

L'Utilizzazione senza titolo di un bene per scopo di interesse pubblico torna davanti alla Corte Costituzionale.

di Giuseppe Arrabito

SOMMARIO: 1. Il caso. 2. La normativa di riferimento e il procedimento di espropriazione. 3. L'espunzione dell'art. 43 DPR 327/2001. 4. L'art. 42 bis introdotto dalla L. 111/2011. 5. L'ordinanza delle SSUU della Suprema Corte di Cassazione n. 442/2014.

1. Il caso.

La controversia che dà origine al procedimento di regolamento di giurisdizione innanzi alla Corte di Cassazione, nell'ambito del quale viene sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 42 bis TU Espropriazione, vede contrapposti un proprietario di alcuni fondi ed il Comune di Porto Cesareo.

Precisamente, il privato ricorre al TAR Puglia domandando la condanna della PA alla restituzione di alcuni terreni di sua proprietà che erano stati occupati senza titolo da detta amministrazione, la quale li aveva destinati alla realizzazione di strade, parchi e parcheggio, senza realizzare, tuttavia, gli interventi programmati.

Con sentenza del giugno 2010, il Tribunale Amministrativo ordina al Comune l'adozione del provvedimento acquisitivo delle aree, ai sensi dell'allora vigente art. 43, del DPR 8 giugno 2001, n. 327, dichiarato costituzionalmente illegittimo, con sentenza della Corte Costituzionale n. 293/2010.

In virtù dell'espunzione della norma appena richiamata dall'ordinamento giuridico, il proprietario adisce nuovamente il TAR Puglia per ottenere la restituzione dei terreni ed il risarcimento del danno. Nelle more di questo procedimento, però, il legislatore (L. 111/2011, recante disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria) introduce nella disciplina espropriativa la figura dell'*Utilizzazione senza titolo di un bene per scopo di interesse pubblico* (art. 42 bis

TU Espropriazione). Così, il Comune dispone l'acquisizione dei terreni al suo patrimonio e liquida al proprietario l'indennizzo, determinato ai sensi della norma appena richiamata. Tale provvedimento è contestato dal ricorrente, il quale, proponendo regolamento di giurisdizione, chiede alla Cassazione che la stessa sia attribuita al giudice ordinario. Tuttavia, a parere della Suprema Corte, la nuova "acquisizione sanante", introdotta dall'art. 42-bis, pone dubbi di costituzionalità, per contrasto con gli artt. 3, 24, 42 e 97 Cost. e per incompatibilità con la CEDU, alla luce dell'art. 6 e dell'art. 1 del 1° Prot. Add. della Convenzione stessa.

2. La normativa di riferimento e il procedimento di espropriazione.

Preliminarmente è opportuno considerare che quando si parla di espropriazione, si può aver riguardo a differenti procedimenti.

In questa sede, si farà riferimento all'espropriazione urbanistica, così come disciplinata dal DPR 327/2001.

Secondo autorevole dottrina¹, "l'espropriazione per pubblica utilità è il provvedimento con cui l'autorità, seguendo un procedimento disciplinato dalla legge, acquisisce beni di proprietà privata per motivi di pubblico interesse, previa corresponsione di un equo indennizzo."

Le disposizioni generali di questo istituto possono esser rinvenute nella Carta Fondamentale, nell'ordinamento internazionale e nella legislazione ordinaria.

La Costituzione valorizza l'aspetto economico della proprietà, enunciando all'art. 42, commi 2 e 3, il principio secondo cui "la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale." In

¹ Boncompagni M.R., Tangari C., in Garofoli R., Ferrari G., Manuale di diritto amministrativo, Nel Diritto editore, 2009, p. 1035.

particolare, da quest'ultima disposizione si può evincere l'operatività dei principi di riserva di legge, di necessità dell'indennizzo e di quello di necessaria soddisfazione delle ragioni di pubblica utilità. A conforto di quest'ultimo, il CC dispone, all'art. 834, che "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 una giusta indennità."

Il primo Protocollo Addizionale della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, all'art. 1, dispone che "ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende."

La Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nel celebre caso *Scordino vs Italia*², nell'elaborazione del principio di diritto secondo cui, in materia di quantificazione dell'indennizzo a fronte di attività ablatorie delle PA, l'ammontare dello stesso deve essere ragionevole, ha affermato che un atto amministrativo che incide sul diritto di proprietà deve realizzare in ogni caso il giusto equilibrio fra l'interesse generale e l'interesse alla salvaguardia dei diritti fondamentali.

Peraltro, la dimensione della proprietà come diritto dell'individuo è ancor più espressamente rappresentata dall'art. 17 della Carta di Nizza, per il quale "ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità." La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, soggiunge, nel secondo periodo, che nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo

² Causa *Scordino vs Italia*, Sentenza Corte EDU 29 marzo 2006, n. 36813, in DeJure.it.

utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale.

