamente a parametri di natura economica (oltre che personale, affettiva, esistenziale), ma anche giuridica; e, ancora, essa cambia anche in relazione al tipo di peso imposto sul fondo ed alla sua intrinseca pericolosità.

Potrebbe verificarsi il caso che, in base al tipo di intervento programmato, ne derivi una trasfigurazione funzionale del fondo, che, seppur in astratto utilizzabile (o parzialmente utilizzabile), abbia perso qualunque *utilitas* per il privato.

La dinamica, facilmente prevedibile rispetto alla forzosa coesistenza di sfera pubblica e privata, pare meritevole di doverosa considerazione.

E da tale punto di vista, potrebbe anche immaginarsi un meccanismo generale e tipizzato di "abbandono" della proprietà (soggettivamente o oggettivamente) formale e anch'esso dovrebbe prevedere un momento di interlocuzione, collegato alle caratteristiche del fondo o meno.

Sicché, è ben evidente che il modello astratto di procedura ablatoria congegnato per il confronto titanico tra proprietà pubblica e privata non può essere "calato" *sic et simpliciter* sull'asservimento pubblico.

La figura necessita di un modello di abito "cucito addosso" e, dunque, di un paradigma normativo che contempli, quantomeno, tale evenienza di adattamento "sartoriale".

La servitù coattiva pubblica "impropria" implica un'ineludibile riflessione sulla stretta osservanza del principio di legalità in materia[113], con la conseguente cautela verso possibili interpretazioni estensive.

Ed il suddetto principio va tenuto presente sia nell'elaborazione di un modello procedimentale parallelo a quello espropriativo, sia nella previsione nor-

[113] Già a partire dall'art. 1, l. n. 2359/1865.

mativa degli elementi identificativi di ciascun diritto reale pubblico minore non contemplato dal c.c.[114].

Manca, nel procedimento espropriativo, un momento di confronto essenziale sui termini della coesistenza, mentre il momento partecipativo è incentrato, al massimo, sul tracciato delle opere di pubblica utilità[115], e si condensa nell'opposizione alla scelta dell'ubicazione dell'infrastruttura sul proprio terreno, piuttosto che su quello di un altro. Il che non pare esaustivo nel nostro caso.

Prendendo libera ispirazione da un'elaborazione di un illustre studioso[116], anche per il nostro tema vale l'idea che il diritto di piena proprietà sul fondo rappresenta plasticamente il processo di socializzazione della cosa attraverso l'uomo.

Così ragionando, viene naturale rivolgere l'attenzione anche alla dimensione giuridica della persona titolare del fondo, potendosi, così, più facilmente comprendere che il modello di diritto reale "condizionato" in riferimento all'esercizio della potestà ablatoria non può essere indifferenziato.

E ciò, a maggior ragione se il classico riferimento al fenomeno dell'affievolimento[117] di tale diritto soggettivo lasci spazio a quello più dinamico della sua "coesistenza" con l'interesse legittimo in corso di esercizio del potere autoritativo, come accade proprio nei procedimenti ablatori, ove l'interesse legittimo non nasce «dalle ceneri del diritto di proprietà degradato», ma «[…] entra […] in azione immediatamente con la stessa apertura del procedimento di espropriazione[…]» [118].

Per questo, nella dinamica di dispiegamento del potere di asservimento a fini di pubblica utilità, non si può limitare l'effetto di tale coesistenza (e, dunque, la misura della sua rilevanza) solo a «quella parte amministrativa che attiene alla liquidazione dell'indennizzo» [119], come avviene nel modello espropriativo.

---

[114] In riferimento ai quali, si ripete, appare inevitabile che si debba imporre un recinto definito all'interno del quale operare la valutazione di non necessarietà dell'ablazione totale del diritto di proprietà che esso debba essere, anche se a maglie larghe (entro le quali inserire le valutazioni della p.a.) di rango legislativo.

Pare chiaro, infatti, che la partita non si giochi sul piano della composizione di un rapporto formale tra fonti, ma soprattutto della comprensione dei termini della tipicità dell'istituto e della conformazione del potere autoritativo ad esso afferente.

[115] Cfr., con riferimento alla servitù di metanodotto, T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 28 settembre 2018, n. 7179, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, ord. 11 ottobre 2017, n. 506, in *www.giustizia-amminstrativa.it*.

