

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento
Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 5-6/2014

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

eurilink

Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Liccardo Gaetano, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Nobile Riccardo, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Pasqua Simonetta, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

Comitato editoriale

Laura Albano, Sonia Albertosi, Federica Angeli, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Federico Dinelli, Francesca Romana Feleppa, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Giuliano Gruner, Laura Lamberti, Laura Letizia, Roberto Marotti, Masimo Pellingra, Benedetto Ponti, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Manuela Veronelli, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Dall'incostituzionalità dell'art. 43 t.u. espropriazioni alla possibile incostituzionalità dell'art. 42bis t.u. espropriazioni: la storia (infinita?)

di Norma Cardullo*

Sommario

1. Premessa2. L'art. 43 T.U. espropriazioni: genesi, funzione e declaratoria di incostituzionalità; 3. Il legislatore cerca di porre un rimedio (definitivo?): l'introduzione dell'art. 42bis T.U. espropriazioni ad opera dell'art. 34 d.l. 98/2011 (finanziaria 2011); 4. Art. 42bis T.U. espropriazioni e principi costituzionali: l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale (Cass. civ., Sez. Un., ord. 14 gennaio 2014, n. 441); 5. Conclusioni.

1. Premessa

Con una recente ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale[1], le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno aggiunto un nuovo capitolo all'ormai annosa vicenda relativa alla cosiddetta acquisizione sanante, che al momento appare ancora lontana da una completa quanto definitiva risoluzione.

In particolare, per una corretta comprensione della vicenda, è necessario un rapido cenno alla genesi del fenomeno delle occupazioni *sine titulo*, nonché alle risposte che di volta in volta il legislatore e la giurisprudenza hanno tentato di dare al riguardo.

Infatti, per anni la Pubblica Amministrazione ha proceduto all'occupazione di beni di proprietà privata per realizzare opere di pubblica utilità, ma senza che a legittimare tali azioni vi fosse stata la emissione di un decreto di esproprio ovvero – talvolta – neppure una dichiarazione di pubblica utilità. In sostanza, la P.A. procedeva senza alcun titolo (ed in spregio alle procedure previste per espropriare un bene di proprietà privata) all'apprensione di tali beni ed alla loro irreversibile trasformazione, imprimendo così agli immobili una destinazione pubblicistica immodificabile.

Una prima analisi del fenomeno risale ad una "celebre" sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[2], la quale coniò l'istituto della occupazione appropriativa "legittimando" la descritta prassi dell'amministrazione e garantendo al privato un tutela meramente risarcitoria: secondo tale pronuncia, cioè, l'acquisto della proprietà da parte della P.A. a scapito del

* Il lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della *double blind peer review*.

[1] Cass. civ., Sez. Un. 14 gennaio 2014, n. 441.

[2] Cass. civ., Sez. Un., 16 febbraio 1983, n.1464.

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

privato avveniva a titolo originario mediante l'applicazione dell'istituto dell'accessione invertita di cui all'art. 938 c.c., in quanto l'irreversibile trasformazione del fondo e la sua destinazione a scopi di pubblica utilità determinavano la prevalenza dell'interesse pubblicistico al mantenimento dell'opera realizzata rispetto a quello del privato volto invece alla restituzione dello stesso[3].

Tuttavia, la citata sentenza andò incontro ad innumerevoli critiche (oltre a quella relativa alla inapplicabilità alle fattispecie *de quibus* dell'istituto dell'accessione invertita[4]), in primo luogo per aver parificato la situazione in cui vi fosse una dichiarazione di p.u. alla base dell'azione della P.A. rispetto a quella in cui non vi fosse stata neppure quella; in secondo luogo per aver creato in via pretoria un nuovo ed atipico modo di acquisto della proprietà, inaccettabile per la violazione del fondamentale principio del *numerus clasus* dei modi di acquisto della proprietà garantita dall'art. 42 Cost.; ed infine perché l'origine di tale acquisto era da rinvenirsi nell'agire illecito della stessa P.A. (da cui scaturiva un acquisto della proprietà "legittimato" dalla sola destinazione impressa al fondo[5]).

Alla luce di tali rilievi, pertanto, la giurisprudenza – pur confermando il ragionamento giuridico posto alla base della sua interpretazione – modificò taluni aspetti dell'indirizzo ermeneutico inaugurato nel 1983, distinguendo tra occupazione "acquisitiva" ed occupazione "usurpativa", nonché specificandone i relativi caratteri discretivi. In particolare, furono ancora le Sezioni Unite della Corte di Cassazione[6] le quali limitarono la fattispecie dell'occupazione acquisitiva ai casi in cui all'origine dell'apprensione dell'immobile di proprietà privata ad opera della P.A. vi fosse stata almeno una valida dichiarazione di pubblica utilità; mentre per i casi di assenza di tale dichiarazione (ovvero qualora la stessa fosse stata annullata ovvero ne fossero scaduti i relativi termini) ritennero che si configurasse una occupazione di tipo usurpativo, inidonea a determinare il passaggio della proprietà a favore della P.A.: l'azione dell'amministrazione in tale ultimo caso era condotta al di fuori di ogni regola procedimentale e si estrinsecava in mero comporta-

[3] In particolare, la Corte pose alla base del suo ragionamento l'inammissibilità di due diversi diritti di proprietà sulla stesso bene (quello del privato, da una parte, e quello della P.A., dall'altra), e statuì che la mancanza *ab origine* di un titolo legittimante (ovvero la sua sopravvenuta inefficacia), nonchè la conseguente mancata adozione di un decreto di esproprio cui fosse seguita la radicale trasformazione del fondo occupato e la sua funzionalizzazione al perseguimento di scopi di carattere generale e pubblicistico determinavano il "passaggio" di proprietà dal privato all'amministrazione (momento a partire dal quale, peraltro, iniziava decorrere il termine prescrizionale di cinque per ottenere il risarcimento del danno).

[4] Si era rilevato, infatti, che l'elemento soggettivo caratterizzante l'istituto di cui all'art. 938 c.c. è quello della buona fede da parte dell'occupante, che invece non si riscontra nel caso di occupazione appropriativa; inoltre mentre l'accessione invertita presuppone l'inerzia del proprietario del bene del fondo occupato, l'occupazione operava a prescindere da una manifestazione di volontà contraria da parte di quest'ultimo; infine la valutazione del giudice è di tipo discrezionale nell'ambito dell'istituto civilistico in quanto deve porre in essere una valutazione comparativa degli interessi che vengono in rilievo (motivo per cui l'occupante deve pagare una somma pari al doppio del valore della superficie occupata), mentre nel caso dell'occupazione appropriativa il giudice avrebbe dovuto limitarsi a prendere atto solo dell'intervenuta ed irreversibile trasformazione del suolo (da cui derivava un risarcimento – almeno inizialmente – limitato al valore del suolo occupato, salvo la prova di ulteriori danni). Sul punto cfr., *inter alia*, A. DE CUPIS, *Accessione invertita*, in *Giustizia civile*, Giuffrè, Milano, 1983, 336; R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto, Roma, 2010, 1208.

[5] La natura illecita di tale agire, peraltro, veniva confermata dalla stessa Suprema Corte nella citata sentenza mediante il riconoscimento della spettanza di un risarcimento al privato e la qualificazione dello stesso di illecito istantaneo ad effetti permanenti, motivo per il quale il *dies a quo* del termine di prescrizione quinquennale era da computarsi a partire dalla irreversibile trasformazione del fondo.

