

**Archivio selezionato:** Sentenze Cassazione civile

---

**Autorità:** Cassazione civile sez. un.

**Data:** 13/01/2014

**Numero:** 442

**Classificazioni:** Danno emergente e lucro cessante

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROVELLI Luigi Antonio - Primo Presidente f.f. -

Dott. BERRUTI Giuseppe Maria - Presidente di Sez. -

Dott. RORDORF Renato - Presidente di Sez. -

Dott. SALVAGO Salvatore - rel. Consigliere -

Dott. PICCININNI Carlo - Consigliere -

Dott. MACIOCE Luigi - Consigliere -

Dott. MAZZACANE Vincenzo - Consigliere -

Dott. CHIARINI Maria Margherita - Consigliere -

Dott. DI CERBO Vincenzo - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

sul ricorso 24879/2012 proposto da:

COMUNE DI PORTO CESAREO, in persona del Sindaco pro tempore,  
elettivamente domiciliato in ROMA, VIA COSSERIA 2, presso lo studio  
dell'avvocato PLACIDI ALFREDO, rappresentato e difeso dall'avvocato  
QUINTO Pietro, per delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

L.F., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA A.  
CATALANI 31, presso lo studio dell'avvocato MORMANDO VITTORIO,  
rappresentato e difeso dall'avvocato CEZZI DE GIORGI Gabriella, per  
delega a margine della memoria di costituzione;

- resistente -

per regolamento di giurisdizione in relazione al giudizio pendente n.  
365/2011 del TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DI LECCE;  
udito l'avvocato Fabio Massimo ORLANDO per delega dell'avvocato  
Gabriella De Giorgi Cezzi;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 12/11/2013 dal Consigliere Dott. SALVATORE SALVAGO;  
lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale Dott. Lucio CAPASSO, il quale conclude chiedendo dichiararsi la giurisdizione del Giudice Ordinario in relazione alla domanda avente ad oggetto la determinazione e la corresponsione dell'indennizzo dovuto a seguito dell'atto di acquisizione sanante D.P.R. n. 327 del 2001, ex art. 42 bis.

## **Fatto**

### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. L.F. chiese al TAR Puglia la condanna del comune di Porto Cesareo alla restituzione di alcuni terreni di sua proprietà (in catasto al fg. 22, part. 4870 e 4871), occupati senza titolo da detta amministrazione, per l'inutile scadenza della dichiarazione di p.u. che li aveva destinati alla realizzazione di strade, parchi e parcheggio.

Con sentenza del 25 giugno 2010, il TAR ordinò al comune l'adozione del provvedimento acquisitivo delle aree (emesso con Delib.

consiliare 19 ottobre 2011) ai sensi dell'allora vigente art. 43 T.U. esprop. per p.u. appr. con D.P.R. n. 327 del 2001, tuttavia dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza 293/2010 della Corte Costituzionale. Per cui il L. ha nuovamente adito il TAR Puglia per ottenerne la restituzione ed il risarcimento del danno.

Siccome nelle more è stato introdotto nello stesso T.U. l'art. 42 bis attraverso la L. n. 111 del 2011, il Comune, con provvedimento del 19 ottobre 2011, ha disposto l'acquisizione dei terreni al suo patrimonio, liquidando al proprietario l'indennizzo di cui alla nuova norma; ed avendo il L. con motivi aggiunti richiesto anche la rideterminazione dell'indennizzo in base al valore venale attuale dei beni, ha proposto regolamento di giurisdizione chiedendo a questa Corte che la stessa fosse attribuita al giudice ordinario.

2. Il ricorso per regolamento di giurisdizione è anzitutto ammissibile perchè il TAR Puglia non ha ancora emesso sulle domande del L. alcuna sentenza, neppure limitata all'accertamento della propria giurisdizione; e tuttavia per deciderne l'attribuzione è necessario preventivamente valutare se la nuova "acquisizione sanante" introdotta dall'art. 42-bis sia esente da dubbi di costituzionalità e compatibilità con la Convenzione CEDI), in ragione dell'attribuzione all'amministrazione del potere espropriativo, nonchè

di quello di trasformare il diritto restitutorio/risarcitorio del proprietario in diritto al mero indennizzo devoluto dapprima dalla L. n. 205 del 2000, art. 7 ed ora dalla L. n. 104 del 2010, art. 133 sub e n. 2, lett. g, alla giurisdizione ordinaria.

Nel caso affermativo, che cioè si ritenga che la predetta disposizione susciti un dubbio di costituzionalità, di esso le Sezioni Unite (adite con regolamento di giurisdizione) possono giudicare, ai fini (e come imprescindibile presupposto) della decisione della questione di giurisdizione, investendo se del caso la Corte costituzionale, con riferimento ai parametri costituzionali che saranno appresso esaminati: una volta che la questione appare rilevante nel presente giudizio in quanto, da un lato, è pacifica l'applicabilità del menzionato istituto (re)introdotto dall'art. 42 bis T.U. e dall'altro è proprio il sopravvenire di detta normativa ad aver mutato quella previgente, più favorevole, invocata dal ricorrente, ed in particolare ad impedire la restituzione dei terreni di fatto occupati dal comune nonchè a sostituire il suo diritto al risarcimento del danno integrale con quello al conseguimento dell'indennizzo, causa del regolamento.

S'intende significare che l'esame del ricorso potrebbe indurrebbe astrattamente al suo accoglimento, con la traslatio iudici al giudice ordinario, nella vigenza della norma della cui legittimità costituzionale si dubita, conseguendone che ove invece l'art. 42 bis, per i consistenti dubbi di compatibilità con la Carta costituzionale, venisse espunto dall'ordinamento, il ricorrente fruirebbe del trattamento, risultante dalla disciplina previgente all'emanazione delle disposizioni impugnate, per lui più favorevole - già richiesto al TAR Puglia davanti al quale il giudizio resterebbe incardinato - e consistente nella restituzione dell'immobile soggetto ad occupazione in radice illegittima, ed al risarcimento del danno informato ai principi generali dell'art. 2043 cod. civ..

Alla completa tutela reintegratoria il L. aveva, infatti, diritto in base al regime comune previgente: in quanto contestualmente alle note decisioni 161/1971 e 138/1981 della Corte Costituzionale sui limiti di intangibilità dell'atto amministrativo, questa Corte fin dalle sentenze 4423/1977 e 118/1978 delle Sezioni Unite aveva enunciato la regola che nell'ipotesi di compressione di fatto del diritto di proprietà privata da parte della P.A., di funzione amministrativa ablatoria meritevole della particolare tutela apprestata dall'art. 42 Cost., nonchè dalla L. n. 2248 del 1865, art. 4, All. E può parlarsi soltanto nel caso di provvedimenti espropriativi assistiti dalla dichiarazione di p.u. e non anche nel caso di mero impiego, sia pure per fini pubblici, dell'immobile altrui materialmente appreso o

dell'utilità da esso materialmente ritratta con continuata o reiterata compressione di fatto dell'altrui diritto dominicale. Sicchè ove la prevalenza dell'interesse pubblico sull'interesse privato non sia esternata nell'atto tipico del procedimento amministrativo, costituito appunto dalla dichiarazione suddetta, la semplice intromissione nell'immobile privato e la sua materiale utilizzazione non può valere a trasformare in esercizio di potestà amministrativa nè l'iniziale apprensione del bene, nè la sua successiva detenzione, in quanto lo status soggettivo dell'occupante non riveste alcuna rilevanza; e non ne presenta del pari nessuna la successiva e non consentita trasformazione del fondo da parte dell'ente pubblico (c.d. occupazione usurpativa) che, restando fine a sè stessa, non pone alcun problema di bilanciamento di interessi, ma produce soltanto le conseguenze proprie dell'illecito comune di carattere permanente ed è inquadrabile, sotto ogni profilo, nello schema degli artt. 2043 e 2058 cod. civ..