[116] Scriveva S. Pugliatti, *Cosa*, cit., 25: «La cosa […] anche se prodotta dalla natura, è a disposizione dell'uomo; e in quanto l'uomo ne disponga, la impieghi, agisca o possa soltanto agire per mezzo di essa e su di essa, si umanizza e, vivendo l'uomo in società, si socializza».

[117] O. Ranelletti, *Diritti subbiettivi e interessi legittimi*, in *Foro it.*, 1893, I, 481; Id., *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 7 ss.; Id., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934.

[118] Per tale ricostruzione, M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, 2000, 119 ss.

[119] Sempre, M. Nigro, *Giustizia*, cit., 121, secondo il quale il diritto soggettivo, nei limiti e termini di cui sopra, convive con «l'interesse legittimo attinente al corretto esercizio dell'attività ablatoria (e a questo si riferisce appunto la parte di attività consistente nella vera e propria ablazione)». La titolarità del diritto soggettivo nel meccanismo espropriativo, oltre che come fonte di legittimazione di una liquidazione monetaria, potreb-

Ma, accogliendo l'idea che «ogni diritto soggettivo, in quanto entra in rapporti (rapporti non effimeri, ma normativamente previsti e disciplinati) con la p.a. è accompagnato da un interesse legittimo […] e l'interesse legittimo si accoppia al diritto soggettivo per il fatto che l'interesse di cui consiste il diritto soggettivo è parte della situazione obiettiva in relazione alla quale il potere è attribuito»[120], può valere una diversa considerazione.

Di fronte all'esercizio del potere di asservimento per pubblica utilità, «l'interesse di cui consiste il diritto soggettivo» è mantenere il proprio diritto di godimento sul bene in maniera più appagante e satisfattiva possibile.

Si tratta, cioè, di un interesse che continua ad alimentarsi nella permanenza del rapporto reale, di modo tale che non può essere ignorato o peggio "neutralizzato", come oggi accade, confinandolo nella fase di liquidazione patrimoniale del diritto di proprietà e, per l'effetto, condizionandone le forme di tutela procedimentale e giurisdizionale.

Nel nostro caso, pertanto, il suddetto processo di socializzazione della cosa dovrebbe materializzarsi, a livello procedimentale, nel diritto del proprietario del fondo "asservendo" di contraddire in merito alla convivenza cui è costretto.

Il tema pare evidenziare una di quelle «lacune del sistema» conseguenti alla «formalizzazione ed ipostatizzazione delle aspettative del soggetto, con quanto questo ha comportato in termini di asimmetria rispetto ad un retroterra assiologico troppo importante per essere impunemente negletto»[121].

L'autorevole studio sulle situazioni giuridiche soggettive – da cui si è estrapolato il suddetto passaggio – ha ovviamente un respiro così ampio e sistematico da non riguardare specificatamente il nostro argomento, approdando a ben altri lidi, ma quello che particolarmente colpisce, ai nostri fini, è l'idea che per colmare le suddette lacune si debba valorizzare proprio «[…] la diversità intrinseca […]» e la «[…] differente consistenza delle aspettative del cittadino»[122].

Probabilmente, la logica di un procedimento amministrativo "omogeneizzato" per due ipotesi diverse risponde alla deleteria tendenza di comprimere dietro il meccanismo dell'interesse legittimo (e del suo moto verso l'uniformità di tutela) le diverse esigenze di protezione del soggetto di fronte al potere autoritativo.

E, pertanto, non può che condividersi, anche oggi (nonostante la successiva evoluzione giurisprudenziale e normativa sull'interesse legittimo), l'auspicio del

---

be costituire, sotto altro angolo visuale, un elemento di perfezionamento della vicenda "successoria" del dominio su un determinato fondo.

[120] M. Nigro, *Giustizia*, cit., 122.

[121] A. Romano Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. dir.*, II, Agg., Milano, 1998, 967.

[122] A. Romano Tassone, *op. cit.*, 967.

recupero della dimensione assiologica della persona, attraverso la funzionalizzazione dell'interesse privato all'interesse pubblico[123].