Nella legislazione ordinaria, il TU in materia di Espropriazione è la fonte di riferimento. Il DPR 327/2001 detta la disciplina della procedura espropriativa, anche a favore di privati, dei beni immobili o di diritti relativi ad immobili per l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità.

I procedimenti previsti dal suddetto TU si ispirano ai principi generali dell'azione amministrativa (economicità, efficacia, efficienza, pubblicità e di semplificazione dell'azione amministrativa) e assegnano notevole centralità al principio di legalità, tanto è vero che "l'espropriazione dei beni immobili o di diritti relativi ad immobili (...) può essere disposta nei soli casi previsti dalle leggi e dai regolamenti".

L'art. 8 chiarisce come il decreto di esproprio possa essere emanato solo al ricorrere di *steps* imprescindibili. In primis, l'opera da realizzare deve essere prevista nello strumento urbanistico generale, o in un atto di natura ed efficacia equivalente, e sul bene da espropriare deve essere stato apposto il vincolo preordinato all'esproprio. In secondo luogo, è necessaria la dichiarazione di pubblica utilità. Infine, deve essere stata determinata, anche se in via provvisoria, l'indennità di esproprio.

Un bene è sottoposto al vincolo espropriativo quando diventa efficace l'atto di approvazione del piano urbanistico generale, ovvero una sua variante, che prevede la realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità. Il vincolo preordinato all'esproprio ha la durata di cinque anni. Il provvedimento che comporta la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera può essere adottato entro tale termine, superato il quale, il vincolo espropriativo decade, consentendo ai destinatari di quest'ultimo un godimento fortemente limitato del proprio diritto di proprietà, secondo quanto disposto dall'articolo 9 del testo unico in materia

edilizia³, sempre che il vincolo preordinato all'esproprio, dopo la sua decadenza, non sia motivatamente reiterato.

Una volta divenuta efficace la dichiarazione di pubblica utilità, entro i successivi trenta giorni, il promotore dell'espropriazione compila l'elenco dei beni da espropriare, indicando le somme che offre per le loro espropriazioni e notificando l'elenco a ciascun proprietario, nella parte che lo riguarda. Gli interessati nei successivi trenta giorni possono presentare osservazioni scritte e depositare documenti.

Tale fase sub-procedimentale, che implica un contraddittorio tra le parti interessate, può condurre alla cessione volontaria del bene.

Il decreto di esproprio, così come previsto dall'art. 23, è emanato entro il termine di scadenza dell'efficacia della dichiarazione di pubblica utilità; indica quale sia l'indennità determinata in via provvisoria o urgente e precisa se essa sia stata accettata dal proprietario o successivamente corrisposta, ovvero se essa sia stata depositata presso la Cassa Depositi e Prestiti; 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; è notificato al proprietario nelle forme degli atti processuali civili, con un avviso contenente l'indicazione del luogo, del giorno e dell'ora in cui è prevista l'esecuzione del decreto di espropriazione, almeno sette giorni prima di essa; è eseguito mediante l'immissione in possesso del beneficiario dell'esproprio, con la redazione di apposito verbale.

³ Sull'applicazione dei c.d. *standard ope legis*, si veda *Diritto Urbanistico, Organizzazione e rapporti*. Paolo Urbani e Stefano Civitarese Matteucci, Giappichelli Editore, Torino 2004, pagine 85 e ss. e 286 e ss.

3. L'espunzione dell'art. 43 DPR 327/2001.

L'articolo 43 TU 327/2001, prima di esser dichiarato incostituzionale, stabiliva che *“Valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità,”* poteva *“disporre che esso fosse acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario venissero risarciti i danni.”* Con questa norma veniva così disciplinata la figura dell'acquisizione sanante.

Tale istituto è nato al fine precipuo di adeguare l'ordinamento interno alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, così da consentire l'affermazione del principio di legalità in rapporto a situazioni di illegalità venutesi a determinare nella prassi.

Tuttavia l'espressa previsione di uno strumento di legittima acquisizione del bene privato in mano pubblica non ha stemperato le perplessità dei giudici della Corte di Strasburgo, che hanno continuato ad esprimere seri dubbi in ordine all'istituto disegnato dall'art. 43 del TU in materia espropriativa, giacché manifestazione di un'espropriazione indiretta⁴.

La violazione della Convenzione discenderebbe da un vizio *“genetico”* della dinamica *de qua*, ossia l'acquisizione del diritto di proprietà sulla base di un fatto illecito.

Questa figura comprendeva le ipotesi riconducibili sia all'occupazione acquisitiva che all'occupazione usurpativa.