Il quale, dunque, non solo non consente l'acquisizione autoritativa del bene alla mano pubblica, costituente funzione propria della vicenda espropriativa, ma attribuisce al proprietario, rimasto tale, la tutela reale e cautelare apprestata nei confronti di qualsiasi soggetto dell'ordinamento (restituzione, riduzione in pristino stato dell'immobile, provvedimenti di urgenza per impedirne la trasformazione ecc.); oltre al consueto risarcimento del danno, ancorato ai parametri dell'art. 2043 cod. civ. (Cass. sez. un. 3081 e 3380/1982, più di recente: sez. un. 14886/2009; 1907/1997, nonché sez. 1<sup>a</sup> 1080/2012; 9173 e 18239/2005; 15710/2001).

3. Siffatta disciplina - che trovava deroga nelle fattispecie della c.d. occupazione espropriativa, tuttavia subordinata alla ricorrenza di specifici presupposti, tra cui la sussistenza di una valida dichiarazione di p.u. (Cass. sez. un. 3940/1988; 3242 e 3243/1979 e succ.), ed ora eliminata dal T.U. esprop. appr. con D.P.R. n. 327 del 2001 - è stata profondamente modificata dall'originario art. 43 dello stesso T.U.; e, dichiarata quest'ultima disposizione costituzionalmente illegittima per eccesso di delega dalla sentenza 293/2010 della Corte Costit., dal D.L. 6 luglio 2011, n. 98, art. 34, conv. con mod. dalla L. 15 luglio 2011, n. 111, recante "Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria", che ha inserito nel T.U. l'art. 42-bis ("Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico"), del seguente tenore: "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 (comma 1). 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..." (comma 2).

E' stata in tal modo reintrodotta, secondo la più qualificata dottrina e la giurisprudenza amministrativa, la possibilità per l'amministrazione che utilizza un bene privato senza titolo per scopi di interesse pubblico, di evitarne la restituzione al proprietario (e/o la riduzione in pristino stato) attraverso il ricorso ad un atto di acquisizione coattiva al proprio patrimonio indisponibile, che sostituisce il procedimento ablativo prefigurato dal T.U., 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.

La nuova soluzione è apparsa al legislatore indispensabile, anzitutto per "eliminare la figura sorta nella prassi giurisprudenziale della occupazione appropriativa ...nonchè quella dell'occupazione usurpativa.." (Cons. St. Ad. gen. 4/2001), e quindi al fine di adeguare l'ordinamento "ai principi costituzionali ed a quelli generali di diritto internazionale sulla tutela della proprietà". Posto che in forza di detto provvedimento cessa la occupazione sine titolo, e nel contempo la situazione di fatto viene adeguata a quella di diritto con l'attribuzione (questa volta) formale della proprietà alla p.a. (se prevale l'interesse pubblico), cui è consentita una legale via di uscita dalle numerose situazioni di illegalità realizzate nel corso degli anni.

Onde permetterle il ritorno alla legalità in modo completo, perciò comprendente tanto le (prevedibili) utilizzazioni illecite future, quanto quelle già verificatesi, anche in epoca antecedente al T.U., per le quali permane egualmente la necessità di regolarizzarne la sorte definitiva, l'art. 42 bis ha riproposto l'applicazione estensiva dell'istituto peculiare del precedente art. 43, di cui ha ereditato perfino la rubrica, rivolgendola in diverse direzioni, in quanto: 1) ha superato la norma transitoria dell'art. 57 con l'introduzione del comma 8, per il quale "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.."; 2) ha confermato, malgrado la critica sul punto della Corte Costituzionale, l'estensione del potere di acquisizione alle servitù di fatto (comma 7), in passato escluse dall'occupazione espropriativa (perchè ne difetta la non emendabile trasformazione del suolo in una componente essenziale dell'opera pubblica: Cass. sez. un. 8065/1990; 4619 e 3963/1989; da ultimo: 19294/2006; 14049 e 17570/2008; 18039/2012): peraltro con ampia facoltà all'amministrazione di costituirle con il peculiare contenuto indicato nel provvedimento, pur se al di fuori delle fattispecie tipiche previste dal codice civile o da leggi speciali (Cons. Stato, 3723/ 2009); 3) non richiede più che l'immobile realizzando rientri in una delle categorie individuate dagli artt. 822 ed 826 cod. civ. (postulate dall'occupazione appropriativa). Ed anzi è stato rescisso perfino il collegamento con l'area delle espropriazioni per p.u., prevedendosi l'applicazione dell'istituto anche nell'ipotesi in cui sia stato annullato l'atto da cui è sorto il vincolo preordinato all'esproprio: in base alla mera utilizzazione dell'immobile per scopi di interesse pubblico, che ne abbia provocato una qualche modifica, pur quando "attribuito...in uso speciale a soggetti privati (comma 5); 4) ha conclusivamente invertito il principio tratto dall'art. 42 Cost. ed art. 834 cod. civ., che la potestà ablativa ha carattere eccezionale; e che non può (essere esercitata se non nei casi in cui sia la legge a prevederla (L. n. 2359 del 1865, per la realizzazione di opere pubbliche, L. n. 1089 del 1939, per i beni storici, artistici; D.Lgs. n. 215 del 1933 per finalità di bonifica; D.Lgs. n. 3267 del 1923 per fini di protezione idro-geologica ecc.).

In quanto l'acquisizione è predisposta in via generale ed indeterminata per qualsiasi "utilizzazione" del bene - meramente detentiva, come preordinata all'esproprio, reversibile oppure irreversibile; in seguito alla quale il provvedimento non è tenuto ad individuarne neppure la destinazione, essendo sufficiente "l'indicazione delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area e se possibile la data dalla quale essa ha avuto inizio" (comma 4).

4. Questi caratteri dell'acquisizione, immediatamente denominata "sanante", hanno indotto la menzionata sentenza 293/2010 della Corte Costituzionale ad osservare 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"; e che la norma,

marcatamente innovativa rispetto al contesto normativo positivo, "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". Per cui la sua riproduzione nell'art. 42 bis, applicabile ad ogni genere di situazione sostanziale e processuale indicata, con il risultato di aprire alla P.A. 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 CEDU, e quindi dell'art. 117 Cost..

In linea più generale, infatti, dottrina e giurisprudenza si sono chieste se alla P.A. che abbia commesso un fatto illecito, fonte per qualsiasi soggetto dell'obbligazione risarcitoria/restitutoria di cui agli artt. 2043 e 2058 cod. civ., possa essere riservato un trattamento privilegiato (conforme alla normativa 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 (da risarcimento in indennizzo) stabiliti in via generale dal precetto del "neminem laedere" per qualunque soggetto dell'ordinamento. Soprattutto al lume del principio costituzionale (ritenuto da Corte Costit. 204/2004 "una conquista liberale di grande importanza") che nel sistema vigente è privilegiata la tutela della funzione amministrativa e non della p.a.

come soggetto.