[6] Cass. civ., Sez. Un. 10 giugno 1988, n. 3940.

mento di fatto costituente un illecito permanente[7] (e non un illecito istantaneo ad effetti permanenti come nel caso dell'occupazione acquisitiva), da cui derivava la possibilità di un risarcimento del danno "pieno", e, su richiesta dell'interessato, anche una tutela di tipo reale comportante l'obbligo di restituzione del bene.
Conseguenza di tale ricostruzione sotto il profilo della giurisdizione, poi confermata dall'orientamento giurisprudenziale prevalente[8], era la configurabilità della giurisdizione del G.A. nel caso in cui fosse stata emessa una dichiarazione di pubblica utilità (nonostante poi fosse stata anche annullata in sede giurisdizionale ovvero, in sede di autotutela, dalla stessa amministrazione); mentre qualora non vi fosse stata neppure tale dichiarazione, allora era configurabile la giurisdizione del G.O., in quanto l'attività della P.A. era da qualificarsi come mero comportamento[9].
La descritta ricostruzione ermeneutica, tuttavia, ha incontrato nel tempo sempre maggiori resistenze soprattutto in ambito sovranazionale e, in particolare, nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, alla quale si è uniformata nel tempo parte della giurisprudenza amministrativa[10], a fronte – invece – di un atteggiamento di maggiore "chiusura" da parte della giustizia ordinaria[11]. Infatti, in due diverse pronunce la CtEDU[12] aveva rilevato il contrasto dell'occupazione – sia acquisitiva che usurpativa – con il principio di legalità sancito nell'ambito dell'art. 1 del Primo Protocollo addizionale della CEDU, in virtù del quale nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e alle condizioni previste dalla legge e dai principi generali di diritto internazionale: in particolare, dalle citate sentenze era emerso, per un verso, la necessità che le norme di diritto interno fossero sufficientemente accessibili, precise e prevedibili; e, per altro verso, l'impossibilità che da un comportamento illecito da parte della pubblica amministrazione potesse scaturire una fattispecie acquisitiva legittima in favore della stessa P.A. autrice dell'illecito.
Alla luce di tale contesto giurisprudenziale, il legislatore ha deciso di intervenire mediante l'introduzione dell'art. 43 nel d.p.r. 327/2001 (T.U. delle espropriazioni) con la specifica finalità di conformare la nostra legislazione ai principi di cui all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale CEDU, e dare, quindi, una risposta definitiva alle sempre più numerose e pressanti richieste dei privati in ordine alla tutela da essi invocabile in seguito alle occupazioni delle loro proprietà ad opera della P.A.[13].

2. L'art. 43 T.U. espropriazioni: genesi, funzione e declaratoria di incostituzionalità

Come desumibile dallo stessa rubrica dell'articolo 43 T.U. espropriazioni ("*utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*"), tale norma "*è stata emessa dal legislatore*

[7] Da tale qualificazione giuridica dell'illecito, dunque, ne derivava che il *dies a quo* a partire dal quale iniziava a decorrere il termine di era da individuarsi nel momento di cessazione della permanenza.
[8] Cfr., *ex multiis*, Cass. civ., Sez. Un. Ord. 14 febbraio 2011, n. 3569; Cass. civ., Sez. Un., 12 gennaio 2011, n. 509; Cons. di Stato, sez. IV, 28 gennaio 2011, n. 676; Cass. civ., Sez. Un., 2 luglio 2007, n. 14954.
[9] Cons. di Stato, sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6861; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 15 luglio 2010, n. 1993; Cass. civ., Sez. Un., 13 febbraio 2007, n. 3043.
[10] Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 1 febbraio 2011, n. 175; Cons. di Stato, sez. IV, 16 novembre 2007, n. 5830; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 1 giugno 2007, n. 466.
[11] Cass. civ., sez. I, 11 giugno2004, n. 11096; Cass. civ., Sez. Un., 14 aprile 2003, n. 5902.
[12] CtEDU, sez. II, 30 maggio 2000, Belvedere Alberghera S.r.l. c. Italia; CtEDU, sez. II, 30 maggio 2000, Carbonara e Ventura c. Italia.
[13] Per questo motivo, invero, nel parere n. 4/2001 espresso dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato il 29 marzo 2001 sullo schema del T.U. sulle espropriazioni, si evidenziava che proprio l'art. 43 aveva la finalità di "*adeguare l'ordinamento ai principi costituzionali ed a quelli generali del diritto internazionale sulla tutela della proprietà*".

(che ha recepito le sollecitazioni dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato) per dare una via legale di uscita alle diffuse e risalenti situazioni di illegalità che si sono stratificate nel corso del tempo, e cioè per consentire all'Amministrazione di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto, con atti formali ancorati ad una compiuta normativa e comunque sindacabili dal giudice amministrativo, quando il bene sia stato modificato per scopi di interesse pubblico": sono queste le parole utilizzate dallo stesso Consiglio di Stato[14] per descrivere la funzione della disposizione *de qua*, ossia quella di dare una veste giuridica formale al fenomeno delle occupazioni acquisitive, soddisfacendo al contempo – come osservato da attenta dottrina[15] - le richieste della CtEDU nonché l'esigenza di salvaguardare i pubblici interessi, consentendo alla P.A. che avesse realizzato l'opera senza un regolare decreto di esproprio di acquisirne la proprietà, evitando la restituzione del fondo al privato proprietario, e fermo restando il risarcimento del danno (da quantificarsi nel valore venale del bene).

In estrema sintesi, infatti, la citata norma conferiva il crisma della legalità alle utilizzazioni dei beni di privati avvenute senza titolo (ma comunque per il perseguimento di fini pubblicistici) mediante l'emissione da parte dell'amministrazione di un provvedimento di acquisizione del bene occupato (da cui dipendeva, peraltro, il passaggio effettivo del diritto di proprietà dal privato all'amministrazione stessa), previa un'espressa ponderazione e valutazione degli interessi in conflitto, oltre alla contestuale fissazione del risarcimento del danno. Inoltre, particolarmente rilevante si presentava la disposizione di cui al 3° comma dell'art 43 in esame, il quale disponeva che in caso di impugnazione dell'atto di acquisizione ovvero di esercizio di un'azione volta alla restituzione del bene utilizzato per fini pubblicistici, la P.A. avrebbe potuto chiedere al giudice, in caso di fondatezza del ricorso o della domanda del privato, di essere condannata al solo risarcimento del danno, senza, pertanto, dover restituire il bene occupato[16].

I presupposti necessari ai fini dell'emanazione di detto provvedimento (per cui il tipo di occupazione è stata definita "provvedimentale" o anche "acquisizione sanante") erano, dunque, essenzialmente tre: in primo luogo l'assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo di pubblica utilità (*ab origine* o a seguito di annullamento); in secondo luogo l'utilizzazione di un bene immobile per scopi di interesse pubblico; ed in infine la modifica del bene, non risultando più necessaria l'irreversibile trasformazione dello stesso.

L'introduzione di tale ultima disposizione normativa è stata inizialmente accolta con favore, sia in ambito europeo[17] che in ambito interno, soprattutto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato[18], la quale nelle sue pronunce ne ha

[14] Cons. di Stato, sez. IV, 16 novembre 2007, n. 5830.

[15] R. GALLI, *Dalla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 43 T.U. espropriazioni all'adozione del nuovo art.* 42bis: *nuove prospettive di tutela risarcitoria e restitutoria*, in *Novità normative e giurisprudenziali di diritto civile, diritto penale e diritto amministrativo*, CEDAM, Padova, 2012, 712 ss..

[16] Al riguardo, la dottrina più attenta (F. VOLPE, *Acquisizione amministrativa ed acquisizione giudiziaria nel sistema delle espropriazioni per pubblica* utilità, in *www.giustamm.it*, luglio 2008; E. Zampetti, *cit.*, 569 – 570) ha ritenuto opportuno dover distinguere la modalità di acquisto di cui ai prime due commi della disposizione (cd. "acquisizione amministrativa"), da quella contemplata dai commi 3 e 4 della stessa disposizione (cd. "acquisizione giudiziaria").

[17] Il Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa, infatti, nella riunione del 13 – 14 febbraio 2007 ha manifestato "*il proprio* welcoming *per le disposizioni contenute nell'art. 43*".

[18] *Ex pluribus*, Cons. di Stato, sez. IV, 16 marzo 2012, n. 1438, che, compiacendosi per l'apprezzamento espresso in sede europea, ha osservato che l'introduzione dell'occupazione provvedimentale consiste in realtà nell'introduzione di un istituto "*in grado di porre fine alle numerose illegalità in materia espropriativa stratifica tersi nel tempo, consentendo alla P.A. di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto con atti formali e sindacabili dinanzi al G.A.*".

chiarito struttura, portata e limiti[19], statuendo quale principio generale che per garantire appieno la tutela del diritto di proprietà è necessario il rispetto della legalità formale ma, soprattutto della legalità sostanziale[20], affinché l'occupazione provvedimentale non costituisca un mero strumento funzionale all'aggiramento delle regole per l'espropriazione ordinaria, finendo così per costituire un'alternativa a quest'ultima.

Tuttavia, con il passare del tempo e le prime applicazioni giurisprudenziali, maggiori e sempre più pregnanti sono state le perplessità rivolte dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza a tale "nuova" forma di acquisizione, fino alla manifestazione di crescenti dubbi in ordine alla sua compatibilità costituzionale e con la CEDU che sono sfociati, infine, nella sentenza della Corte Costituzionale dell' 8 ottobre 2010, n.293[21]. La sentenza in esame, infatti, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 43, T.U. espropriazioni per violazione dell'art. 76 Cost., in quanto la legge delega dell'8 marzo 1999, n. 50 concerneva il mero riordino formale delle disposizioni vigenti aventi ad oggetto il "*procedimento di espropriazione per causa di pubblica utilità ed altre procedure connesse*", senza che fosse mai stata consentita l'approvazione di nuovi istituti quali l'acquisizione sanante (che invece si caratterizzava proprio per gli innumerevoli aspetti di novità rispetto alla previgente disciplina espropriativa[22]), per cui sarebbe stata invece necessaria ed imprescindibile la fissazione di principi e criteri direttivi ai quali il legislatore delegato avrebbe dovuto attenersi.