In sintesi, la prima era caratterizzata da una anomalia del procedimento espropriativo, a causa della sua mancata conclusione con un formale atto ablativo, mentre la seconda era collegata alla trasformazione del fondo di proprietà privata, in assenza di dichiarazione di pubblica utilità.

Nel primo caso (il cui *leading case* si rinviene nella sentenza delle Sezioni Unite 26 febbraio 1983, n. 1464), l'acquisto della proprietà conseguiva ad un'inversione della fattispecie civilistica dell'accessione di cui agli artt. 935 ss.

⁴ CEDU 29/03/2006 n. 36813/1997, Scordino vs Italia; CEDU 19/10/2006 n. 68610/2001.

CC, in considerazione della trasformazione irreversibile del fondo. Secondo questa ricostruzione, la destinazione irreversibile del suolo privato illegittimamente occupato comportava l'acquisto a titolo originario, da parte dell'ente pubblico, della proprietà del suolo e la contestuale estinzione del diritto di proprietà del privato. La successiva sentenza delle Sezioni Unite 10 giugno 1988, n. 3940, precisò poi la figura della "occupazione acquisitiva", limitandola al caso in cui si riscontrasse una valida dichiarazione di pubblica utilità che permetteva di far prevalere l'interesse pubblico su quello privato.

L' "occupazione usurpativa", invece, non accompagnata da dichiarazione di pubblica utilità, *ab initio* o per effetto dell'intervenuto annullamento del relativo atto o per scadenza dei relativi termini, in quanto tale, non determinava l'effetto acquisitivo a favore della pubblica amministrazione⁵.

Nel 2009 la Corte Costituzionale è stata chiamata a decidere la questione di legittimità dell'art. 43 TU 327/2001, disciplinante l'istituto dell'acquisizione sanante, e il 04/10/2010 lo ha dichiarato non conforme a Costituzione (sentenza n. 293/2010).

I dubbi di costituzionalità sollevati dal Tribunale amministrativo regionale per la Campania (r.o. n. 114, n. 115 e n. 116 del 2009) erano legati alla violazione di più parametri costituzionali.

Secondo il rimettente la norma si poneva in contrasto anzitutto con gli articoli 3, 24, 42, 97 e 113 della Costituzione, in quanto consentiva, secondo l'interpretazione assunta come diritto vivente, la sanatoria di espropriazioni illegittime, a causa della mancanza della dichiarazione di pubblica utilità, dell'annullamento degli atti ovvero per altra causa. In tal modo, era prefigurabile l'esercizio di un potere autoritativo di acquisizione dell'area che

⁵ Ad avviso dei giudici del TAR Napoli, Sez. V, 12 maggio 2014, n. 2607, la c.d. "occupazione usurpativa" (che è sottratta alla giurisdizione del giudice amministrativo, essendo devoluta a quella del giudice ordinario), ricorre nel caso in cui i comportamenti materiali della pubblica amministrazione, relativi alla ablazione del bene, non siano riconducibili, neppure in via mediata ed indiretta, all'esercizio di un pubblico potere (Corte Costituzionale n. 204/2004 e n. 191/2006; Cass. Civ., Sez. Un., 23 marzo 2009 n. 6956).

avrebbe impedito la restituzione del bene, rimuovendo l'illecito aquiliano anche a dispetto di un giudicato amministrativo, consentendo "alla pubblica amministrazione, anche deliberatamente, di eludere gli obblighi procedurali della instaurazione del contraddittorio, delle tre fasi progettuali e della verifica delle norme di conformità urbanistica" con "grave lesione del principio generale dell'intangibilità del giudicato amministrativo", sostanzialmente "vanificato da un atto amministrativo di acquisizione per utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico".

Ad avviso del TAR, la norma impugnata si poneva altresì in contrasto con l'art. 117, primo comma Cost., in quanto non era conforme ai principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretati dalla Corte di Strasburgo, che ha ritenuto in contrasto con l' art. 1 primo Prot. Add. la prassi della cosiddetta "espropriazione indiretta". La disposizione, poi, violava anche l'art. 6 (F) del Trattato di Maastricht (modificato dal Trattato di Amsterdam), in base al quale "l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, [...] in quanto principi generali del diritto comunitario".

I rimettenti, infine, ritenevano che il citato art. 43 recava un vulnus all'art. 76, Cost., in quanto era stato emanato in violazione dei criteri della legge-delega 8 marzo 1999, n. 50 (Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione 1998).

Ed è proprio con riferimento a quest'ultimo parametro che la norma si è palesata incostituzionale.