Di fronte a questa esigenza di non considerare potere amministrativo ed interesse legittimo due situazioni contrapposte[124], la peculiarità del caso è che non è detto che l'economicità della scelta (del gestore) corrisponda ad efficienza ed a buona amministrazione, e, pertanto, al secondo va attribuito un differenziato rilievo, non limitabile a quello indennitario, dovendo essere verificata, invece, l'incidenza dell'interesse privato nella determinazione del contenuto del provvedimento finale.

Volendo immaginare a grandi linee il modello procedimentale astratto relativo all'asservimento in parola, si potrebbe considerare l'ipotesi di un collegamento tra due subprocedimenti: il primo – in ipotesi comune a quello espropriativo – avente ad oggetto la dichiarazione di pubblico interesse per l'area privata ed il secondo, immediatamente consequenziale, incentrato sull'opzione dell'asservimento.

Quest'ultimo dovrebbe, perciò, riguardare espressamente anche la determinazione del contenuto del peso gravante sul fondo privato; ed avere una precipua attitudine a venire incontro alla specificità della figura, anche al fine di debellare fenomeni di espropriazione larvata che creerebbero, di fronte ad un *ius in re aliena* particolarmente invasivo, la permanenza di una sorta di nuda proprietà formale foriera di effetti negativi e di litigiosità.

Sicché, questo momento avrebbe una funzione, da un lato, deflattiva del contenzioso e, dall'altro, di apertura dialettica, per consentire al privato proprietario di valutare il grado di attaccamento alla *utilitas* residua, non solo da un punto di vista strettamente economico (problema affrontabile e risolvibile nel contenzioso), ma anche personale ed affettivo (problema non affrontabile e risolvibile nel contenzioso).

Nell'elaborazione di uno schema procedimentale, il principio del minor sacrificio possibile andrebbe modulato in una prospettiva più ampia di quella attualmente concepita nel modello strettamente espropriativo.

Seguendo l'impostazione rinvenibile nella dottrina richiamata, l'idea che si ha del fenomeno dell'asservimento promana da una prospettiva meramente pubblicistica (o meglio dell'operatore economico nel settore), ossia che non sia neces-

---

[123] A. Romano Tassone, *op. cit.*, 973: «Poiché dunque nello stesso riconoscimento dell'interesse legittimo (come in fondo in quello di ogni altra situazione soggettiva) è immanente la funzionalizzazione pubblicistica dell'interesse privato, l'unico modo per rendere tale figura permeabile alla concreta dimensione di quest'ultimo sembra esser quello di riconoscere l'interesse protetto del cittadino come componente essenziale dello stesso basilare interesse pubblico che l'amministrazione deve realizzare».

[124] Sulla cui base si vaglia non solo la legalità, ma soprattutto l'efficienza dell'azione amministrativa.

sario ed utile acquisire la proprietà per la realizzazione dell'interesse pubblico, ma sia "sufficiente" l'asservimento[125].

Misurare, nel caso specifico, il minor sacrificio possibile solo da questa prospettiva, non è però, ad avviso di chi scrive, adeguato.

Infatti, come già rilevato, non ha rigore scientifico la conclusione per cui lasciare in vita una titolarità privata, magari nei fatti formale, sul fondo sia meglio di non "uccidere" il diritto fondamentale[126].

Pertanto, la legge dovrebbe garantire che la scelta tra espropriazione ed asservimento, oltre che trasparente, non sia fatta solo in relazione a ciò che sia sufficiente per realizzare l'interesse pubblico, ma anche in relazione al suddetto effetto trasfigurativo, meritevole di contraddittorio procedimentale, e preclusivo, ove adeguatamente dimostrato, dell'opzione di asservimento.

A maggior ragione nella servitù di metanodotto, sarebbe importante ed utile la partecipazione procedimentale del privato, dandogli la possibilità di interloquire anche dal punto di vista tecnico e pure con l'operatore economico (non solo con l'amministrazione procedente) sulle soluzioni relative alle modalità di invasione del fondo ed alla installazione del tratto di metanodotto[127].

Non va trascurato, ancora, che non è indifferente la modalità di installazione delle tubature, né che il privato conosca dettagli tecnici, come misure e profondità, sulle quali sia posto in grado di confrontarsi.