La Corte Costituzionale, dunque, ha preferito accogliere il profilo formale dell'incostituzionalità per eccesso di delega (per la verità residuale nell'ambito delle ordinanze

[19] Cfr., in particolare, Cons. di Stato, Ad. Plen., 29 aprile 2005, n.2, la quale ha rimarcato, in primo luogo, come l'art. 43 T.U. espropriazioni fosse l'unico rimedio previsto dall'ordinamento per evitare la restituzione dell'area utilizzata senza un valido ed efficace provvedimento di espropriazioni ovvero di dichiarazioni di pubblica utilità, cioè senza un valido ed efficace titolo legale di apprensione del bene (per cui in tale situazione non avrebbero potuto trovare applicazione le preclusioni fondate sull'eccessiva onerosità *ex* art. 2058 c.c. o sul pregiudizio derivante all'economia nazionale *ex* art. 2933 c.c.); in secondo luogo, che tale rimedio non potesse essere attuato dopo il passaggio in decisione della controversia giurisdizionale, avente ad oggetto la domanda di restituzione del bene, fatta sempre salva la possibilità di addivenire ad una transazione della lite tra le parti; infine, che la stessa disposizione non fosse in contrasto con la CEDU (come interpretata dalla CtEDU), in quanto l'acquisto del bene avveniva sulla base di un provvedimento previsto dalla legge e con efficacia *ex nunc*, oltre al fatto che comunque l'esercizio del potere discrezionale fosse sempre sindacabile dinanzi al G.A. e che in assenza del provvedimento di acquisizione (ovvero di un suo annullamento giurisdizionale) la restituzione dell'area non potesse essere impedita, se non per scelta del provato che avesse rinunciato alla restituzione.

[20] Nella motivazione della stessa Adunanza Plenaria già citata, invero, si legge che "*l'atto di acquisizione non deve solo valutare la pubblica utilità dell'opera, secondo i parametri consueti, ma deve, altresì, tenere conto che il potere acquisitivo in parola […] abbia natura eccezionale e non possa risolversi in una mera alternativa alla procedura ordinaria, talchè il provvedimento deve trovare la sua giustificazione nella particolare rilevanza dell'interesse pubblico posto a raffronto dell'interesse provato*".

[21] La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata dal TAR Campania, con tre ordinanze di identico tenore, pronunciate in altrettanti giudizi (le prime due del 28 ottobre 2008 e la terza del 18 novembre 2008), in riferimento agli articoli 3, 24, 42, 76, 97, 113 e 117, co. 1, Cost..

[22] Nella parte motiva della sentenza, invero, la Corte osserva che l'istituto dell'acquisizione sanante, così come congegnato dal legislatore, costituiva un *novum* che si discostava definitivamente dalle linee giurisprudenziali fino a quel momento fissate, e non manca di sottolineare che le scelte operate dallo stesso legislatore delegato, azzerando le differenze fra gli effetti prodotti dalle occupazioni appropriative e da quelle usurpative, prevedendo una forma generalizzata di sanatoria – peraltro con efficacia retroattiva – delle condotte illecite tra loro disomogenee, introducendo inoltre l'acquisizione del diritto di servitù e discostandosi profondamente dalle coordinate fissate dalla giurisprudenza di legittimità in relazione al momento a partire dal quale si realizzava il trasferimento di proprietà, non erano per nulla in linea con le coordinate fissate dalla legge delega.

di rimessione) sfruttando la tecnica dell'assorbimento, piuttosto che pronunciarsi sulle altre censure di incostituzionalità mosse alla norma in esame e che avrebbero reso necessaria un'analisi di merito. Tale pronuncia da parte del Supremo Giudice Costituzionale, però, è stata considerata dalla dottrina maggioritaria e più autorevole[23] come un *escamotage* per consentire al legislatore di avere una maggiore discrezionalità nella redazione della nuova norma "depurata" dai possibili profili di incostituzionalità, ed al contempo di rivolgere allo stesso legislatore dei moniti in ordine alla futura disciplina.

Infatti la Corte Costituzionale, seppure in un o*biter dictum*, non ha mancato in tale sentenza di sottolineare le criticità di merito comunque presenti nell'art. 43 abrogato, sollevando dei dubbi in ordine alla compatibilità della disciplina sostanziale dell'acquisizione sanante con i principi contenuti nella CEDU[24], e segnatamente con il principio di legalità di cui all'art. 1 primo protocollo addizionale CEDU con riferimento all'art. 117 Cost., in quanto tale forma di espropriazione sarebbe priva del requisito della certezza e della prevedibilità dell'attività della P.A., la quale potrebbe sfruttare addirittura a suo vantaggio l'esito di una sua attività illegale (quale, appunto, quella dell'occupazione di un immobile privato senza il rispetto del procedimento amministrativo predisposto al riguardo)[25]. Addirittura, nella sentenza, i giudici costituzionali indicano anche una possibile "via d'uscita", affermando che il legislatore potrebbe risolvere il problema della violazione del principio di legalità anche in modo diverso da quello sin lì adoperato, in quanto *"avrebbe potuto conseguire tale obiettivo e disciplinare in modi diversi la materia, ed anche espungere del tutto la possibilità di acquisto a fatti occupatori, garantendo la restituzione del bene al privato, in analogia agli altri ordinamenti europei"*.

Al di là dei "suggerimenti" in cui si è prodigato il giudice costituzionale, la sentenza risulta essere di cruciale importanza soprattutto per comprendere i limiti ai quali il legislatore avrebbe dovuto attenersi nella previsione di una nuova normativa, che finalmente tenesse conto dell'evoluzione giurisprudenziale maturata e – soprattutto – dei principi comunitari elaborati in tale ambito: i paletti fissati dalla Corte Costituzionale, perciò, appaiono come un vero e proprio sentiero tracciato dall'organo giurisdizionale ai fini dell'emanazione della nuova disciplina, nonché al contempo un monito circa la possibile incostituzionalità della stessa nel caso in cui tali limiti fossero stati violati.

3. Il legislatore cerca di porre un rimedio (definitivo?): l'introduzione dell'art. 42bis T.U. espropriazioni ad opera dell'art. 34 d.l. 98/2011 (finanziaria 2011)

A fronte della pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 43 T.U. espropriazioni, il legislatore è intervenuto per colmare il vuoto nor-

[23] Cfr., *inter alia*, M. BORGHERINI, *Le sorti dell'art 43 T.U. espropriazioni: vita, morte e miracoli. Che il miracolo sia l'art. 34 d.l. 98/2011 (finanziaria 2011)?*, in *Il diritto per concorsi*¸ Dike, Roma, 6/2011, 113; R. Galli, *cit.*, 713; M. NUNZIATA, *Recenti sviluppi n materia di espropriazione per pubblica utilità alla luce della sentenza della Corte Costituzionale 293/2010 e del nuovo art. 42bis del T.U. sugli espropri*, in *Foro Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 10/2011, 3318 ss..; E. ZAMPETTI, *Acquisizione sanante e principi costituzionali*, in *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 3/2011, 569 ss..

[24] Al riguardo la stessa Corte Cost. richiama la sentenza della CtEDU del 12 gennaio 2006, sez. III, ricorso 14793/02.

[25] La Corte Cost., in particolare, esprime il suo disappunto asserendo che la mera trasposizione in legge dell'istituto dell'acquisizione sanante "*in quanto suscettibile in astratto di perpetuare le stesse negative conseguenze dell'espropriazione indiretta non sarebbe, di per sé, sufficiente a risolvere il grave* vulnus *al principio di legalità*", aggiungendo poi che il nuovo istituto "*prevede un generalizzato potere di sanatoria, attribuito alla stessa amministrazione che ha commesso l'illecito, (anche) a dispetto di un giudicato che dispone il ristoro in forma specifica del diritto di proprietà violato*".

mativo venutosi a creare, e che per la verità aveva determinato un contrasto interpretativo con riferimento alla disciplina da applicarsi "nelle more" (nonché all'incidenza di tale pronunce sui giudizi pendenti)[26], introducendo l'art. 42bis all'interno del T.U. espropriazioni ad opera dell'art. 34, co.1, d. l. 6 luglio 2011, n.98 (finanziaria 2011), rubricato allo stesso modo dell'abrogato art. 43 ("*utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*).