La Corte ha, infatti, affermato che l'attività di normazione del Decreto Legislativo deve seguire alcuni criteri. Da un lato, deve farsi riferimento alla ratio della delega; dall'altro, occorre tenere conto della possibilità, insita nello strumento della delega, di introdurre norme che siano un coerente sviluppo dei principi fissati dal legislatore delegato; dall'altro ancora, sebbene rientri nella discrezionalità del legislatore delegato emanare norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse

dal legislatore⁶, è nondimeno necessario che detta discrezionalità sia esercitata nell'ambito dei limiti stabiliti dai principi e criteri direttivi⁷.

Alla luce di questi principi, è stato evidenziato che la legge-delega aveva conferito al legislatore delegato il potere di provvedere soltanto ad un coordinamento "formale" relativo a disposizioni "vigenti". L'istituto previsto e disciplinato dalla norma impugnata, viceversa, era connotato da numerosi aspetti di novità, rispetto sia alla disciplina espropriativa, oggetto delle disposizioni espressamente contemplate dalla legge-delega, sia agli istituti di matrice prevalentemente giurisprudenziale, e per questi motivi violava l'art. 76 della Costituzione.

Nulla è stato detto, purtroppo, con riguardo a tutti gli altri parametri costituzionali asseritamente violati, in quanto assorbiti. Tuttavia i giudici del palazzo della Consulta hanno precisato che *"anche considerando la giurisprudenza di Strasburgo, non è affatto sicuro che la mera trasposizione in legge di un istituto, in astratto suscettibile di perpetuare le stesse negative conseguenze dell'espropriazione indiretta, sia sufficiente di per sé a risolvere il grave vulnus al principio di legalità."*

⁶ Corte Costituzionale sentenza n. 199 del 2003; ordinanza n. 213 del 2005.

⁷ Inoltre, secondo la costante giurisprudenza della Corte Costituzionale, qualora la delega abbia ad oggetto, come nella specie, la revisione, il riordino ed il riassetto di norme preesistenti, queste finalità giustificano un adeguamento della disciplina al nuovo quadro normativo complessivo, conseguito dal sovrapporsi, nel tempo, di disposizioni emanate in vista di situazioni ed assetti diversi. L'introduzione di soluzioni sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo previgente è, tuttavia, ammissibile soltanto nel caso in cui siano stabiliti principi e criteri direttivi idonei a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato (sentenza n. 170 del 2007 e n. 239 del 2003).

4. L'art. 42 bis introdotto dalla L. 111/2011.

Nel 2011 il DL 98, convertito con modificazioni dalla L. 111 dello stesso anno, ha introdotto l'istituto dell'*Utilizzazione senza titolo di un bene per scopo di interesse pubblico* (art. 42 bis TU Espr.), il quale presenta forti elementi di continuità con l'abrogato art. 43, di cui condivide la *ratio legis*. Tale istituto, infatti, intende adeguare l'ordinamento interno alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, così da consentire l'affermazione del principio di legalità in rapporto a situazioni di illegalità venutesi a determinare nella prassi⁸.

Tuttavia, rispetto alla norma previgente, l'art. 42 bis TU Espr.⁹ introduce diverse novità.

⁸ Consiglio di Stato, Sez. VI 01/12/2011, N. 6351.

⁹ Secondo l'art. 42 bis: "1. *Valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene.*

2. *Il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche quando sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio. Il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche durante la pendenza di un giudizio per l'annullamento degli atti di cui al primo periodo del presente comma, se l'amministrazione che ha adottato l'atto impugnato lo ritira. In tali casi, le somme eventualmente già erogate al proprietario a titolo di indennizzo, maggiorate dell'interesse legale, sono detratte da quelle dovute ai sensi del presente articolo.*

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

4. *Il provvedimento di acquisizione, recante l'indicazione delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area e se possibile la data dalla quale essa ha avuto inizio, è specificamente motivato in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione; nell'atto è liquidato l'indennizzo di cui al comma 1 e ne è*

In primo luogo, il comma IV prevede un onere motivazionale robusto, così da garantire la trasparenza dell'attività della PA. Infatti, il provvedimento di acquisizione, recante l'indicazione delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area e, se possibile, la data dalla quale essa ha avuto inizio, è specificamente motivato in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione.

In secondo luogo, l'acquisto della proprietà del fondo da parte della PA, da un lato, ha efficacia *ex nunc*, diversamente da ciò che lasciava intendere la normativa previgente, dall'altro, impone all'amministrazione l'onere di

disposto il pagamento entro il termine di trenta giorni. L'atto è notificato al proprietario e comporta il passaggio del diritto di proprietà sotto condizione sospensiva del pagamento delle somme dovute ai sensi del comma 1, ovvero del loro deposito effettuato ai sensi dell'articolo 20, comma 14; è soggetto a trascrizione presso la conservatoria dei registri immobiliari a cura dell'amministrazione procedente ed è trasmesso in copia all'ufficio istituito ai sensi dell'articolo 14, comma 2.

