

## Corso ordinario on - line MAGISTRATURA 5<sup>a</sup> ed. 2011-2012

### Lezione A-24

#### L'espropriazione e l'occupazione appropriativa

**Sommario:** **1.** Le questioni rilevanti in materia espropriativa: la Corte costituzionale interviene in ordine alla determinazione dell'indennità d'esproprio; **1.1.1.** Corte costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 348, boccia il criterio di computo dell'indennità d'esproprio; **1.1.2.** I profili qualificanti della nuova disciplina dell'indennità di espropriazione; **1.1.3.** Corte costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 349 boccia il criterio di computo del risarcimento del danno da occupazione appropriativa; **1.1.4.** La nuova disciplina recata dall'art. 2, comma 9, della legge n. 244/2007 (legge finanziaria per il 2008); **1.2.** La natura giuridica della cessione volontaria del bene espropriando; **1.3.** Occupazione acquisitiva ed usurpativa: la risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nella riunione n. 987 del 14 febbraio 2007; **1.3.1.** La Corte europea dei diritti dell'uomo 6 marzo 2007 e 31 maggio 2007; **1.3.2.** Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 2007, n. 2582 segue la strada tracciata dalla Corte europea; **1.4.** La disciplina dell'acquisizione sanante ex art. 43 d.P.R. n. 327/2001; **1.5.** Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 293, cancella l'istituto dell'acquisizione sanante; **1.6.** Il nuovo art. 42 bis T.U: l' "utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico" introdotto dall'art. 34 d.l. 98/2011; **2.** La procedura espropriativa; **3.** L'incidenza dei vincoli conformativi e dei vincoli espropriativi sul diritto di proprietà.

#### **1. Le questioni rilevanti in materia espropriativa: la Corte costituzionale interviene in ordine alla determinazione dell'indennità d'esproprio.**

In materia espropriativa, rinviando per i profili processuali alla **lezione n. 3**, le questioni di maggiore interesse attengono: 1) alla determinazione dell'indennità d'esproprio; 2) alla natura giuridica della cessione volontaria; 3) all'istituto dell'occupazione nelle sue varie forme; 4) alla disciplina dell'acquisizione sanante ex art. 43 d.P.R. n. 327/2001; 5) alla situazione all'indomani della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 43 d.P.R. n. 327/2001, da parte di Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 293.

Tra le questioni generali di maggiore attualità nella giurisprudenza va rammentato che nel caso in cui l'amministrazione non corrisponda l'indennità d'esproprio l'espropriato non può presentare istanza all'amministrazione per poter utilizzare il rimedio di cui all'art. 31 c.p.a., atteso che trattandosi di una relazione di diritto-obbligo, non concerne un atto autoritativo della p.a. la cui cognizione è pertanto sottratta alla giurisdizione del g.a., essendo affidata a quella del g.o. (sul tema cfr. di recente Cons. St., sez. IV, 16 novembre 2007, n. 5834).

Inoltre, il legislatore non può adottare normative che si presentino lesive dei principi generali di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche dei soggetti espropriati (**Corte cost., 30 gennaio 2009, n. 24**).

Quanto alla determinazione dell'indennità d'esproprio si segnala che **il criterio di liquidazione dell'indennità di esproprio è stato criticato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza 29 marzo 2006** (Scordino c. Italia), per non offrire al proprietario un indennizzo pari al valore venale del bene in assenza di ragioni che possano giustificare una minore indennità. Con ordinanze rese in data 29 maggio e 19 ottobre 2006, invece, la Suprema Corte ha sollevato questione di costituzionalità dell'art. 5**bis** del d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, nella l. 8 agosto 1992 n. 359, ritenendo che " *la norma è oggetto di censura nella parte in cui, ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione dei suoli edificabili, prevede il criterio di calcolo fondato sulla media tra il valore dei beni e il reddito dominicale rivalutato, disponendone altresì l'applicazione ai giudizi in corso alla data dell'entrata in vigore della l. n. 359 del 1992*". Inoltre, la Corte di Cassazione, n. 11887/2006, ha sollevato questione di costituzionalità in ordine al parametro indennitario utilizzato per il ristoro in caso di occupazione appropriativa, affermando che: " *In tema di risarcimento del danno da occupazione appropriativa, non è manifestamente infondata, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 bis comma 7 bis, della legge n. 359 del 1992, per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., anche alla luce dell'art. 6 e dell'art. 1 del l*

*prot. add. della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nella parte in cui, disponendo l'applicabilità ai giudizi in corso delle regole di determinazione dell'indennità di espropriazione in esso contenute, ed assicurando un trattamento indennitario lesivo del diritto di proprietà, viola i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali."*

Alle citate ordinanze di rimessione risponde la Corte costituzionale con due distinte pronunce esaminate nei paragrafi che seguono.