A tacer d'altro, non consta che sia stato mai dato alcun peso, nelle procedure "espropriative" coatte tese alla posa del metandotto, all'art. 840 c.c., nonostante questo apra il Capo (II del Titolo II del Libro III) dedicato alla proprietà fondiaria, sottolineando l'estensione della proprietà del suolo al sottosuolo, con un limite ben preciso, fissato al secondo comma: «Il proprietario del suolo non può opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tale profondità nel sottosuolo […] che egli non abbia interesse ad escluderle».

È evidente che, nell'ottica dell'asservimento pubblico, questo limite andrebbe preso in seria considerazione e calato nella sede procedimentale propria, quale parametro di valutazione del minor sacrificio possibile, trattandosi di norma generale relativa alla proprietà fondiaria e particolarmente pertinente al caso di specie.

Infatti, pare vada la pena di verificare dal punto di vista tecnico, a livello nazionale, quale profondità nel sottosuolo (in relazione alle diverse possibili con-

---

[125] V. Cerulli Irelli, *Uso*, cit., 954-955.

[126] In un certo senso, si perdoni la digressione, è come dire che la scorza faccia parte della forma del formaggio, ma non essendo edibile, è "sufficiente" scartarla.

[127] Spesso capita che il privato soggiace ad una sorta di disciplinare, di incerta natura, imposto dal gestore del servizio, zeppo di obblighi e responsabilità tanto poter arrivare allo svuotamento sostanziale del diritto di proprietà, che resta in capo al privato come orpello formale, ma particolarmente pericoloso, in quanto potenziale fonte di responsabilità.

formazioni del terreno) possa considerarsi totalmente innocua, ai fini del libero godimento della proprietà, di fronte alla scelta strategica dell'operatore economico di attraversare un determinato fondo con le condutture del gas.

Ferme restando ipotesi particolari, in cui tale profondità non sia raggiungibile o misurabile, e' altrettanto evidente che il parametro tecnico/economico dell'operatore responsabile del settore non potrà monopolizzare le scelte amministrative, cosicché l'antieconomicità di lavori in profondità non varrà a costituire *sic et simpliciter* la ragione dell'abbrivio del processo di distruzione/compressione del diritto di proprietà costituzionalmente presidiato.

Una cosa, infatti, è la convenienza economica della "gestione" del servizio pubblico; altra cosa è l'esigenza di dispacciamento del metano sul territorio nazionale, in base alle proiezioni di aumento di domanda, ossia di aumento dei bisogni della collettività, costituente un valido parametro di misurazione dell'efficienza.

Eppure, ad oggi, è l'operatore economico che – se non agisce per le vie di fatto – determina unilateralmente le condizioni di asservimento, con modalità che, ben che vada, vengono trascritte nel decreto di asservimento dell'autorità espropriante.

Il problema non può essere banalizzato nella individuazione del più congruo indennizzo, di fronte a situazioni non adeguatamente ristorabili in via pecuniaria[128].

Del resto, le garanzie del privato per una più ampia e bidimensionale valutazione del principio del minor sacrificio possibile soggiacerebbero ad una ponderazione ascrivibile alla discrezionalità tecnica, la quale, com'è noto, è sindacabile quantomeno sotto il profilo dalla logicità/illogicità-ragionevolezza/irragionevolezza-arbitrarietà/non arbitrarietà.

E dovrebbe essere, ad avviso di chi scrive, una ponderazione atta ad incidere anche sulla scelta tra procedere all'espropriazione piena piuttosto che all'asservimento; scelta che, allo stato, non risulta né contemplata né procedimentalizzata.

È evidente che gli aspetti segnalati non hanno alcuna decorosa tutela nel vigente procedimento espropriativo, non tarato sulla figura prescelta.

Un procedimento *ad hoc* per l'asservimento darebbe maggiore voce al privato proprietario, non perché l'interesse generale perseguendo sia di minore pregio o importanza, ma per la pericolosità dell'esatto contrario.

Nel caso del metanodotto, il problema è aggravato dall'intrinseca pericolosità del servizio, esistendo tutti i presupposti perché, in concreto, si possa verificare un totale svuotamento del diritto di proprietà, con una mera intestazione formale solo scomoda e dannosa.

Un dato è innegabile e, cioè, che la struttura dell'asservimento rappresenta la manifestazione di una soluzione compromissoria (tra due situazioni giuridi-

[128] Tra queste, l'ansia di utilizzare un fondo attraversato da materiale pericoloso, per la privata e pubblica incolumità, con i connessi profili di responsabilità.

che concentrate sul medesimo bene) che, come tale, non offre garanzie di pieno e condiviso apprezzamento.