5. Se le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 4 sono applicate quando un terreno sia stato utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata o convenzionata, ovvero quando si tratta di terreno destinato a essere attribuito per finalità di interesse pubblico in uso speciale a soggetti privati, il provvedimento è di competenza dell'autorità che ha occupato il terreno e la liquidazione forfetaria dell'indennizzo per il pregiudizio non patrimoniale è pari al venti per cento del valore venale del bene.

6. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano, in quanto compatibili, anche quando è imposta una servitù e il bene continua a essere utilizzato dal proprietario o dal titolare di un altro diritto reale; in tal caso l'autorità amministrativa, con oneri a carico dei soggetti beneficiari, può procedere all'eventuale acquisizione del diritto di servitù al patrimonio dei soggetti, privati o pubblici, titolari di concessioni, autorizzazioni o licenze o che svolgono servizi di interesse pubblico nei settori dei trasporti, telecomunicazioni, acqua o energia.

7. L'autorità che emana il provvedimento di acquisizione di cui al presente articolo ne dà comunicazione, entro trenta giorni, alla Corte dei conti mediante trasmissione di copia integrale.

8. Le disposizioni del presente articolo trovano altresì applicazione ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore ed anche se vi è già stato un provvedimento di acquisizione successivamente ritirato o annullato, ma deve essere comunque rinnovata la valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico a disporre l'acquisizione; in tal caso, le somme già erogate al proprietario, maggiorate dell'interesse legale, sono detratte da quelle dovute ai sensi del presente articolo."

corrispondere al privato un'indennità che ristori sia il danno patrimoniale che quello non patrimoniale.

In particolare, la previsione di questi ultimi due elementi danno l'esatta dimensione della portata innovativa che la novella del 2011 intende riconoscere all'Utilizzazione senza titolo di un bene per scopo di interesse pubblico: attraverso l'indennizzo (e non il risarcimento) e l'efficacia *ex nunc* (e non *ex tunc*), la volontà della legge è di ricondurre espressamente l'iter dell'occupazione e della successiva acquisizione delle aree ad una dinamica di totale liceità. Ciò, però, senza pregiudicare le esigenze difensive del privato, il quale mantiene, in ogni caso, la facoltà di introdurre in giudizio un'autonoma domanda di risarcimento, per i danni eventualmente subiti nel periodo antecedente all'ablazione.

Tuttavia, nonostante il chiaro tentativo del legislatore di disciplinare l'istituto in esame in modo tale da evitare frizioni con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, le disposizioni dell'art. 42 bis hanno suscitato molte perplessità, che oggi conducono le SSUU della Corte di Cassazione (ordinanza 442/2014) ad interrogare la Corte Costituzionale in merito alla legittimità delle medesime.

5. L'ordinanza delle SSUU della Suprema Corte di Cassazione n. 442/2014.

Per comprendere meglio il senso dell'ordinanza delle SSUU n. 442/2014, occorre partire dall'istituto dell'occupazione d'urgenza preordinata all'espropriazione, prevista dall'art. 22 bis del TU sulle espropriazioni, il cui fine è quello di permettere che si possa, legittimamente, giungere allo spossessamento di un bene da parte della PA interessata alla sua acquisizione, nell'attesa dell'emanazione del provvedimento di espropriazione.

Infatti, qualora l'avvio di determinati interventi rivesta carattere di particolare urgenza, può essere emanato, senza particolari indagini e formalità, un decreto motivato che determina in via provvisoria l'indennità di espropriazione e che dispone anche l'occupazione anticipata dei beni immobili necessari. Questo

provvedimento contiene l'elenco dei beni da espropriare e dei relativi proprietari, indica i beni da occupare e determina l'indennità da offrire in via provvisoria. Il decreto è notificato con le modalità di cui al comma 4 e seguenti dell'articolo 20 del TU Espr. con l'avvertenza che il proprietario, nei trenta giorni successivi alla immissione in possesso, può, nel caso non condivida l'indennità offerta, presentare osservazioni scritte e depositare documenti.

Rappresentando un'ipotesi eccezionale, l'atto in esame può essere emanato ed eseguito nei casi espressamente previsti dalla legge (per gli interventi di cui alla legge 21 dicembre 2001, n. 443; quando il numero dei destinatari della procedura espropriativa sia superiore a 50) e ha una durata determinata, in quanto perde efficacia qualora non venga emanato il decreto di esproprio nel termine di cui all'articolo 13 dello stesso DPR 327/2001.