All'identica rubrica, poi, si accompagna anche l'identità di funzione, e cioè quella di disciplinare e dare una veste giuridica alle occupazioni *sine titulo* perpetrate dalla P.A. nei confronti dei privati e caratterizzate dalla realizzazione di opere di interesse pubblico, nonostante la disposizione predisponga al riguardo un sistema di acquisizione sensibilmente differente da quello precedente oggetto di declaratoria di incostituzionalità.

Con riferimento alla disciplina prevista da tale norma, in estrema sintesi, si sottolinea innanzitutto che al 1° co. si riscontra la prima rilevante differenza rispetto alla disciplina previgente, e cioè l'irretroattività dell'atto con il quale si dispone l'acquisizione del bene occupato al patrimonio indisponibile della P.A.[27]: tale previsione, dunque, pone un limite alla responsabilità dell'amministrazione, motivo per cui il legislatore utilizza il concetto di "indennizzo"[28] (forma di ristoro patrimoniale derivante da un'attività lecita) piuttosto che quello di risarcimento (il quale, al contrario, scaturisce da un'attività illecita e che infatti è contemplato nel co. 3 relativamente al periodo di occupazione *sine titulo*); in secondo luogo, l'art. 42bis precisa - nell'ambito del co. 2 - che il provvedimento di acquisizione possa essere adottato anche durante la pendenza del giudizio di annullamento degli atti in virtù dei quali sia stato apposto il vincolo preordinato all'esproprio, qualora la P.A. lo ritiri, determinando di conseguenza l'improcedibilità del giudizio amministrativo; in terzo luogo, è altresì specificato che il passaggio della proprietà è sospensivamente condizionato al pagamento delle somme dovute a titolo indennitario (co. 4), nonché l'obbligo da parte della P.A. di trasmettere il provvedimento

[26] Sul punto, illuminante appare TAR Veneto, sez. I, 10 marzo 2011, n. 440, secondo cui "p*remesso che con sentenza 8 ottobre 2010 n. 293 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per eccesso di delega, dell'art. 43, d.P.R. n. 327 del 2001 disciplinante l'istituto della cd. "acquisizione sanante", va rilevato come, secondo un costante orientamento giurisprudenziale, la sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma che disciplina il potere di adozione di un atto amministrativo oggetto di ricorso giurisdizionale determina l'illegittimità derivata dell'atto stesso qualora il ricorrente abbia, attraverso uno specifico motivo di ricorso, fatto venire in rilievo la norma denunciata dinanzi al giudice delle leggi: in presenza, cioè, di uno specifico motivo di gravame riferito alla norma incostituzionale, ancorché non sia stato sollevato alcun profilo d'incostituzionalità di essa, assume, invero, rilievo il principio secondo cui il giudice deve applicare d'ufficio, nei giudizi pendenti, le pronunce di annullamento della Corte costituzionale, con conseguente possibilità di superare i limiti che derivano dalla struttura impugnatoria del processo amministrativo e dalla correlata specificità dei motivi; pertanto, laddove con l'atto introduttivo del giudizio di impugnazione del provvedimento regionale che ha disposto l'acquisizione, ai sensi dell'art. 43, d.P.R. n. 327 del 2001, di aree di proprietà privata, i ricorrenti abbiano denunciato la violazione e l'errata applicazione dell' art. 43 cit. sotto i profili - tra l'altro - della compatibilità con la giurisprudenza della Cedu e del contrasto con gli art. 42 e 117, Costituzione, dalla riferita dichiarazione d'incostituzionalità di tale norma discende l'illegittimità derivata del provvedimento impugnato, da espungersi dall'ordinamento unitamente, giusta la richiamata pronuncia della Consulta, all'art. 43 medesimo*".

[27] Tale provvedimento, così come previsto dal co. 4, deve essere inoltre "corredato" da una motivazione più ampia e specifica rispetto a quella prevista dall'art. 43, in quanto la P.A. deve esporre – a tutela degli interessi del privato – le *"attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi provati ed evidenziandone l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione*".

[28] L'indennizzo ivi previsto, si ricorda, comprende un ristoro sia per il pregiudizio patrimoniale subito dal privato, sia per non patrimoniale (quest'ultimo forfetariamente individuato nel 10% del valore venale del bene).

di acquisizione alla Corte dei Conti[29](co. 7); infine, oltre ad essere confermata (co. 7) l'applicabilità dell'art. 42bis anche per le servitù (in contrasto, quindi con la granitica giurisprudenza di legittimità che aveva escluso la possibilità di costituzione di tale diritto reale minore per effetto della condotta di asservimento illecita[30]), l'ultimo comma dello stesso articolo specifica che la disciplina ivi prevista risulta essere applicabile anche "*ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore, ed anche se vi è già stato un provvedimento di acquisizione successivamente annullato o ritirato*".

Con riferimento a tale ultima disposizione, in particolare, si osserva come la stessa costituisca un vero e proprio "antidoto" alla previsione di cui al co.1, in quanto – fermo restando l'efficacia *ex nunc* dell'acquisto - rende chiara possibilità di utilizzare il provvedimento con la portata e secondo i limiti temporali espressi nello stesso co. 8, come peraltro chiarito dalla stessa giurisprudenza amministrativa[31]: in altre parole, l'acquisto in virtù del provvedimento "sanante" è irretroattivo, ma tale provvedimento può riferirsi anche a fatti anteriori all'entrata in vigore della disposizione *de qua*, e dunque ha una portata retroattiva relativamente all'ambito di applicazione.

Da una prima analisi, potrebbe sembrare che il legislatore mediante l'art. 42bis consenta ancora una volta alla P.A., la quale intenda acquisire un'area per asservirla a scopi di pubblico interesse, di tralasciare le valutazioni inerenti alla convenienza dell'opera progettata, alla congruità o meno delle sue caratteristiche strutturali, tipologiche e topografiche, al rispetto ed alla tutela delle bellezze artistiche e naturali eventualmente esistenti, purchè l'indennizzo sia stato parificato a quello previsto per l'espropriazione ritualmente conclusa. Permane, allora, l'interrogativo se sia possibile che l'amministrazione possa recuperare le fasi procedimentali che avrebbero dovuto precedere la realizzazione dell'opera, attraverso una "sanatoria" che ammetta un'attività illecita perpetrata in danno del privato e che, secondo l'art. 42bis T.U. espropriazioni, può addirittura coprire – come già aveva fatto l'ormai espunto art. 43 – le ipotesi di occupazioni non precedute da dichiarazioni di p.u., ovvero caratterizzate da una dichiarazione di p.u. annullata *ex tunc* a causa dell'assenza dell'atto da cui sorge il vincolo preordinato all'esproprio, depurando l'illecito al punto da far nascere da tale meccanismo un acquisto di proprietà legittimo.

A giudizio di chi scrive, l'art. 42bis, in tal modo, avrebbe pericolosamente omesso di considerare che nei procedimenti disciplinati dall'intero T.U. espropriazioni la P.A. deve ispirarsi, secondo quanto sancisce l'art. 2, co.2 dello stesso T.U. (che *in parte qua* mutua i canoni di cui all'art. 2, l. 241/1990), ai principi di economicità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa: rimarrebbe, cioè, anche per l'art. 42bis il *punctum dolens* rappresentato dal potere di sanatoria che nelle intenzioni del legislatore sarebbe capace di purificare la condotta manipolativa della P.A., sia essa o meno assistita dalla dichiarazione di p.u. e che agli occhi della stessa Corte Costituzionale non sembra essere riso-

---

[29] Quest'ultimo obbligo dovrebbe comportare una maggiore "responsabilizzazione" dei funzionari pubblici che dovessero adottare tale provvedimento.

[30] La stessa giurisprudenza (cfr., *ex multiis*, Cass. civ., Sez. Un., 8065/1990; 4619/1989 e 3963/1989; 19294/2006; 14049/2008; 17570/2008; 18039/2012), infatti, aveva al riguardo più volte escluso il potere di acquisizione delle servitù di fatto dall'occupazione espropriativa, in quanto – in sintesi - ne difetterebbe la non emendabile trasformazione del suolo in una componente essenziale dell'opera pubblica

[31] Cfr., *inter alia*, TAR Sardegna, sez. II, 12 novembre 2012, n. 932: "*la disciplina sull'acquisizione sanante (nella fattispecie di cui all'art. 43, d.P.R. n. 327 del 8 giugno 2001, applicabile "*ratione temporis*", ora art. 42 bis), ha natura processuale e, pertanto, di immediata applicazione, si applica anche ai casi di occupazione "*sine titulo*" già sussistenti alla data di entrata in vigore di tale normativa*".

lutivo per riportare l'intero sistema sui binari della legalità[32].