La risposta, del tutto univoca a partire dalla revisione critica di cui si è detto avanti (par. 2), è stata che, allorché la stessa opera al di fuori di detta funzione, è soggetta a tutte le regole vincolanti per gli altri soggetti, nonché esposta alle medesime responsabilità, fra cui quelle di cui alle norme codicistiche menzionate; e che vale anche per essa la regola che "factum infectum fieri nequit", costituente limite invalicabile anche per il potere di sanatoria in via amministrativa di una situazione di illegittimità.

Sicché, 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.

Queste risposte hanno trovato piena corrispondenza nella rigorosa applicazione del principio di legalità sostanziale predicato dalla normativa dell'Unione Europea (cfr. Corte giust. UE 10 novembre 2011, C 405/10); nonchè nella giurisprudenza della Corte Edu (1<sup>^</sup>, 13 ottobre 2005, Serrao; 15 novembre 2005, La Rosa; 3<sup>^</sup>, 15 dicembre 2005, Scozzari; 2<sup>^</sup>, 9 gennaio 2009, Sotira; Grande Chambre, 4 gennaio 2010, Guiso) proprio in materia di ingerenza illegittima nella proprietà privata, fondata sempre e comunque sul corollario divenuto per i giudici di Strasburgo insuperabile, che alla P.A. non è consentito (nè direttamente nè indirettamente) trarre vantaggio da propri comportamenti illeciti, e più in generale, da una situazione di illegalità dalla stessa determinata. Laddove l'art. 42 bis, per il solo fatto della connotazione pubblicistica del soggetto responsabile, ha soppresso tale pregresso regime dell'occupazione abusiva di un immobile altrui, sottraendo al proprietario l'intera gamma delle azioni di cui disponeva in precedenza a tutela del diritto dominicale, e la stessa facoltà di scelta di avvalersene o meno. E, considerando esclusivamente gli scopi dell'amministrazione, l'ha trasferita dalla "vittima dell'ingerenza" (tale qualificata dalla Corte europea), all'autore del fatto illecito, attraverso la sostanziale introduzione con il semplice atto di acquisizione emesso da quest'ultimo, di un nuovo modo di acquisto della proprietà privata, che prescinde ormai dal collegamento con la realizzazione di opere pubbliche, e perfino con una pregressa procedura ablativa:

essendo l'istituto rivolto a definire in linea generale (non più un procedimento espropriativo in itinere, bensì) "quale sorte vada riservata ad una res utilizzata e modificata dalla amministrazione, restata senza titolo nelle mani di quest'ultima" (Cons. St. Ad. Plen. 2/2005 e succ.).

Proprio per superare soluzioni analoghe, apparse non conformi al suddetto principio di legalità in ambito espropriativo, la giurisprudenza di legittimità fin dall'inizio degli anni 80 aveva riconsiderato ed espunto (Cass. 382/1978; 2931/1980; 5856/1981) la regola, fino ad allora seguita, che alla P.A. 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 restitutoria 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 293/10 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".

5. Il dubbio di elusione delle garanzie poste 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, ivi indicato nella necessaria ricorrenza di "motivi di interesse generale"; che trova puntuale riscontro in quello di eguale tenore dell'art. 1 del Protocollo 1 All. alla Convenzione EDU per cui l'ingerenza nella proprietà privata può essere attuata soltanto "per causa di pubblica utilità".

Fin dalle decisioni più lontane nel tempo la Corte Costituzionale ha affermato al riguardo (sent. 90/1966) che "Il precetto costituzionale, secondo cui una espropriazione non può essere consentita dalla legge se non per motivi di interesse generale (o - il che è lo stesso - per pubblica utilità), e cioè se non quando lo esigano ragioni importanti per la collettività, comporta, in primo luogo, la necessità che la legge indichi le ragioni per le quali si può far luogo all'espropriazione; e inoltre che quest'ultima non possa essere autorizzata se non nella effettiva presenza delle ragioni indicate dalla legge". Ed ancora che "Nelle leggi della materia - la cui fondamentale espressione è rappresentata dalla L. 25 giugno 1865, n. 2359 - si trova infatti costantemente affermato il concetto (e anche lì dove esso non risulta espressamente enunciato, è stata la giurisprudenza a proclamare l'inderogabilità del principio) che fin dal primo atto della procedura espropriativa debbono risultare definiti non soltanto l'oggetto, ma anche le finalità, i mezzi e i tempi di essa...".

Negli stessi termini tutti i successivi interventi della Consulta (sent. 95/1966; 384/1990; 486/1991; 155 e 188 /1995), nonché la consolidata giurisprudenza di legittimità che fin dai primi anni 60 (Sez. un. 826/1960 e succ.), ha definito la dichiarazione di p.u. "la garanzia prima e fondamentale del cittadino e nel contempo la ragione giustificatrice del suo sacrificio nel bilanciamento degli interessi del proprietario alla restituzione

dell'immobile ed in quello pubblico al mantenimento dell'opera pubblica per la funzione sociale della proprietà"; ha costantemente confermato che la suddetta garanzia costituzionale viene osservata soltanto se la causa del trasferimento è predeterminata nell'ambito di un apposito procedimento amministrativo, nel bilanciamento dell'interesse primario con gli altri interessi in gioco. Ed è rimasta sempre ancorata al principio (Da ult. Cass. sez. un. 30254 e 19501/2008;

10962/2005; 9139/2003) che la mancanza della preventiva dichiarazione di pubblica utilità implica il difetto di potere dell'amministrazione nel procedere all'espropriazione (sia essa rituale o attuata in forma anomala, come nell'ipotesi dell'occupazione appropriativa: sent. 384/1990 cit.).

La norma costituzionale richiede, quindi, che i "motivi d'interesse generale" per giustificare l'esercizio del potere espropriativo nei (soli) casi stabiliti dalla legge, siano predeterminati dall'amministrazione ed emergano da un apposito procedimento - individuato, appunto, nel procedimento dichiarativo del pubblico interesse culminante nell'adozione della dichiarazione di pubblica utilità - preliminare, autonomo e strumentale rispetto al successivo procedimento espropriativo in senso stretto, nel quale l'amministrazione programma un nuovo bene giuridico destinato a soddisfare uno specifico interesse pubblico, attuale e concreto. E che siano palesati gradualmente e anteriormente (allo spossessamento nonchè) al sacrificio del diritto di proprietà, in un momento in cui la comparazione tra l'interesse pubblico e l'interesse privato possa effettivamente evidenziare la scelta migliore, nel rispetto dei principi d'imparzialità e proporzionalità (art. 97 Cost.): in un momento, cioè in cui la lesione del diritto dominicale non è ancora attuale ed eventuali ipotesi alternative all'espropriazione non sono ostacolate da una situazione fattuale ormai irreversibilmente compromessa.

Da qui la formula dell'art. 42, comma 3, per cui l'espropriazione in tanto è costituzionalmente legittima in quanto è originata da "motivi di interesse generale", ovvero collegata ad un procedimento amministrativo che evidenzi i motivi che giustificano una incisione nella sfera del privato proprietario, di questo valorizzando il ruolo partecipativo; e la conseguenza 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.