Per la giurisprudenza¹⁰, l'occupazione temporanea preordinata all'espropriazione è finalizzata a consentire alla PA di conseguire l'anticipata immissione in possesso dell'area sulla quale deve essere realizzata l'opera pubblica dichiarata urgente ed indifferibile, per dare inizio ai lavori ed evitare di dover attendere che il procedimento espropriativo giunga alla sua naturale conclusione con la pronuncia del provvedimento ablativo. La PA non può utilizzare l'istituto dell'occupazione d'urgenza, per un fine diverso da quello ivi previsto nell'art. 22 bis del TU. La funzione di tale fattispecie si identifica, infungibilmente, nel consentire il legittimo spossessamento dell'immobile a favore dell'Amministrazione procedente nelle more dell'adozione del provvedimento di esproprio, con la conseguenza che quest'ultima non può avvalersi dell'istituto medesimo per sanare un'occupazione abusiva già intervenuta.

In tale evenienza, come visto, fino all'ottobre del 2010 trovava applicazione l'art. 43 DPR 327/2001, mentre oggi opera la figura disciplinata dall'art. 42 bis. Tuttavia, in questo tipo di attività, possono sorgere evidenti problemi

¹⁰ Corte di Cassazione, SSUU, Sentenza del 6 maggio 2009, n. 10362. TAR Venezia, Sez. I, 12 novembre 2007, n. 3608.

allorquando la PA espropriante non emani il decreto di esproprio nei tempi previsti dalla legge e, ciononostante, trasformi illegittimamente la proprietà occupata, dando inizio ai lavori o persino completando l'opera pubblica già iniziata.

Ciò premesso, deve esser sottolineato che sia nell'ordinamento europeo che in quello internazionale è esclusa la sussistenza della figura dell'espropriazione di fatto (o indiretta). In tali evenienze, infatti, si rilevava criticamente, fino all'introduzione dell'art. 43 nel TU Espr., che la PA poneva in essere un'attività materiale illecita permanente, versando in una situazione in cui era evidente la carenza di potere da parte della amministrazione procedente, a causa del mancato riconoscimento dell'utilità dell'opera da realizzare.

Anche dopo l'introduzione della norma appena richiamata, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha affermato che il meccanismo dell'espropriazione indiretta non è in grado di assicurare un grado sufficiente di sicurezza giuridica: infatti, sia che operi in virtù di un principio giurisprudenziale sia che si fondi su di un testo di legge, come ad es., l'art. 43 del DPR 327, esso non può costituire una valida alternativa ad un'espropriazione avvenuta secondo le forme prescritte, in quanto tende a ratificare una situazione di fatto che consegue alle illegittimità commesse dalla PA e a regolare le conseguenze a favore di questa.

Così, come anticipato, la Corte Costituzionale, con sentenza dell'ottobre 2010, n. 293, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 43, sia pure per ragioni "formali" attinenti all'eccesso di delega. A stretto giro, però, l'acquisizione sanante, sia pure con caratteri differenti, è stata riproposta dall'art. 34 DL 6 luglio 2011 n. 98, convertito con modifiche dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, che ha inserito nel DPR n. 327/2001 l'art. 42-bis, rubricato "utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico".

Ora, ad avviso dei giudici del Palazzaccio, con la norma richiamata è stata reintrodotta la possibilità per l'amministrazione, che utilizza un bene privato senza titolo per scopi di interesse pubblico, di evitarne la restituzione al proprietario, oppure la riduzione in pristino, attraverso il ricorso ad un atto di acquisizione coattiva al proprio patrimonio indisponibile, che sostituisce il procedimento ablativo prefigurato dal TU n. 327/2001 e si pone, a sua volta, come una sorta di procedimento espropriativo semplificato, il quale assorbe in sé sia la dichiarazione di pubblica utilità, che il decreto di esproprio, e quindi sintetizza *uno actu* lo svolgimento dell'intero procedimento, in presenza dei presupposti indicati dalla norma.

Come già anticipato¹¹, la nuova soluzione è apparsa al legislatore indispensabile per eliminare le figure sorte nella prassi giurisprudenziale dell'occupazione appropriativa e usurpativa e per adeguare l'ordinamento interno ai principi costituzionali e a quelli generali di diritto internazionale sulla tutela della proprietà.

La Corte di Cassazione, tuttavia, anche alla luce delle affermazioni della sentenza n. 293/2010 della Corte Costituzionale, osserva che i caratteri dell'acquisizione comportano 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. Nell'ordinanza in commento si afferma, inoltre, che la riproposizione dell'utilizzazione senza titolo di un fondo, attraverso l'introduzione dell'art. 42-bis, applicabile ad ogni genere di situazione sostanziale e processuale indicata, con il risultato di aprire alla PA una vasta ed indeterminata gamma di nuove prerogative, "ripropone numerosi e gravi dubbi di costituzionalità, anche per le possibili violazioni del principio di legalità dell'azione amministrativa, in relazione ai precetti contenuti negli artt. 3, 24, 42 e 97 Cost.; nonché di compatibilità con la ricordata normativa della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e quindi, dell'art. 117 Cost."