L'equiparazione operata dall'art. 42bis concernente la presenza o meno di un decreto di esproprio o di una dichiarazione di p.u., inoltre, fa' sì che il provvedimento di acquisizione possa essere utilmente sperimentato in entrambe le ipotesi, e la relativa portata è stata esaminata e delineata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato al fine di rendere l'istituto compatibile con i principi dettati in ambito sovranazionale e nella stessa giurisprudenza della CtEDU.

In particolare, la giurisprudenza amministrativa ritiene che l'art. 42bis T.U. espropriazioni si aggiunga alle altre modalità (da essa già individuate) per adeguare la situazione di fatto a quella di diritto, ed emblematica appare sul punto la pronuncia del Consiglio di Stato del 2 settembre 2011, n. 4970, la quale ha statuito che "*la realizzazione di un'opera pubblica su di un fondo illegittimamente occupato è in sé un mero fatto non idoneo a determinare il trasferimento della proprietà; di conseguenza l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica non fa venir meno l'obbligo della P.A. di restituire al privato il bene illegittimamente appreso*" [33]. Da tale affermazione, dunque, il supremo organo di giustizia amministrativa ne ha inferito che "*in caso di occupazione "sine titulo", la realizzazione dell'opera pubblica non è di impedimento alla restituzione dell'area illegittimamente espropriata, e ciò indipendentemente dalle modalità - occupazione acquisitiva o usurpativa - di acquisizione del terreno; per tali ragioni, il proprietario del fondo illegittimamente occupato dall'amministrazione, ottenuta la declaratoria di illegittimità dell'occupazione e l'annullamento dei relativi provvedimenti, può legittimamente domandare nel giudizio di ottemperanza sia il risarcimento, sia la restituzione del fondo che la sua riduzione in pristino. La realizzazione dell'opera pubblica sul fondo illegittimamente occupato è in sé, quindi, un mero fatto, non in grado di assurgere a titolo dell'acquisto, come tale inidoneo a determinare il trasferimento della proprietà, per cui solo il formale atto di acquisizione dell'amministrazione può essere in grado di limitare il diritto alla restituzione, non potendo rinvenirsi atti estintivi (rinunziativi o abdicativi, che dir si voglia) della proprietà in altri comportamenti, fatti o contegni*".

La diretta conseguenza dell'esposta situazione è pertanto che, in caso di occupazione "*sine titulo*" di un'area e di trasformazione della stessa, "*l'amministrazione può legittimamente apprendere il bene facendo uso unicamente degli strumenti tipici del contratto, tramite l'acquisizione del consenso della controparte, o del provvedimento, e quindi anche in assenza di consenso ma tramite la riedizione del procedimento espropriativo con le sue garanzie; strumenti va altresì a cui va altresì aggiunta l'acquisizione ai sensi dell'art. 42 bis T.U.espropriazioni*"[34]. In tale pronuncia, dunque, la modalità di acquisto del bene del privato da

[32] Si ricorda (e ribadisce), al riguardo, che nella citata sentenza della Corte Costituzionale (293/2010), la Corte aveva affermato che il legislatore ben avrebbe potuto espungere del tutto dall'ordinamento la possibilità di acquisto connesso esclusivamente a fatti occupatori, garantendo la restituzione del bene al privato, in analogia con altri ordinamenti europei.

[33] In tale sentenza, peraltro, il Consiglio di Stato precisa che nei procedimenti di espropriazione per pubblica utilità, qualora l'atto impositivo del vincolo preordinato all'esproprio sia stato annullato per difetto di motivazione, è caducata l'intera procedura ablatoria e non è possibile il recupero della fattispecie attraverso il rinnovo della motivazione.

[34] Orientamento confermato anche dalle sentenze successive del Consiglio di Stato, come, *ex pluribus*, Cons. di Stato, sez. VI, 01 dicembre 2011, n. 6351 in cui si ribadisce che "*nell'attuale quadro normativo, l'Amministrazione ha l'obbligo giuridico di far venire meno l'occupazione* "sine titulo" *e cioè deve adeguare la situazione di fatto a quella di diritto. Essa o deve restituire i terreni ai titolari, demolendo quanto realizzato e disponendo la riduzione in pristino, oppure deve attivarsi perché vi sia un titolo di acquisto dell'area da parte del soggetto attuale possessore. In assenza di atti di natura ablatoria ex art. 42 bis, T.U. espropriazioni o di contratti di acquisto delle relative aree, sussiste il suo potere — dovere di disporre — con le necessarie cautele per la pubblica incolumità — la materiale rimozione, anche con l'esplosivo, delle opere che risultano senza titolo*".

parte della P.A. prevista dalla norma in esame, viene collocata quasi in posizione residuale rispetto a quelle già individuate dalla stessa giurisprudenza all'indomani della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 43 T.U. espropriazioni (e, cioè, attraverso il contratto, tramite l'acquisizione del consenso della controparte, ovvero mediante il provvedimento, e quindi anche in assenza di consenso ma tramite la riedizione del procedimento espropriativo con le sue garanzie), come d'altronde osservato anche dalla stessa dottrina[35], la quale, peraltro, non ha neppure mancato di sottolineare come in tali casi si manifesti tutta la delicatezza della scelta discrezionale rimessa all'amministrazione (che dovrà adeguatamente motivare circa l'insussistenza delle ragioni che consentano l'adozione del provvedimento acquisitivo, con tutte le responsabilità che ne conseguono anche per il pubblico funzionario[36]).
Tuttavia, la prospettiva appena esposta, e che fa emergere in modo significativo l'ampia discrezionalità rimessa all'amministrazione, non sembra essere condivisa in alcun modo dalla giurisprudenza di legittimità[37] (ma anche dalla stessa Corte Costituzionale, stando al tenore della sentenza 293/2010), la quale non ritiene per tale via interpretativa risolti i problemi di "legalità" ripetutamente evidenziati dalla CtEDU per il solo fatto che il proprietario, illecitamente defraudato, goda del valore venale del bene occupato.
Sotto il profilo strettamente indennitario - risarcitorio, inoltre, si osserva, in primo luogo, una possibile aporia nella disciplina congegnata dal legislatore, in quanto la qualifica in termini di indennizzo – utilizzata per qualificare tanto il ristoro del pregiudizio correlato alla perdita di proprietà, quanto per specificare il pregiudizio non patrimoniale - sembra spiazzare le intenzioni stesse del legislatore, apparendo quanto

[35] G. Cocozza, *L'art. 42bis del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327: la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1438*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, Giuffrè, Milano, 1/2012, 21.

[36] Al riguardo, significativa appare essere Cons. di Stato, sez. IV, 16 marzo 2012, n. 1514, in cui si afferma che "*l'irreversibile trasformazione delle aree illecitamente occupate non accompagnata dal provvedimento di acquisizione ex art. 42bis T.U. espropriazioni non determina la perdita della proprietà, sicchè non può darsi luogo a risarcimento. Né può darsi luogo a restituzione del bene poiché il vincolo del giudicato elliderebbe irrimediabilmente il potere di acquisizione sanante dell'amministrazione*". Pertanto, il giudice amministrativo può soltanto accogliere una domanda di condanna dell'amministrazione a provvedere ai sensi dell'art. 42 bis, "*restando impregiudicata la scelta discrezionale dell'amministrazione tra acquisizione sanante, unitamente al ristoro per la perdita della proprietà e per il periodo di occupazione illegittima, e restituzione, unitamente al solo ristoro per il periodo di occupazione illegittima*".

[37] Cass. civ., Sez. Un., 31 maggio 2011, n.11963, la quale ha statuito che "*l'occupazione appropriativa per fini di pubblica utilità non seguita da espropriazione determina, comunque, l'acquisto della proprietà, in capo alla P.A., dell'area occupata al momento della sua irreversibile trasformazione e nei limiti della parte trasformata; tuttavia - analogamente a quanto previsto dalla normativa in tema di retrocessione dei beni espropriati - ove risulti che l'opera programmata non sia stata completata e sia provato che è sopravvenuto un difetto di interesse della p.a. nel perseguimento dell'obiettivo originariamente considerato come meritevole di soddisfacimento, può essere accolta la domanda del privato volta alla restituzione dei beni occupati, in tal modo realizzandosi la reintegrazione in forma specifica del pregiudizio subito, alla luce della previsione di cui all'art. 2058 c.c.*"; e con particolare riferimento a tale ultima forma di risarcimento ha chiarito che "*se la P.A. non ha più interesse alla realizzazione dell'opera pubblica programmata, il privato ha diritto alla restituzione del terreno oggetto della procedura espropriativa. Il diritto alla restituzione del terreno oggetto di una procedura espropriativa può essere negato al soggetto privato quando, oltre all'accertata irreversibilità della trasformazione delle aree occupate, risulti la permanenza e l'attualità dell'interesse della p.a. alla realizzazione e alla utilizzazione delle opere programmate. Viceversa, nel caso in cui le condizioni di fatto riscontrate depongano nel senso di un sopraggiunto difetto di interesse della p.a. a perseguire l'obiettivo originariamente considerato meritevole di soddisfacimento, non vi è alcun motivo ostativo all'accoglimento della domanda di restituzione del terreno occupato a seguito di dichiarazione di pubblica utilità, domanda basata sulla richiesta di applicazione delle disposizioni vigenti in tema di risarcimento del danno (art. 2058 c.c.)*".

mai strano che l'indennizzo forfetariamente determinato sia stato previsto per l'atto di acquisizione sanante e non per le ipotesi d'illecito non definite attraverso l'adozione di tale atto, rispetto alle quali si avverte l'esistenza di un maggiore turbamento a carico del proprietario illecitamente privato della proprietà o del solo godimento dell'immobile: in altre parole, l'introduzione di un indennizzo per pregiudizio non patrimoniale relativo alle sole ipotesi contemplate dall'art. 42bis – e non anche per le altre fattispecie di ablazione illecita – non sembra radicarsi su ragioni capaci di resistere ad un vaglio di ragionevolezza, se si considera la genesi dell'art. 42bis ed i nessi di collegamento che vengono a costituirsi tra condotte lecite ed illecite di apprensione del bene alla mano pubblica[38].