La preventiva emersione dei motivi d'interesse generale non costituisce, conclusivamente, semplice regola procedimentale disponibile dal legislatore, ma specifica garanzia costituzionale strumentale alla tutela di preminenti valori giuridici come dimostra l'imponente giurisprudenza, soprattutto amministrativa, secondo la quale la dichiarazione di pubblica utilità non è un semplice atto prodromico con l'esclusivo effetto di condizionare la legittimità del provvedimento finale d'espropriazione ed impugnabile quindi solo congiuntamente a quest'ultimo, bensì un provvedimento autonomo, idoneo a determinare immediati effetti lesivi nella sfera giuridica di terzi. I quali si riflettono necessariamente sul piano della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.), consentendo all'espropriando di partecipare alla fase antecedente alla sua adozione, e quindi di contestarlo sin dal primo momento del suo farsi, coincidente con l'emersione dei "motivi d'interesse generale" (Cons. St. 4766/2013; 3684/2010; 3338 e 479/2009; 5034/2007; Ad. plen. 2/2000; 14/1999).

Per converso, l'art. 42 bis, prescindendo dalla dichiarazione di p.u., autorizza l'espropriazione sostanziale in assenza di una predeterminazione dei motivi d'interesse generale che dovrebbero giustificare il sacrificio del diritto di proprietà, reputando 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 dell'amministrazione; e ne consente l'acquisizione anche laddove tale procedura sia stata violata o totalmente omessa, in questo modo trasformando il rispetto del procedimento tipizzato dalla legge in una mera facoltà dell'amministrazione. E, 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. In contrasto, peraltro, anche con la complessiva e rigida disciplina delle espropriazioni posta dallo stesso D.P.R. n. 327 del 2001 che nell'art. 2 ha dichiarato di ispirarsi proprio al "principio di legalità dell'azione amministrativa": dal momento che il potere sanante viene di fatto ad esautorare il significato dei doveri, obblighi e limiti che scandiscono il procedimento espropriativo. Ed in contrasto soprattutto con quella specifica del capo 3♦ relativo alla "fase della dichiarazione di p.u." che ha istituito, in conformità all'art. 97 Cost., un giusto procedimento che riconosce e valorizza il ruolo

partecipativo del privato proprietario (cfr. art. 11 segg.): subito dopo reso superfluo dalla contestuale introduzione di un meccanismo "semplificato", parallelo ed alternativo, rimesso a scelte insindacabili dell'amministrazione. Alla quale in definitiva viene attribuito il potere (di volta in volta, e per ogni espropriazione), di recepire ovvero escludere le garanzie connesse al procedimento normale.

Non è sostenibile, infatti, che, siccome l'adozione del provvedimento di acquisizione è subordinato ad una previa "valutazione degli interessi in conflitto" ed al fatto che il bene occupato sia "utilizzato per scopi d'interesse generale", queste espressioni abbiano valenza complessiva di sostanziale sinonimo dei "motivi di interesse generale" di cui all'art. 42 Cost., comma 3: in quanto il riferimento normativo alla "valutazione degli interessi in conflitto" presuppone un apprezzamento di amplissima discrezionalità dell'amministrazione espropriante, assolutamente privo di "elementi e criteri idonei a delimitarla chiaramente" (Corte Costit. 38/1966), tanto che non viene descritto alcun parametro, neppure vaghissimo, al quale una siffatta valutazione debba essere ancorata; e neppure, viene prefigurato l'ingresso nell'iter decisionale di interessi privati che tale discrezionalità possano in qualche misura indirizzare o soltanto attenuare. Mentre è lo stesso art. 42 bis ad escludere che i generici ed indeterminati "scopi di interesse generale" - che peraltro si limitano a riprodurre la regola per cui tutta l'attività dell'amministrazione è istituzionalmente e necessariamente finalizzata ad interessi generali - coincidano con la "causa di pubblica utilità" postulata dalla Costituzione (e dalla Convenzione) per procedere all'espropriazione, ritenendola un lato, sufficiente per la ricorrenza dei primi che l'immobile sia occupato e utilizzato da una pubblica amministrazione: e quindi la stessa situazione di fatto venutasi a creare per effetto del comportamento contra ius di quest'ultima. E dall'altro, richiedendo che la determinazione relativa al loro accertamento, si svolga al solo fine di legittimarla ex post, peraltro attraverso passaggi conoscitivi e valutativi tutti interni all'apparato amministrativo, e perciò necessariamente soggettivi. A differenza dei "motivi di interesse generale", i quali (Corte Costit. 95/1966 e 155/1995) "valgono non solo ad escludere che il provvedimento ablatorio possa perseguire un interesse meramente privato, ma richiedono anche che esso miri alla "soddisfazione di effettive e specifiche esigenze rilevanti per la comunità"; e la cui identificazione deve "rinvenirsi nella stessa legge che prevede la potestà ablatoria; come anche in essa può trovarsi definita soltanto la fattispecie astratta (a mezzo di clausola

generale)..". che ne implica poi l'individuazione in concreto nell'ambito di un procedimento normativamente predeterminato (e partecipato). Allorchè, dunque, "il programma da realizzare" sia ancora nella fase progettuale (comportante le opportune valutazioni relative a collocazione, caratteristiche tecniche, convenienza, tutela ambientale ecc.), precedente alla concreta lesione del diritto dominicale (Corte Costit. 90/1966 cit.): soltanto così potendosi garantire che il relativo sacrificio consegua il giusto equilibrio con le reali esigenze della collettività, e configurare il comportamento dell'ente espropriante come rispettoso del principio di legalità non solo formale (cfr. art. 97 Cost. ed art. 1 Prot. All. 1 alla CEDU).

6. Ma il rapporto di implicazione logica e giuridica tra la fase della dichiarazione di p.u. ed il successivo trasferimento coattivo, assolve ad una seconda e non meno rilevante funzione, risalente alla Legge Fondamentale n. 2359 del 1865, art. 13; il quale, onde evitare che si protragga indefinitamente l'incertezza sulla sorte dei beni espropriandi, e nel contempo, che si eseguano opere non più rispondenti, per il decorso del tempo all'interesse generale, ha attribuito ai proprietari una ulteriore garanzia fondamentale, oggi rispondente al principio di legalità e tipicità del procedimento ablativo, disponendo nel comma 1 che nel provvedimento dichiarativo della pubblica utilità dell'opera devono essere fissati quattro termini (e cioè quelli di inizio e di compimento della espropriazione e dei lavori); e stabilendo, nel comma 3, che "trascorsi i termini, la dichiarazione di pubblica utilità diventa inefficace". Sopravvenuta la Costituzione, questa disposizione ha assunto rilevanza costituzionale, essendo stata collegata dalla Corte Costituzionale (sent. 355/1985; 257/1988; 141/1992) direttamente al principio che, siccome la proprietà privata può essere espropriata esclusivamente per motivi di interesse generale (art. 42 Cost., comma 3), tale possibilità è connaturata solo all'esigenza che l'espropriazione avvenga per esigenze effettive e specifiche: che valgano, cioè, a far considerare indispensabile e tempestivo il sacrificio della proprietà privata in quel momento; con la conseguenza che ciò non si verificherebbe ove il trasferimento coattivo di un bene avvenisse in vista di una futura, ma attualmente ipotetica utilizzazione al servizio di specifici fini di interesse generale, ma privi di attualità e di concretezza (Fra tante: Cass. sez. un. 15606/2001; 460/1999; 355/1999; 1907/1997).