Un'ultima riflessione in proposito: si è detto che la modalità ottimale di costituzione della servitù pubblica latamente intesa è quella convenzionale, anche se nei fatti poco praticata[129].

Una rivisitazione del fenomeno dell'asservimento pubblico potrebbe allora, forse, costituire una buona occasione per dare una *chance* allo strumento dell'accordo *ex* art. 11, l. n. 241/90[130], sia per la determinazione del contenuto della servitù sia per la connessa opzione abdicativa.

La percezione di stallo normativo aumenta con l'espansione del fenomeno collegato alle infrastrutture energetiche e potrebbe persino portare al sospetto d'incostituzionalità, *rebus sic stantibus*, con riferimento agli artt. 2, 3, art. 42, commi 2 e 3, e 97, Cost.

---

[129] Né fornisce alcuna soluzione la circostanza che l'art. 42-*bis* D.P.R. n. 327/01 riguardi anche la figura della servitù (comma 6), in quanto essa non ricorre nel caso esaminato e, comunque, la scelta di avvalersi del meccanismo sanante non è obbligata ed è, inoltre, positivamente affidata alla valutazione di una figura soggettiva che, per la sua natura imprenditoriale, non ha una immediata propensione ad ammettere errori o responsabilità, né tantomeno, ad addossarsi le relative conseguenze patrimoniali.

Anche se, infatti, il comma 6 dispone che sia l'autorità amministrativa competente, con oneri a carico dei soggetti beneficiari a procedere all'eventuale acquisizione del diritto di servitù al patrimonio del gestore del servizio, il comma 1 del medesimo art. 42-*bis* affida l'opzione dell'acquisizione sanante all'ente utilizzatore del bene immobile.

[130] Non è possibile, ovviamente, in questa sede soffermarsi sull'istituto. Si rinvia a F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo: studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998 e a F. Tigano, *Gli accordi procedimentali*, Torino, 2003. Esso, ad esempio, è stato applicato alle convenzioni di lottizzazione, che, fatte le dovute proporzioni, contemplano un interesse privato qualificato ed un intento comune di definire responsabilità ed oneri (di manutenzione) sulla medesima *res* (*ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 7 maggio 2015, n. 2313; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 13 aprile 2018, n. 969, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

Francesco Siciliano - Abstract

Appunti per uno studio su un modello autonomo di potere ablatorio di asservimento, con particolare attenzione alla cd. servitù pubblica di metanodotto

Il lavoro vuole criticare la tendenza ad estendere il modello legislativo del potere espropriativo alle varie forme di espressione del potere ablatorio, con particolare riguardo alle cd. servitù pubbliche.
Pertanto, individuata l'incompatibilità strutturale tra espropriazione "piena" determinante l'estinzione del diritto di proprietà privata e servitù pubblica, in cui sopravvive la posizione dominicale privata, pone il problema del rispetto del principio di legalità nella dinamica della risoluzione delle disarmonie tra interesse pubblico ed interesse privato, ricercando soluzioni che considerino la litigiosità intrinseca dell'opzione-asservimento.
In tale quadro, viene concentrata l'attenzione sulla servitù di metanodotto, fenomeno in espansione di riconosciuto interesse economico nazionale, evidenziandosi alcune peculiarità che denotano l'asimmetria generale rispetto al modello espropriativo, considerando, anche *de iure condendo*, sia l'evoluzione ermeneutica sia il quadro normativo vigente.

Notes for a study on an autonomous legal form of making private land subservient to public interest, especially regarding the implementation of a methane pipeline

The aim of the work is to criticise the widespread tendency to apply the legal model of 'eminent domain' to the cases of making private land subservient to public interest by the public administration.
Thus, after having underlined the structural incompatibility between the two models, given that one eliminates the private domain while the other obtains a coexistence between public and private interests, the paper addressed the issue of respect of the principle of legality and tries to find solutions to resolve conflicting interests.
In this way, the study concentrates on the hypothesis of making private land subservient to the public interest with regard to the implementation of a methane pipeline, which has major economic importance in Italy, in consideration of hermeneutic and legal evolution, also from a reforming perspective.