In secondo luogo, il legislatore cerca di apprestare un livello più alto di tutela nei confronti del diritto di proprietà, prevedendo il risarcimento anche del danno non patrimoniale in un sistema approntato alla tipicità dello stesso ai sensi dell'art. 2059 c.c.: è quest'ultimo, infatti, il vero punto dirimente ai fini del riconoscimento del danno non patrimoniale per lesione del diritto di proprietà, in quanto è da ritenersi ammissibile nella misura in cui tale diritto costituzionalmente tutelato possa essere qualificato come fondamentale ed inerente alla persona. Al riguardo, l'opinione che per diverso tempo ha dominato nell'ambito della dottrina italiana[39] ha ritenuto che la proprietà non è da considerarsi quale diritto fondamentale della persona in virtù proprio dell'introduzione del limite della funzione sociale *ex* art. 42 Cost., opinione che sembrerebbe confermata dalla stessa collocazione sistematica di tale disposizione costituzionale nell'ambito del titolo III che regola i rapporti economici. Tuttavia, in un'ottica che deve oggi guardare necessariamente al di là dei confini nazionali, e ad una più attenta analisi dell'istituto e della relativa disciplina nel suo complesso, si coglie in realtà come non sia riscontrabile una vera rottura tra diritto dominicale e persona umana, ma, piuttosto, un loro avvicinamento.

Invero, già dalla lettura dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente emerge uno stretto connubio tra persona umana, libertà e proprietà, laddove si afferma che [40] "*la proprietà privata, frutto di lavoro e risparmio, viene riconosciuta al fine di garantire la libertà e lo sviluppo della persona e della sua famiglia*". Pertanto, lo stesso legislatore sembra ora voler riconsiderare tale diritto alla stregua di un vero e proprio diritto fondamentale della persona (avvicinandone così – si ribadisce - la relativa concezione all'interno del nostro ordinamento a quella esistente in ambito comunitario), "*anche a costo di far passare in secondo piano il perseguimento della funzionale sociale di cui all'art. 42 Cost.*" (secondo quanto espressamente affermato da Trib. Sup. Acque Pubbliche, 14 marzo 2012, n.44), qualificazione giuridica che perciò rende perfettamente ammissibi-

[38] Tuttavia, è comunque opportuno segnalare che la giurisprudenza amministrativa ha cercato di superare l'esposta contraddizione in via interpretativa, come desumibile da Cons. di Stato, sez. IV, 2 novembre 2011, n. 5844, il quale ha asserito che "*in sede di risarcimento dei danni da occupazione, devono essere valutati "i danni morali" richiesti dall'appellante sulla base del nuovo art. 42-bis del T.U. Espropriazione n. 327/2001, introdotto dall'art. 34, D.L. 6 luglio 2011, n. 98, il quale, reintroducendo l'istituto dell'acquisizione sanante, prevede anche che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, anche con riferimento ai fatti antecedenti (comma 8 del predetto art. 42-bis)*". In tale pronunzia, si coglie in modo chiaro il tentativo di razionalizzare il contenuto dispositivo dell'art. 42bis T.U. espropriazioni, estendendone la portata (almeno in punto di danno non patrimoniale) a vicende ulteriori rispetto a quelle ivi disciplinate, in definitiva confermando che proprio da tale disposizione è possibile muovere per una ricostruzione complessiva del danno non patrimoniale da lesione della proprietà senza che occorra rivolgersi al giudice costituzionale ovvero attendere ulteriori interventi da parte del legislatore.

[39] Cfr., in particolare, M. Baldassarre, *Proprietà*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXV, Treccani, Roma, 2010, 10.

[40] Relazione finale dei lavori della 1° sottocommissione.

le e risarcibile il danno non patrimoniale derivante dalla sua lesione.
Infine, sotto il profilo delle conseguenze relative al riparto di giurisdizione, qualora l'amministrazione emani il provvedimento ex art. 42 bis d.P.R. n. 327 del 2001, deve ritenersi improcedibile la domanda risarcitoria originariamente proposta dal privato illegittimamente espropriato: ciò perché la successiva emanazione del provvedimento di acquisizione, ai sensi dell'art. 42 bis, comporta - con effetti *ex tunc* - il mutamento del titolo della pretesa che possono avanzare gli interessati, sicché a questi spetta soltanto un indennizzo per la perdita del diritto di proprietà, in ordine al quale non sussiste la giurisdizione esclusiva del G.A. (come previsto dall'art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a.).
Con particolare riferimento a quest'ultima considerazione deve poi rilevarsi che, secondo una diversa prospettiva, l'emanazione di un provvedimento di acquisizione ai sensi dell'art. 42 bis comporta un mutamento (disposto dalla legge) della *causa petendi* della pretesa, riferibile non più ad un fatto illecito del soggetto occupante, ma alla corresponsione dell'indennizzo a fronte del provvedimento che - adeguando la situazione di fatto a quella di diritto - ha qualificato il possessore (ossia la P.A.) come titolare del diritto di proprietà. Ulteriore corollario di tale ragionamento, quindi, è che il provvedimento di acquisizione sanante emanato ai sensi della stessa norma, consentita dallo *ius superveniens*, determina l'improcedibilità sia della domanda di restituzione dell'area, sia di quella di risarcimento dei danni avanzate dal proprietario di un'area illegittimamente occupata dall'amministrazione nell'ambito di una procedura espropriativa, in quanto, sulla base del provvedimento di acquisizione sanante emesso, la P.A. ha ormai acquisito il diritto di proprietà dell'area di cui già aveva il possesso.
Alla luce della esposta ricostruzione dogmatico-giuridica, lo stesso Consiglio di Stato, in una nota pronuncia[41], ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 42bis T.U. sulla base di alcune fondamentali considerazioni: i giudici di Palazzo Spada, infatti, hanno innanzitutto ritenuto che l'art. 42bis risulterebbe conforme alle disposizioni della CEDU e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (che ha più volte condannato la Repubblica Italiana proprio perché i giudici nazionali avevano riscontrato la perdita della proprietà in assenza di un provvedimento motivato, previsto da una specifica previsione di legge), oltre alla circostanza che successivamente alla sentenza del 12 gennaio 2006 della sezione III della CEDU (la quale aveva incidentalmente formulato critiche all'art. 43 del testo unico in occasione di una condanna riguardante una occupazione *sine titulo*), la Corte di Strasburgo non si è pronunciata più in senso critico nei confronti dell'istituto originariamente disciplinato dal medesimo art. 43; inoltre perché il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa – come già precedentemente accennato[42] – aveva manifestato il proprio "*welcoming*" per le disposizioni contenute nell'art. 43, col compiacimento in sede europea per l'elaborazione di un istituto che aveva consentito una "legale via d'uscita" nei casi in cui fosse riscontrabile un'opera pubblica in assenza del valido ed efficace decreto di esproprio; infine, perché il provvedimento ora disciplinato dall'art. 42bis comporta la spettanza - al soggetto che perde il diritto di proprietà - di un importo a titolo di indennizzo, nella misura superiore del 10% rispetto a quanto avrebbe avuto diritto ad ottenere a titolo di risarcimento del danno.
Nonostante tali osservazioni e pronunce giurisprudenziali, però, permangono le perplessità circa la compatibilità di una disciplina siffatta - per quanto corretta e riveduta - con la nostra Carta Costituzionale (soprattutto in relazione

[41] Consiglio di Stato, sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1438.
[42] Cfr. nota 17.

all'art. 117 Cost. con riferimento ai principi CEDU, così come interpretati dalla CtEDU), anche perchè le prese di posizione della giurisprudenza amministrativa non sono state condivise da quella di legittimità, la quale ha esplicitato tutti i suoi dubbi relativamente alla compatibilità di tale norma con i principi – sovranazionali e costituzionali - di ragionevolezza, uguaglianza, difesa, tutela della proprietà e di legalità dell'azione amministrativa, mediante una recentissima ordinanza di rimessione (la già citata Cass. civ., Sez. Un., ord. 14 gennaio 2014, n. 441) con cui ha nuovamente investito della questione la Corte Costituzionale.