Da tale quadro normativo, la giurisprudenza tanto ordinaria, quanto amministrativa, ha tratto le regole, oggi ritenute assolute e non derogabili: A) che "la fissazione di tali termini

costituisce regola indefettibile per ogni e qualsiasi procedimento espropriativo" (Così Corte Costit. 257/1988); B) che la loro omessa fissazione comporta la giuridica inesistenza della dichiarazione di p.u. con tutte le conseguenze sopra evidenziate: prima fra tutte che tale situazione non è idonea a far sorgere il potere espropriativo e, dunque, ad affievolire il diritto soggettivo di proprietà sui beni espropriando; e determina una situazione di carenza di potere che incide (negativamente) sui successivi atti e comportamenti della procedura ablativa, più non consentendone l'adozione (Fra tante, Cass. sez. un. 3569/2011; 9323/2007; 600/2005; nonché 4202/2009; 28214/2008; 16907/2003); C) che tale indicazione (ove non apposta direttamente dalla legge) deve avvenire nello stesso atto avente "ex lege" valore di dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, e quindi nell'atto con cui è approvato il progetto di opera pubblica; ed il relativo onere non può essere assolto mediante atti successivi, seppure in forma di convalida e di sanatoria, idonei ad eliminare l'intrinseca illegittimità del primo atto (Cass. 8210/2007; 120/2004; sez. un. 7881 e 2688/2007; 9532/2004; 355/1999; Cons. St. 7578/2000); D) che scaduti inutilmente i termini finali di cui all'art. 13, si esaurisce il potere dell'espropriante di condurre a compimento il procedimento ablativo; che può soltanto ricominciare attraverso la rinnovazione della dichiarazione di p.u. necessariamente richiedente, come prescritto dalla norma, lo svolgimento ab inizio del procedimento amministrativo strumentale di cui si è detto, e quindi il compimento ex novo di tutte le formalità previste come indispensabili dalla legge per l'approvazione di quel progetto, con la considerazione della situazione attuale (anche dei luoghi), così come evoluta nelle more (Cass. sez. un. 10024/2007; 4717/1996; 7191/1994, nonché 17491/2008; 1836/2001).

Nella diversa prospettiva dell'acquisizione coattiva, che intende riunire sia gli effetti espropriativi, sia la valutazione del pubblico interesse, anche la garanzia offerta dai termini dell'art. 13 è destinata a non trovare spazio, nè tutela effettiva, in quanto la norma non indica alcun limite temporale entro il quale l'amministrazione debba esercitare il relativo potere: perciò esponendo il diritto dominicale su di esso al pericolo dell'emanazione del provvedimento acquisitivo senza limiti di tempo; ed accentuando, 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 pubblica utilità (nella disciplina del T.U., anche a quella

del vincolo preordinato all'esproprio), e quello sanante in cui il bene privato detenuto sine titulo è sottoposto in perpetuo al sacrificio dell'espropriazione.

7. La nuova operazione sanante - in tutte le fattispecie individuate dall'art. 42 bis, compresa quella di utilizzazione del bene senza titolo "in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio" - presenta poi, numerosi ed insuperabili profili di criticità - non risolvibili in via ermeneutica - con le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo (art. 117 Cost.).

La quale, del resto, come già rilevato da questa Corte (Cass. 18239/2005; 20543/2008), si è già pronunciata in tali sensi, esaminando sia pure incidentalmente, l'allora vigente art. 43 T.U., interamente riprodotto nell'impianto del meccanismo traslativo, dall'attuale art. 42 bis. Il suo fulcro qualificante è ravvisato infatti nella prospettiva che la restituzione dell'immobile privato utilizzato per scopi di p.i., secondo le direttive della Convenzione, possa essere evitata soltanto a seguito di un legittimo e formale provvedimento che ne dispone l'acquisizione al patrimonio pubblico; e che deve, a sua volta, trovare giustificazione non più in una situazione fattuale e/o in una prassi giurisprudenziale, ma in una previsione legislativa. Per cui, la coesistenza di detti presupposti è apparsa al legislatore necessaria e nel contempo sufficiente per garantire il "rispetto dei parametri imposti dalla Corte europea e dai principi costituzionali": anche per l'obbligo imposto all'autorità amministrativa di "valutare gli interessi in conflitto", e perciò di "mantenere il giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo".

7.1. Affatto diverso è il quadro normativo prospettato dalla Corte Edu nella interpretazione delle tre norme dell'art. 1 del Prot. n. 1 - la prima afferma il principio generale di rispetto della proprietà; la seconda consente la privazione della proprietà solo alle condizioni indicate; la terza riconosce agli Stati il potere di disciplinare l'uso dei beni in conformità all'interesse generale-;

la quale muove dalla regola che, per determinare se vi sia stata privazione dei beni ai sensi della seconda norma, occorre non solo verificare se vi sono stati spossessamento o espropriazione formale, ma anche guardare al di là delle apparenze ed analizzare la realtà della concreta fattispecie, onde stabilire se essa equivalga ad un'espropriazione di fatto o indiretta, atteso che la CEDU mira a proteggere diritti "concreti ed effettivi" (tra le tante, Papamichalopoulos c. Grecia, 24 giugno 1993; Acciardi e. Italia, 19 maggio 2005;

Carletta e. Italia, 15 luglio 2005; De Angelis e. Italia, 21 dicembre 2006; Pasculli e. Italia, 4 dicembre 2007). Per cui ha dichiarato in radicale contrasto con la Convenzione il principio dell' "espropriazione indiretta", con la quale il trasferimento della proprietà del bene dal privato alla p.a. avviene in virtù della constatazione della situazione di illegalità o illiceità commessa dalla stessa Amministrazione, con l'effetto di convalidarla; di consentire a quest'ultima di trarne vantaggio; nonché di passare oltre le regole fissate in materia di espropriazione, con il rischio di un risultato imprevedibile o arbitrario per gli interessati. E nella categoria suddetta la Corte ha sistematicamente inserito non soltanto l'ipotesi corrispondente alla c.d. occupazione espropriativa, ma tutte indistintamente le fattispecie (sent. 19 maggio 2005, Acciardi) di "perdita di ogni disponibilità dell'immobile combinata con l'impossibilità di porvi rimedio, e con conseguenze assai gravi per il proprietario che subisce una espropriazione di fatto incompatibile con il suo diritto al rispetto dei propri beni": ritenendo ininfluyente "che una tale vicenda sia giustificata soltanto dalla giurisprudenza, ovvero sia consentita mediante disposizioni legislative, come è avvenuto con la L. n. 458 del 1988, art. 3, ovvero da ultimo con l'art. 43 del T.U., in quanto il principio di legalità non significa affatto esistenza di una norma di legge che consenta l'espropriazione indiretta, bensì esistenza di norme giuridiche interne sufficientemente accessibili, precise e prevedibili". Con la conseguenza che il supporto di "una base legale non è sufficiente a soddisfare al principio di legalità" e che "è utile porre particolare attenzione ("se pencher") sulla questione della qualità della legge" (sent. Acciardi cit. par. 75; Scordino, 12 ottobre 2005, cit. parr. 87 ed 88). E quella ulteriore che al nuovo istituto del T.U. i giudici di Strasburgo hanno mosso l'ulteriore addebito di non aver neppure escluso, come aveva fatto la giurisprudenza ordinaria, che l'espropriazione indiretta potesse applicarsi quando la dichiarazione di p.u. sia stata annullata, avendo previsto "che anche in assenza della dichiarazione di p.u. qualsiasi terreno possa essere acquisito al patrimonio pubblico, se il giudice decide di non ordinare la restituzione del terreno occupato e trasformato dall'amministrazione" (CEDU, Sciarrotta, 12 gennaio 2006; Genovese, 2 febbraio 2006; Serrao, 13 ottobre 2005; Scordino, 12 ottobre 2005, par. 90; S.A.S. Cerro c/Italia, cit. 76-80).