¹¹ Cfr. § 3 e 4.

I giudici della Corte di Cassazione si chiedono, così, se è legittimo il comportamento della PA che ha commesso un fatto illecito, fonte per qualsiasi soggetto dell'obbligazione risarcitoria/restitutoria di cui agli artt. 2043 e 2058 CC, e se alla medesima amministrazione “possa essere riservato un trattamento privilegiato, che sia ragionevole e conforme al principio espresso dell'art. 3 Cost., ed attribuita la facoltà di mutare, successivamente all'evento dannoso prodotto nella sfera giuridica altrui e per effetto di una propria unilaterale manifestazione di volontà, il titolo e l'ambito della responsabilità, nonché il tipo di sanzione/ristoro (da risarcimento ad in indennizzo), stabiliti in via generale dal precetto del *neminem laedere* per qualunque soggetto dell'ordinamento.” Soprattutto alla luce del principio costituzionale e liberale secondo cui nel sistema vigente è privilegiata la tutela della funzione amministrativa e non della PA come soggetto¹².

¹² Le SSUU precisano che una volta attuata in tutti i suoi elementi costitutivi la lesione ingiusta di un diritto soggettivo, quest'ultima non può mai mutare natura e divenire “giusta”, per effetto dell'autotutela amministrativa, cui non è consentito neppure di eliminarne “ex post”, le conseguenze e le obbligazioni restitutorie e risarcitorie ad esse correlate.

Per superare soluzioni di illegittimità/illegalità diffusa, apparse non conformi al principio di legalità in ambito espropriativo, la giurisprudenza di legittimità fin dall'inizio degli anni ottanta aveva riconsiderato ed espunto (Cass. N. 382/1978; n. 2931/1980; n. 5856/1981) la regola, fino ad allora seguita, che alla PA occupante (senza titolo) fosse concesso di completare la procedura ablativa in ogni tempo, con la tardiva pronuncia del decreto di esproprio, perfino nel corso di un giudizio intrapreso dal proprietario per la restituzione dell'immobile; e che il solo fatto dell'adozione postuma del provvedimento ablativo - ammissibile fino alla decisione della Cassazione - comportasse la conversione automatica dell'azione restitutiva e/o risarcitoria, in opposizione alla stima dell'indennità: alla quale soltanto il proprietario finiva per avere diritto. E tale adeguamento alla normativa costituzionale non è sfuggito alla ricordata decisione n. 293/2010 della Consulta che lo ha contrapposto agli effetti dell'acquisizione sanante (analoghi a quelli del decreto tardivo), dando atto che da decenni secondo la giurisprudenza di legittimità, in materia di occupazione di urgenza, la sopravvenienza di un provvedimento amministrativo non poteva avere un'efficacia sanante retroattiva, determinata da scelte discrezionali dell'ente pubblico o dai suoi poteri autoritativi”.

Anche per i giudici di Lussemburgo e di Strasburgo l'illegittima ingerenza nella proprietà privata comporta che alla PA non è consentito, né direttamente né indirettamente, trarre vantaggio da propri comportamenti illeciti e, più in generale, da una situazione di illegalità dalla stessa determinata¹³.

Il dubbio di elusione delle garanzie offerte dall'art. 42 Cost. a tutela della proprietà privata (commi 2 e 3) appare alle Sezioni Unite ancor più consistente in relazione al primo e fondamentale presupposto per procedere al trasferimento coattivo di un immobile mediante espropriazione: la necessaria ricorrenza di motivi di interesse generale¹⁴. Secondo la Corte di Cassazione, la fattispecie disciplinata nell'art. 42 bis non aderirebbe al principio espresso dalla disposizione costituzionale appena richiamata, con la precisazione "che tale risultato non sarebbe garantito dall'esercizio di un potere amministrativo che, sebbene presupponga astrattamente una valutazione degli interessi in conflitto, è destinato in concreto a giustificare *ex post* il sacrificio espropriativo, unicamente in base alla situazione di fatto illegittimamente determinatasi."

Da ciò, allora, i giudici evincono che, secondo l'art. 42, comma 3 Cost., l'espropriazione in tanto è costituzionalmente legittima in quanto è originata da motivi di interesse generale, ovvero qualora essa è collegata a filo doppio ad un procedimento amministrativo che evidenzi i motivi che giustificano un'incisione nella sfera del privato proprietario, di questo valorizzando il ruolo partecipativo, con la conseguenza che tale risultato non sarebbe garantito dall'esercizio di un potere amministrativo che è destinato in concreto a giustificare *ex post* il sacrificio espropriativo.