4. Art. 42bis T.U. espropriazioni e principi costituzionali: l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale (Cass. civ., Sez. Un., ord. 14 gennaio 2014, n. 441)

L'ordinanza di rimessione in esame è frutto di un ricorso respinto dal Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche con sentenza del 14 marzo 2012, che aveva ribadito e chiarito gli argomenti principali che sino ad allora erano stati addotti dalla giurisprudenza per dichiarare la manifesta infondatezza delle questioni di illegittimità costituzionale dell'art. 42bis T.U. espropriazioni in relazione all'art. 42 Cost.. In particolare, il Tribunale aveva precisato che l'istituto dell'acquisizione sanante contemplerebbe – per un verso - un procedimento espropriativo semplificato, in cui vi è contestualità tra la valutazione della pubblica utilità (in comparazione con gli interessi del privato) ed il provvedimento espropriativo in senso proprio (oltre ad offrire al privato un ristoro economico più vantaggioso in quanto comprendente anche il ristoro del pregiudizio non patrimoniale); e – per altro verso – risulterebbe essere conforme al principio di legalità di cui all'art 1, Primo Protocollo addizionale CEDU, posto che non solo risponde ad esigenze di interesse pubblico e di tutela del diritto di proprietà rispetto al potere ablatorio della P.A., ma introdurrebbe nella materia un assetto chiaro, preciso e prevedibile, restando invece la tutela restitutoria rimessa al potere discrezionale del legislatore.

Tuttavia, da tale pronuncia, ne è scaturito un ricorso in relazione al quale i giudici di legittimità, con una corposa ordinanza, hanno deciso di far venire alla luce tutti i possibili punti di frizione tra la disciplina dell'acquisizione sanante e diversi parametri costituzionali, e segnatamente gli artt. 3, 24, 42, 97 Cost., nonché gli artt. 111 e 117, co.1 Cost. in relazione agli artt. 6 CEDU e 1, Primo Protocollo addizionale CEDU:

Innanzitutto, osserva la Corte, la questione è rilevante perché l'entrata in vigore dell'art. 42bis T.U. espropriazioni ha determinato una tutela "dimezzata" per i ricorrenti, i quali prima della sua entrata in vigore potevano avvalersi di una tutela reale e dunque finalizzata alla restituzione dei terreni illegittimamente occupati dalla P.A. (oltre al risarcimento del danno) in virtù del combinato disposto degli artt. 2043 e 2058 c.c..

In secondo luogo, quale punto di partenza per analizzare la rilevanza delle questioni sollevate, i giudici procedono all'analisi dell'art. 42bis e pongono come riferimento alcune statuizioni espresse dalla Corte Cost. nella sentenza 293/2010 - considerata in ogni caso fondamentale ai fini della valutazione della legittimità costituzionale di tale disciplina - ed in particolare l'osservazione della Corte Cost. relativamente all'abrogato art. 43 T.U. espropriazioni, in cui si affermava che il nuovo istituto "*prevede un generalizzato potere di sanatoria, attribuito alla stessa amministrazione che ha commesso l'illecito, (anche) a dispetto di un giudicato che dispone il ristoro in forma specifica del diritto di proprietà violato*", oltre al fatto che la norma "*neppure è coerente con quegli orientamenti di giurisprudenza che, in via interpretativa, erano riusciti a porre un certo rimedio ad alcune gravi patologie emerse nel corso dei procedimenti espropriativi*".

Sulla base di tale premesse dogmatico-metodologiche, dunque, la Cassazione rileva in primo luogo una possibile violazione dell'art. 3 Cost., introducendo la norma in esame un trattamento "privilegiato" per la P.A., la quale, mediante il ricorso ad una manifestazione di volontà unilaterale, può mutare il titolo e l'ambito della responsabilità anche successivamente all'evento dannoso prodotto nella sfera giuridica altrui: la lesione ingiusta di un diritto soggettivo, perciò, muta natura e diviene "giusta" per effetto dell'autotutela amministrativa, a cui invece non dovrebbe essere consentito di "*eliminare* ex post *le conseguenze e le obbligazioni restitutorie e risarcitorie ad esse correlate*", come peraltro ampiamente confermato e ribadito dalla stessa giurisprudenza comunitaria[43] e della CtEDU[44].

In altre parole, l'amministrazione non può in alcun modo giovarsi della situazione di illiceità da essa stessa determinata, e pertanto l'art. 42bis, sottraendo al proprietario l'intera "gamma" delle azioni di cui disponeva il privato a tutela del diritto dominicale prima della sua entrata in vigore, ha determinato la assoluta preponderanza del soggetto pubblicistico – solo in virtù di tale "qualifica" –, ed in considerazione degli scopi pubblicistici perseguiti dall'amministrazione ha trasferito la citata "gamma" di azioni a tutela della proprietà dalla "vittima dell'ingerenza" (il privato) all'autore del fatto illecito (la P.A.), attraverso la sostanziale introduzione del provvedimento di acquisizione emesso dalla stessa amministrazione, ormai assurto a "*nuovo modo di acquisto della proprietà privata*", il quale, in virtù del combinato disposto dei commi 1 e 8 dell'art. 42bis T.U. espropriazioni, determina un acquisto non retroattivo ma che può riferirsi anche a fatti ed attività precedenti all'entrata in vigore dello stesso art. 42bis, e, dunque, con un'efficacia sanante retroattiva determinata da scelte discrezionali della P.A.[45].

Ancora maggiori, poi, sono i dubbi sollevati dalla Suprema Corte con riferimento all'art. 42 Cost, commi 2 e 3 a tutela della proprietà privata, e segnatamente in relazione al fondamentale presupposto della ricorrenza dei "motivi di interesse generale"per procedere al trasferimento coattivo di un immobile mediante espropriazione, i quali trovano riscontro anche nel citato art. 1 del Primo Protocollo addizionale CEDU per cui l'ingerenza nella proprietà privata può essere attuata soltanto per causa di pubblica utilità. I "motivi di interesse generale", dunque, costituiscono il fondamentale ed ineludibile parametro costituzionale che giustifica l'esercizio del potere ablatorio, legittimo purchè sia stabilito dalla legge e frutto di un procedimento predeterminato, autonomo e strumentale rispetto all'espropriazione effettiva, in cui il privato sia coinvolto per illustrare le proprie ragioni, le quali, a loro volta, dovranno essere oggetto di valutazione ed analisi comparativa con gli inte-

[43] Cfr, *inter alia*, Corte Giust. UE, 10 novembre 2011, C 405/10.

[44] *Ex multiis*, CEDU, I, 13 ottobre 2005, Serrao; CEDU, Grande Chambre, 4 gennaio 2010, Guiso.

[45] A tal riguardo, si ritiene opportuno sottolineare altresì che la Suprema Corte ha evidenziato un ulteriore profilo di criticità in tale ambito, e cioè il mancato rispetto dell'art. 13 della legge fondamentale 2359 del 1865, il quale pone quattro termini che debbono scandire l'inizio e la fine dell'espropriazione e dei lavori strumentali alla stessa, e che ha assunto rilevanza costituzionale (in seguito all'entrata in vigore dalla Carta Costituzionale), perché norma posta a tutela dei "motivi di interesse generale" di cui all'art. 42, co.3, Cost., nonché a garanzia del buon andamento dell'imparzialità dell'attività della P.A di cui all'art. 97, co.2, Cost..: ebbene, osservano i giudici di legittimità, nella diversa prospettiva dell'acquisizione coattiva anche la *ratio* e le garanzie predisposte dal citato art. 13 non trovano spazio, "*accentuando quindi i seri dubbi di contrasto con l'art. 3 Cost. avanti manifestati, per il regime discriminatorio provocato tra il procedimento ordinario in cui l'esposizione è temporalmente limitata all'efficacia della dichiarazione di p.u., e quello sanante in cui il bene privato detenuto* sine titulo *è sottoposto in perpetuo al sacrificio dell'espropriazione*".

ressi pubblicistici sottesi all'esercizio del potere espropriativo in sede di motivazione del provvedimento finale.