7.2. In tale ottica diviene del tutto indifferente per escludere la ricorrenza di espropriazioni di fatto incompatibili con il diritto al rispetto dei propri beni e ripristinare



la legalità, l'adozione postuma di un provvedimento con pretesi effetti sananti, perchè il requisito della legalità secondo la Corte Edu non permette "in generale all'amministrazione di occupare un terreno e di trasformarlo irreversibilmente, di tal maniera da considerarlo acquisito al patrimonio pubblico, senza che contestualmente un provvedimento formale che dichiari il trasferimento di proprietà sia stato emanato" (Cfr. in particolare decisioni 17 maggio 2005, Pasculli; 19 maggio 2005, Acciardi e Campagna; 11 ottobre 2005, La Rosa; 11 ottobre 2005, Chirò; 12 ottobre 2005, Scordino; 13 ottobre 2005, Serrao; 7 novembre 2005, Istituto diocesano; 12 gennaio 2006, Sciarrotta; 23 febbraio 2006, S.A.S.; 20 aprile 2006, De Sciscio; 9 gennaio 2009, Sotira). Il contrasto con la Convenzione dipende, allora, dal riconoscimento nel nostro ordinamento -"en vertu d'un principe jurisprudentiel oû d'un texte de loi comme l'article 43" - di effetti traslativi all'occupazione e successiva modifica meramente fattuale di un terreno "sans qu'en parallèle" sussista un atto formale che dichiari il trasferimento della proprietà "intervenant au plus tard au moment" in cui il proprietario ha perduto ogni potere sull'immobile: così come, del resto, oltre un secolo prima aveva richiesto la L. n. 2359 del 1865, art. 50. Perciò inducendola a concludere che ogni forma di espropriazione indiretta in ogni caso "n'a pas pour effet de régulariser la situation denoncée", nè tanto meno quello di costituire "un'alternativa ad un'espropriazione in buona e dovuta forma" (CEDU, 4, 15 novembre 2005, La Rosa; 3, 12 gennaio 2006, Sciarrotta, 1, 23 febbraio 2006, Immobiliare Cerro).

La "legalizzazione dell'illegale" non è conclusivamente consentita dalla giurisprudenza di Strasburgo neppure ad una norma di legge, nè tanto meno ad un provvedimento amministrativo di essa attuativo, quale è quello che disponga l'acquisizione sanante (Ucci, 22 giugno 2006; Cerro sas, 23 maggio 2006; De Sciscio, 20 aprile 2006; Dominici, 15 febbraio 2006; Serrao, 13 gennaio 2006; Sciarrotta, 12 gennaio 2006; Carletta, 15 luglio 2005; Scordino, 17 maggio 2005); ed in termini non dissimili si è espressa anche Corte Costit. 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 sè a risolvere il grave vulnus al principio di legalità". Sicchè il ritorno alla via legale, come specificamente suggerito dalla stessa Corte Edu (sent. 6 marzo 2007, Scordino 3, cfr. anche, 1, 13 luglio 2006, Zaffuto; 30 marzo 2006, Gianni) allo Stato italiano onde evitare ulteriori condanne, deve essere

perseguito non regolarizzando ex post occupazioni già illegittime, bensì, anzitutto, in via preventiva, consentendo alla p.a. di immettersi nella proprietà privata soltanto se - e dopocchè - abbia già conseguito un legittimo titolo che autorizzi l'ingerenza; ed in caso in cui ciò non sia avvenuto "eliminando gli ostacoli giuridici che impediscono sistematicamente e per principio la restituzione del terreno": peraltro "in analogia con altri ordinamenti europei" (Corte Cost. 293/2010 cit.).

7.3. Il principio di legalità non è, infine, recuperabile in forza dei bilanciamenti e delle comparazioni tra interessi pubblici e privati devoluti dalla norma all'autorità amministrativa che dispone l'acquisizione: avendo la Corte EDU affermato fin dalla nota decisione Belvedere-Alberghiera del 30 maggio 2000, nella quale l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. 1/1996) aveva dato precedenza all'interesse pubblico specifico della collettività alla realizzazione di un'opera idrica per la stessa indispensabile (seppur mancante di dichiarazione di p.u. perchè annullata dallo stesso giudice amministrativo), che la necessità di esaminare tale questione è inattuabile in caso di ingerenza illegittima nella proprietà (in cui la Convenzione privilegia quello privato, postulandone comunque la reintegrazione), ma "può porsi soltanto a condizione che l'ingerenza litigiosa abbia osservato il principio di legalità e non sia risultata arbitraria". Sicchè ha egualmente condannato lo Stato italiano non certamente per l'assenza (allora) nell'ordinamento italiano di una norma con valore sanante della illegittimità della procedura ablativa, ma perchè "la decisione del Consiglio di Stato aveva privato la ricorrente della possibilità di ottenere la restituzione del suo terreno....che per essere compatibile con l'art. 1 del Protocollo deve essere attuata per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi di diritto internazionale" (parr. 54 e 55; nonchè Ucci c. Italia, 22 giugno 2006).

E d'altra parte, poichè la norma attribuisce ad uno dei due portatori dell'interesse in conflitto - la P.A. responsabile dell'illecito ed interessata alla acquisizione dell'immobile - il potere di comparare gli interessi suddetti (CEDU, 3, 9 febbraio 2006, Prenna), e, quindi la scelta di restituirlo ovvero di acquisirlo al proprio patrimonio indisponibile, il suo assetto reale non dipende più (neppure) dalla sua (oggettiva) trasformazione in un bene demaniale o patrimoniale indisponibile, ma viene affidato esclusivamente alla volontà dell'amministrazione - per quanto detto, senza neppure limiti temporali - di ricorrere al

nuovo istituto; nonchè, in caso di impugnazione del provvedimento di acquisizione, alla pronuncia del giudice amministrativo di consentirne o escluderne la restituzione: con conseguente incertezza ed imprevedibilità della sua situazione giuridica fino al momento della sentenza definitiva.