La Cassazione chiarisce, infatti, che la dichiarazione di pubblica utilità non è un semplice atto prodromico che ha l'esclusivo effetto di condizionare la legittimità

¹³ Cfr. Corte Giustizia UE 10 novembre 2011, C 405/10 e Corte EDU Sez. I, 13 ottobre 2005, Serrao; 15 novembre 2005, La Rosa; Sez. III, 15 dicembre 2005, Scozzari; Sez. II, 9 gennaio 2009, Sotira; Grande Chambre, 4 gennaio 2010, Guiso.

¹⁴ Esso, peraltro, trova puntuale riscontro in quello di eguale tenore dell'art. 1 del Protocollo 1 All. alla CEDU, per cui l'ingerenza nella proprietà privata può essere attuata soltanto "per causa di pubblica utilità".

del provvedimento finale d'espropriazione. Esso è un provvedimento autonomo, idoneo a determinare immediati effetti lesivi nella sfera giuridica di terzi, che si riflettono necessariamente sul piano della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.). Non v'è dubbio che la conoscenza della dichiarazione da parte dell'espropriando consenta a quest'ultimo di partecipare alla fase antecedente all'adozione dell'atto e, quindi, di contestarlo sin dal momento della sua formazione¹⁵.

Inoltre, secondo i giudici della Suprema Corte, l'art. 42 bis, prescindendo dalla dichiarazione di pubblica utilità, comporta un'espropriazione sostanziale che prescinde da una ragione di pubblico interesse, il quale, invece, dovrebbe giustificare il sacrificio del diritto di proprietà. Più precisamente, le SSUU osservano come l'istituto dell'utilizzazione senza titolo ritiene del tutto sufficiente che la perdita del bene da parte del proprietario trovi giustificazione nella situazione di fatto venutasi a creare per effetto del comportamento *contra ius* della PA, consentendo l'acquisizione del bene anche quando la procedura espropriativa sia stata violata o totalmente omessa. Tuttavia, in questo modo, si rileva come tale dinamica trasformerebbe il rispetto del procedimento tipizzato dalla legge in una mera facoltà dell'amministrazione, relegando la dichiarazione di pubblica utilità a momento procedimentale eventuale, la cui assenza può essere superata dal provvedimento di acquisizione che ne elimina in radice la necessità.

Tale attività, così, esprime il proprio contrasto anche con l'art. 2 del DPR 327/2001, che dichiara di ispirarsi proprio al "principio di legalità dell'azione amministrativa", posto che il potere sanante viene di fatto ad esaurire il significato dei doveri, degli obblighi e dei limiti che scandiscono il procedimento espropriativo.

Più precisamente, per escludere la ricorrenza di espropriazioni di fatto e ripristinare la legalità, è del tutto indifferente l'adozione postuma di un provvedimento con pretesi effetti sananti, perché il requisito indefettibile della

¹⁵ Cons. St. 4766/2013; 3684/2010; 3338 e 479/2009; 5034/2007; Ad. plen. 2/2000; 14/1999.

legalità non permette in generale all'amministrazione di occupare un terreno e di trasformarlo irreversibilmente e considerarlo acquisito al patrimonio pubblico, senza che contestualmente un provvedimento formale che dichiari il trasferimento di proprietà sia stato emanato.

In termini non dissimili si è espressa anche la Corte Costituzionale, nella pronuncia n. 293/2010, per la quale “non è affatto sicuro che la mera trasposizione in legge di un istituto, in astratto suscettibile di perpetuare le stesse negative conseguenze dell'espropriazione indiretta, sia sufficiente di per sé a risolvere il grave vulnus al principio di legalità”.

Conclusivamente, il parallelo ragionamento posto in essere dalla Corte di Cassazione, dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e dalla Corte Costituzionale in tema di indennizzo espropriativo, conduce all'affermazione secondo il quale nell'ordinamento, il sacrificio legittimo che può imporsi in base all'interesse pubblico, non può spingersi fino all'annientamento del diritto di proprietà, in quanto il perseguimento dell'interesse generale incontra un preciso limite nella tutela delle proprietà privata, che è posta a garanzia della libertà d'iniziativa economica dei cittadini; e che nel bilanciamento del contrapposto interesse pubblico e privato è necessario il rispetto della centralità del principio di legalità, cardine di un Paese che vuole essere Stato di diritto.

In ragione di tutte queste considerazioni la Corte di Cassazione decide di dichiarare rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 del DL 6 luglio 2011, n. 98, convertito dalla L 15 luglio 2011, n. 111, che ha introdotto l'art. 42 bis nel TU delle espropriazioni, per contrasto con gli articoli 3, 24, 42, 97, Cost., nonché degli articoli 111 e 117 Cost., comma 1, per violazione dell'art. 6 CEDU e dell'art. 1 del 1° Prot. Add. della Convenzione medesima.