Tuttavia, osservano le Sezioni Unite, "*l'art. 42bis, prescindendo dalla dichiarazione di p.u., autorizza l'espropriazione sostanziale in assenza di una predeterminazione dei motivi di interesse generale che dovrebbero giustificare il sacrificio del diritto di proprietà […]; e ne consente l'acquisizione ance laddove tale procedura sia stata violata o totalmente omessa, in questo modo trasformando il rispetto del procedimento tipizzato dalla legge in una mera facoltà dall'amministrazione*", relegando di conseguenza la dichiarazione di p.u. a momento procedimentale eventuale, la cui assenza può essere superata dal provvedimento di acquisizione che ne elimina in radice la necessarietà.

Inoltre, riferendosi ai più stringenti obblighi motivazionali previsti dall'art. 42bis ai fini dell'emanazione del provvedimento di acquisizione, la Cassazione ritiene che non siano sufficienti per soddisfare i "motivi di interesse generale" di cui al co. 3 dell'art. 42 Cost., in quanto permane un'ampissima discrezionalità della P.A. "*tanto che non viene descritto alcun parametro, neppure vaghissimo, al quale una siffatta valutazione debba essere ancorata*".

Ulteriore profili di rilevante criticità – addirittura definiti "insuperabili e non risolvibili in via ermeneutica" dalle stesse Sezioni Unite – sono riscontrati con riferimento all'art. 117 Cost in relazione alle norme CEDU.

In realtà, qui la Cassazione non fa altro che riprendere le diverse e profonde critiche al riguardo già formulate da dottrina e giurisprudenza nel corso degli anni ma purtroppo non esaminate da Corte Cost. 293/2010, come peraltro già esposto in precedenza.

Il *punctum dolens*, dunque, è che ad un privato si non può sottrarre la proprietà per scopi pubblicistici se non in virtù di un legittimo e formale provvedimento che ne disponga l'acquisizione al patrimonio pubblico e che debba trovare giustificazione non più in una prassi fattuale o giurisprudenziale, ma in una previsione che non costituisca una mera base legale per eludere il rispetto del principio di legalità. In tale ottica, dunque, il ripristino della legalità mediante un provvedimento postumo con pretesi effetti sananti non risulta essere sufficiente ai fini del ripristino della legalità, in quanto la CtEDU non riconosce comunque effetti traslativi all'occupazione e successiva modifica meramente fattuale di un terreno, senza che contestualmente vi sia un atto formale che dichiari il trasferimento della proprietà dal privato alla P.A.. Tale modalità di acquisto della proprietà – definita dalla Cassazione, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, "*legalizzazione dell'illegale*" – non è perciò consentita neppure ad una norma di legge con la quale si cerchi di "legalizzare", appunto, la prassi in esame, mediante un provvedimento amministrativo di essa attuativo, quale è quello che dispone l'acquisizione sanante[46].

Infatti, con tale regime giuridico verrebbero meno i connotati caratteristici della legalità, e cioè una normativa che si distingua per essere accessibile, precisa e – soprattutto – prevedibile, parametri fondamentali ed imprescindibili per garantire la certezza del diritto.

In applicazione di tale principio, in diverse occasioni la CtEDU, pur non escludendo che in ambito civilistico possa esservi una nuova normativa con efficacia retroattiva, ha limitato l'applicazione dello *ius superveniens* in causa solo in presenza di motivi di interesse generale, riscontrandosi in ogni altro caso la violazione del principio di legalità nonché del diritto ad un processo equo, in quanto il potere legislativo può altrimenti influire sui giudizi in corso mediante l'introduzione di nuove normative: si fornirebbe – sempre secondo la Cassazione – una scappatoia dalle situazioni di illegalità ve-

[46] Di fondamentale importanza, sul punto, è anche l'opinione espressa in merito dalla Corte Cost. nella sentenza 293/2010, per cui cfr. nota 25.

nutesi a verificare nel corso degli anni, come peraltro accaduto proprio con l'art. 43 T.U. espropriazioni - prima - e con l'art. 42bis – poi -. Secondo tale ottica interpretativa, allora, conseguirebbe anche una dubbia compatibilità della disposizione *de qua* con gli artt. 24 e 111 Cost., e cioè con i principi – rispettivamente – di difesa e del giusto processo, posto che con tale *modus procedendi* il legislatore impedirebbe al privato di esercitare il proprio diritto alla difesa in giudizio secondo quanto previsto dalla Costituzione e, conseguentemente, non sarebbe neppure garantita la parità delle parti dinanzi al giudice, in considerazione dell'"intromissione" del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia al fine di incidere su una circoscritta e determinata categoria di controversie.

Infine, le Sezioni Unite manifestano delle perplessità anche con riguardo al meccanismo dell'indennizzo predisposto dall'art. 42bis, co.3 del T.U. espropriazioni, ed in particolare la sua compatibilità con il principio della ragionevolezza intrinseca, e dunque con l'art. 3 Cost.. La Corte, infatti, in via preliminare sottolinea la differenza tra indennizzo – obbligazione *ex lege* per atto legittimo – il quale costituisce il punto di equilibrio tra interesse pubblico alla realizzazione dell'opera ed interesse privato alla conservazione del bene; e risarcimento – obbligazione *ex delicto* – che realizza il diverso equilibrio tra l'interesse pubblico al mantenimento dell'opera già realizzata e la reazione dell'ordinamento a tutela della legalità violata per effetto della manipolazione – distruzione illecita del bene privato. Da tale fondamentale considerazione, contenuta in una nota sentenza della Consulta[47], ne consegue che i due concetti (indennizzo-risarcimento) non possono essere equiparati in quanto afferenti a situazioni sostanzialmente e giuridicamente differenti. E tale "parificazione", secondo la Corte di Cassazione, è rinvenibile proprio nella disciplina *de qua*, la quale si è limitata "*a trasformare il precedente regime risarcitorio in un indennizzo derivante da atto lecito, che di conseguenza assume natura di debito di valuta, non automaticamente soggetto alla rivalutazione monetaria (art. 1224, co. 2, c.c.)*". E ciò diversamente dal risarcimento derivante da espropriazioni ovvero da occupazioni illegittime, le quali costituendo crediti di valore sono soggetti a tale rivalutazione, da calcolarsi avendo come riferimento il momento della pronuncia del giudice: in questo modo, concludono le Sezioni Unite, l'espropriante (e cioè la P.A.) è ulteriormente avvantaggiato - senza un ragionevole motivo – nell'ambito di una espropriazione/occupazione illegittima, in contrasto con i principi di buona e corretta amministrazione.

[47] In particolare, Corte Cost., 17 ottobre 1996 n. 269, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, co. 65, l. 549/1995, che aveva equiparato l'entità del risarcimento del danno derivante occupazione acquisitiva a quella dell'indennizzo espropriativo.

5. Conclusioni

In conclusione, si rileva che l'ordinanza in commento, superando le resistenze che si erano manifestate al riguardo nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, ha deciso di rimettere la questione di costituzionalità dinanzi alla Corte Costituzionale per avere finalmente una chiara presa di posizione da parte del giudice delle leggi che vada al di là di mere indicazioni, pronunce formali, *obiter dicta*. E per farlo, ha deciso, in primo luogo, di far emergere tutte le criticità emerse con riferimento a tale disciplina e sottolineate nel corso del tempo sia dalla dottrina, sia dalla giurisprudenza (con gli argomenti e le osservazioni descritte ed evidenziate in precedenza); nonché, in secondo luogo, sottolineando come tali criticità non siano superabili in via interpretativa, almeno non senza ricorrere ad inevitabili forzature della disciplina che finirebbero per svilirne *ratio* e finalità. In tal modo, si spera che finalmente si riesca a superare l'equivoco di fondo relativa all'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico, e cioè la possibilità

di "sanare" in via legislativa ed *ex post* un illecito da parte della P.A. perpetrato nei confronti dei privati: rimane, cioè, la sensazione che l'art. 42bis T.U. espropriazioni, più che recidere il fenomeno delle occupazioni illecite, abbia previsto un meccanismo destinato a sanarle. Non sembra allora revocabile in dubbio come l'intervento giudiziario, comunque chiamato ad operare in caso di assenza di provvedimento *ex* art. 42bis citato, dovrebbe offrire al proprietario quelle nicchie di tutela sottolineate dalla giurisprudenza interna a più riprese anche sulla scia di quella comunitaria e della CtEDU, in particolare con riferimento a quelle condotte totalmente sganciate ed avulse da una procedura ablatoria, rispetto alle quali sempre più sentita è l'esigenza di garantire al proprietario illegittimamente spogliato una tutela che gli consenta di ottenere alternativamente il risarcimento del valore pieno della proprietà ovvero la restituzione della stessa.