Il che ha indotto i giudici di Starsburgo a rilevare, con la più qualificata dottrina, che con tale regime scompare anche quel minimo di prevedibilità che un sistema normativo è tenuto ad assicurare:

attesa l'inidoneità della base legale su cui si fonda la consentita compromissione della proprietà ad assicurare il sufficiente grado di certezza postulato dalla Convenzione attraverso "l'esistenza di norme giuridiche interne sufficientemente accessibili, precise e dagli effetti prevedibili"; e rende l'istituto nuovamente incompatibile con la Convenzione "non potendosi escludere il rischio di un risultato imprevedibile o arbitrario" (CEDU, 2, 28 giugno 2011, De Caterina; 20 aprile 2006, De Sciscio; 3, 2 febbraio 2006, Genovese).

Ne costituiscono del resto significativa conferma le variegate interpretazioni della norma offerte dalla recente giurisprudenza amministrativa, che talvolta ha posto a carico del proprietario l'onere di esperire il procedimento di messa in mora, per poi impugnare l'eventuale silenzio-rifiuto dell'amministrazione a provvedere; talaltra gli ha concesso di intraprendere direttamente un'azione (soltanto) recuperatoria: a fronte della quale si è tuttavia ulteriormente suddivisa, in quanto alcune pronunce hanno attribuito al giudice amministrativo il normale potere di emettere le tradizionali statuizioni di annullamento e di condanna; altre, invocando l'art. 34 cod. proc. amm. anche il potere di assegnare all'amministrazione un termine per scegliere tra l'adozione del provvedimento di cui all'art. 42 bis, e la restituzione dell'immobile. Mentre altre ancora (tra le quali la decisione del TAR 1614/10) hanno devoluto direttamente al giudice suddetto il compito di emettere il provvedimento, comportante (anche) la valutazione definitiva sulla presenza (o meno), dell'interesse pubblico specifico all'acquisizione del bene.

8. La Corte europea, pur non escludendo che in materia civile una nuova normativa possa avere efficacia retroattiva, ha ripetutamente considerato lecita l'applicazione dello *ius superveniens* in causa soltanto in presenza di "imperieux motifs d'interet general"; ed affermato che in ogni altro caso essa si concreta nella violazione del principio di legalità nonchè del diritto ad un processo equo perchè consente al potere legislativo di introdurre nuove disposizioni specificamente dirette ad influire sull'esito di un giudizio già in corso

(in cui è parte un'amministrazione pubblica), ed induce il giudice a decisioni su base diversa da quella alla quale la controparte poteva legittimamente aspirare al momento di introduzione della lite (cfr. sentenza della Grande Chambre, 28 ottobre 1999, Zielinski; nonchè Forrer-Niedenthal, 20 febbraio 2003, proprio in materia di espropriazione per p.u.; OGIS, 27 maggio 2004; nonchè Scordino c/Italia, 29 luglio 2004, 78).

Questa situazione - già posta in evidenza dalla Corte vigente l'incostituzionale art. 43 T.U. (Cass. 21867/2011; 20543/2008; sez. un. 26732/2007) - si è riproposta proprio per effetto dell'art. 42 bis, il quale, malgrado la precisazione del comma 1 che l'atto di acquisizione è destinato a non operare retroattivamente (rivolta a rispondere ad uno dei rilievi espressi da Corte Costit. 293/2010), con la menzionata disposizione del comma 8, ha confermato la possibilità dell'amministrazione di utilizzare il provvedimento sanante ex tunc, "ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore ed anche se vi è già stato un provvedimento di acquisizione successivamente ritirato o annullato: in conformità del resto alla finalità di attribuire alle amministrazioni occupanti una legale via di uscita dalle situazioni di illegalità venutesi a verificare nel corso degli anni (anche pregressi).

Pertanto il L., che per effetto della sentenza 293/2010 della Corte Costit. avrebbe avuto diritto tanto al momento del ricorso introduttivo del giudizio, alla restituzione dei loro immobili, nonchè al risarcimento del danno alla stregua dei parametri contenuti nell'art. 2043 cod civ., in conseguenza del sopravvenuto art. 42 bis, nonchè del provvedimento acquisitivo autorizzato da detta norma, nel corso del giudizio ha perduto in radice la tutela reale e può avvalersi soltanto di quella indennitaria/risarcitoria dalla stessa introdotta; la quale perciò non si sottrae neppure all'addebito in casi analoghi mosso dalla Corte europea al legislatore nazionale "di averla slealmente introdotto in giudizi iniziati ed impostati secondo diversi presupposti normativi, sì da incorrere anche nella violazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione"per il mutamento "delle regole in corsa": risultando sotto tale profilo in contrasto anche con l'art. 111 Cosr., commi 1 e 2, nella parte in cui, disponendo l'applicabilità ai giudizi in corso delle regole sull'acquisizione coattiva sanante in seguito ad occupazione illegittima, viola i principi del giusto processo, in particolare le condizioni di parità delle parti davanti al giudice, che risultano lese dall'intromissione del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influire sulla risoluzione di una circoscritta e determinata categoria di controversie; ed

appare, quindi, anche sotto questo profilo, nuovamente in contrasto con i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (art. 117 Cost.).

9. Infine, neanche l'indennizzo/risarcimento stabilito quale corrispettivo dell'acquisizione (per il quale è richiesto il regolamento) risulta esente da dubbi di legittimità costituzionale, in quanto l'art. 42 bis, comma 3, ne fissa i seguenti parametri:

"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'art. 37, commi 3, 4, 5, 6 e 7".

Senonchè la Corte costituzionale (sent. 369/1996), nel dichiarare l'incostituzionalità della L. n. 549 del 1995, art. 1, comma 65, che aveva equiparato l'entità del risarcimento del danno da occupazione acquisitiva a quella dell'indennizzo espropriativo, aveva affermato ".. è innegabile, in primo luogo, la violazione che ne deriva del precetto di eguaglianza, stante la radicale diversità strutturale e funzionale delle obbligazioni così comparate. Infatti, mentre la misura dell'indennizzo - obbligazione ex lege per atto legittimo - costituisce il punto di equilibrio tra interesse pubblico alla realizzazione dell'opera e interesse del privato alla conservazione del bene, la misura del risarcimento - obbligazione ex delicto - deve realizzare 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. E quindi sotto il profilo della ragionevolezza intrinseca (ex art. 3 Cost.), poichè nella occupazione appropriativa l'interesse pubblico è già essenzialmente soddisfatto dalla non restituibilità del bene e dalla conservazione dell'opera pubblica, la parificazione del quantum risarcitorio alla misura dell'indennità si prospetta come un di più che sbilancia eccessivamente il contemperamento tra i contrapposti interessi, pubblico e privato, in eccessivo favore del primo (Considerazioni analoghe si rinvencono nelle decisioni 442/1993;

188/1995; 148/1999; 349/2007).

Nel caso, i ricordati principi sono stati disattesi sotto diversi profili, in quanto disponendo che detto indennizzo debba essere sempre e comunque commisurato "al valore venale del bene utilizzato", il legislatore: a) attribuisce ai proprietari interessati da un provvedimento di acquisizione sanante un trattamento deteriore rispetto a quelli, che in

manca di detto provvedimento - come sarebbe accaduto allo stesso ricorrente se il TAR non avesse imposto l'adozione del provvedimento di acquisizione - sono ammessi a chiedere la restituzione dell'immobile insieme al risarcimento del danno, pur quando destinatari di una medesima occupazione abusiva in radice (c.d. usurpativa): in quanto soltanto a questi ultimi è consentito ottenere l'intero risarcimento del danno sofferto, in base ai parametri dell'art. 2043 cod. civ., del danno emergente e del lucro cessante (utili, occasioni e vantaggi che il proprietario provi di aver perduto dalla mancata disponibilità del bene: Cass. 14609/2012; 4052/2009; 2746/2008; 15710/2001; 1196/1986; 3590/1983);

b) tale trattamento resta inferiore pur nel confronto con l'espropriazione legittima dello stesso immobile, in quanto, ove avente destinazione edificatoria, non è riconosciuto l'aumento del 10% di cui all'art. 37, comma 2 del T.U. (non richiamato dalla norma), se l'accordo di cessione è stato concluso, se non è stato concluso per fatto non imputabile all'espropriato o se l'indennità provvisoria attualizzata è inferiore all'80% di quella definitiva: e quindi a maggior ragione se nessuna indennità gli viene offerta, come è peculiare del procedimento di cui all'art. 42 bis. Mentre se il terreno è agricolo non è applicabile il precedente art. 40, comma 1, che impone di tener conto (Cfr. Corte Costit. 181/2011) delle colture effettivamente praticate sul fondo e "del valore dei manufatti edilizi legittimamente realizzati, anche in relazione all'esercizio dell'azienda agricola" (Cass. 23967/2010; 10217/2009; 11782/2007; 4848/1998);

c) incorre in una disparità più palese con il regime di un'espropriazione rituale laddove non considera affatto l'ipotesi di espropriazione parziale; e non consente di tener conto della diminuzione di valore del fondo residuo, invece indennizzata fin dalla L. n. 2359 del 1865, art. 40 (anche nelle ipotesi di occupazione appropriativa: Cass. 8197/2012; 591/2008; 24435/2006), ora trasfuso nell'art. 33 del T.U.; e nel caso espressamente invocata dai proprietari;

d) ha trasformato 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 cod. civ., comma 2). A differenza del risarcimento per espropriazione e/o occupazione illegittime, costituente credito di valore, che deve essere liquidato alla stregua dei valori monetari corrispondenti al momento della relativa pronuncia, sicché il giudice deve tenere conto della svalutazione monetaria sopravvenuta fino alla decisione, anche di ufficio, a prescindere dalla prova della sussistenza di uno

specifico pregiudizio dell'interessato dipendente dal mancato tempestivo conseguimento dell'indennizzo medesimo (Tra tante, Cass. 1889/2013; 4010/2006; 9711/2004).

10. Tale natura risarcitoria sembra invece mantenuta dall'art. 42 bis, comma 3, al corrispettivo per il periodo di occupazione illegittima antecedente al provvedimento di acquisizione ("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): tuttavia pur esso determinato in base ad un parametro riduttivo rispetto a quelli cui è commisurato l'analogo indennizzo per l'occupazione temporanea dell'immobile. In quanto: a) il parametro base è costituito dall'interesse del cinque per cento annuo sul valore venale dell'immobile stimato ai fini dell'indennizzo, perciò corrispondente a circa 1/20 del suo valore annuo. Laddove l'art. 50 del T.U., recependo analoga disposizione contenuta nella L. n. 865 del 1971, art. 20, stabilisce in tutti i casi di occupazione legittima di un immobile che "è dovuta al proprietario una indennità per ogni anno pari ad un dodicesimo di quanto sarebbe dovuto nel caso di esproprio dell'area e, per ogni mese o frazione di mese, una indennità pari ad un dodicesimo di quella annua": perciò corrispondente ad una redditività predeterminata più elevata misura percentuale dell'8,33% all'anno sul valore venale dell'immobile; b) il richiamo all'indennità di espropriazione consente altresì l'applicazione del principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità (Cass. 21352/2004; sez. un. 10502/2012; 24303/2010), che nell'ipotesi di espropriazione parziale la percentuale suddetta vada calcolata sull'indennità di espropriazione computata tenendo conto anche del decremento di valore subito dalla parte dell'immobile rimasta in proprietà dell'espropriato: invece non autorizzato dal parametro rigido contenuto nell'art. 42 bis, comma 3.

Per cui anche il ristoro patrimoniale attribuito dalla norma non consente di escludere il rilievo più volte rivolto dalla Corte EDU al legislatore nazionale, che pure il meccanismo riduttivo di determinazione dell'indennizzo/risarcimento da occupazione senza titolo consente all'espropriante, che omette di svolgere il procedimento previsto dalla legge, di avvantaggiarsi ulteriormente del suo comportamento illegittimo, esonerandolo dal corrispondere una porzione del ristoro dovuto nel caso di occupazione/espropriazione

legittime: perciò non favorendo la buona amministrazione e non contribuendo a prevenire episodi di illegalità.

Conclusivamente, vanno dichiarate rilevanti, e non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale riguardanti l'art. 42 bis, del T.U. appr. con D.P.R. n. 327 del 2001:

- per contrasto con il precetto di eguaglianza nonché di ragionevolezza intrinseca di cui all'art. 3 Cost., sotto ciascuno dei diversi profili di cui in motivazione, involgenti anche l'art. 24 Cost..

- per contrasto con i precetti e le garanzie posti dall'art. 42 Cost.

a tutela della proprietà privata, nonché con il principio di legalità dell'azione amministrativa contenuto negli artt. 97 e 113 Cost.: sotto i diversi profili di cui in motivazione;

- per contrasto con l'art. 117 Cost., comma 1, anche alla luce dell'art. 6 e dell'art. 1 del 1<sup>o</sup> prot. add. della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sotto i diversi profili di cui in motivazione, con cui se ne è evidenziata la disciplina lesiva del diritto di proprietà, nonché del diritto al rispetto dei propri beni, in violazione dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

- per contrasto con l'art. 111, commi 1 e 2, nonché art. 117 Cost., anche alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nella parte in cui, disponendo l'applicabilità ai giudizi in corso della disciplina in questione anche relativa alla determinazione dell'indennizzo/risarcimento del danno per occupazione illegittima in essa contenute, viola i principi del giusto processo, in particolare le condizioni di parità delle parti davanti al giudice, che risultano lese dall'intromissione del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influire sulla risoluzione di una circoscritta e determinata categoria di controversie.

## **Diritto**

### **PQM**

P.Q.M.

La Corte, visto l'art. 134 Cost. e della L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 23, dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del D.L. 6 luglio 2011, n. 98, art. 34, conv. con mod. dalla L. 15 luglio 2011, n. 111, che ha introdotto l'art.



42 bis nel T.U. esprop. p.u. appr. con D.P.R. n. 327 del 2001, per contrasto, nei sensi di cui in motivazione, con gli artt. 3, 24, 42 e 97 Cost.; nonchè art. 111 Cost. e art. 117 Cost., comma 1, anche alla luce dell'art. 6 e dell'art. 1 del 1<sup>^</sup> prot. add.

della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, resa esecutiva con L. 4 agosto 1955, n. 848. Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio. Dispone altresì che la presente ordinanza sia notificata, a cura della cancelleria, al Presidente del Consiglio dei Ministri ed alle parti, ed inoltre comunicata al Presidente della Camera dei Deputati, nonchè al Presidente del Senato della Repubblica.

Così deciso in Roma, il 12 novembre 2013.

Depositato in Cancelleria il 13 gennaio 2014

Note

[www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it) -