*1.1.1. Corte costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 348, boccia il criterio di computo dell'indennità d'esproprio.*

La sentenza della Corte costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 348, esamina la conformità del meccanismo previsto dall'art. 5-*bis* del d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, nella l. 8 agosto 1992 n. 359 con le norme della CEDU attraverso i parametri costituzionali dell'art. 111 (principio del giusto processo) e 117 cost. (principio del rispetto degli obblighi internazionali assunti dallo Stato). La Consulta dapprima reitera il proprio orientamento in ordine all'**impossibilità per il giudice nazionale di disapplicare la norma interna contrastante con la CEDU**, in quanto quest'ultime non si traducono in una limitazione della sovranità nazionale, ma in quanto norme internazionali pattizie vincolano lo Stato, senza essere in grado, come invece, quelle comunitarie di produrre effetti diretti nell'ordinamento interno. In questo senso depone, da ultimo, la riscrittura dell'art. 117 cost., che distingue infatti, in modo significativo, i vincoli derivanti dall'«ordinamento comunitario» da quelli riconducibili agli «obblighi internazionali». La differenza tra le due situazioni è a livello sistematico in quanto mentre con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un "ordinamento" più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. La Convenzione CEDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale – pur con le caratteristiche peculiari che saranno esaminate più avanti – dal quale derivano "obblighi" per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri.

Venendo alla questione centrale relativa al **contrasto tra il citato art. 5-*bis* e l'art. 1 del primo Protocollo della CEDU, in relazione al parametro dell'art. 117, comma 1, cost.**, il giudice rimettente evidenzia come il mutamento rappresentato dalla l. cost. 3/2001, imponga al Giudice delle leggi di rivedere la propria posizione circa la conformità a Costituzione della norma scrutinata. La Corte, premesso che le norme della CEDU si pongono quali norme interposte rispetto al precetto costituzionale che alle stesse rinvia, rammenta come nelle precedenti decisioni con le quali ha verificato la legittimità a Costituzione dell'art. 5-*bis*, ha fissato alcuni principi guida in omaggio ai quali **«l'indennizzo assicurato all'espropriato dall'art. 42, comma terzo, Cost., se non deve costituire una integrale riparazione della perdita subita – in quanto occorre coordinare il diritto del privato con l'interesse generale che l'espropriazione mira a realizzare – non può essere, tuttavia, fissato in una misura irrisoria o meramente simbolica ma deve rappresentare un serio ristoro. Perché ciò possa realizzarsi, occorre far riferimento, per la determinazione dell'indennizzo, al valore del bene in relazione alle sue caratteristiche essenziali, fatte palesi dalla potenziale utilizzazione economica di esso, secondo legge. Solo in tal modo può assicurarsi la congruità del ristoro spettante all'espropriato ed evitare che esso sia meramente apparente o irrisorio rispetto al valore del bene»**. La Corte in questo modo indica come **il criterio adeguato debba essere stabilito anche in ragione del contesto storico, istituzionale e giuridico esistente al momento del giudizio**. Né il criterio del valore venale (pur rimasto in vigore dal 1983 al 1992), né alcuno dei criteri «mediati» prescelti dal legislatore possono avere i caratteri dell'assolutezza e della definitività. Si impongono pertanto due distinti approfondimenti: *a)* l'incidenza del mutato quadro normativo sulla compatibilità della norma censurata con la tutela del diritto di proprietà; *b)* il legame tra la contingente situazione storica (economica e finanziaria) esistente al momento della sentenza n. 283 del 1993 e l'esito del giudizio di legittimità costituzionale sulla stessa norma.

Quanto al primo *step* la Consulta prende atto che la Corte europea con la decisione del 29 marzo 2006 ha fissato alcuni principi generali: a) un atto della autorità pubblica, che incide sul diritto di proprietà, deve realizzare un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui (punto 93); b) nel controllare il rispetto di questo equilibrio, la Corte riconosce allo Stato «un ampio margine di apprezzamento», tanto per scegliere le modalità di attuazione, quanto per giudicare se le loro conseguenze trovano legittimazione, nell'interesse generale, dalla necessità di raggiungere l'obiettivo della legge che sta alla base dell'espropriazione (punto 94); c) l'indennizzo non è legittimo, se non consiste in una somma che si ponga «in rapporto ragionevole con il valore del bene»; se da una parte la mancanza totale di indennizzo è giustificabile solo in circostanze eccezionali, dall'altra non è sempre garantita dalla CEDU una riparazione integrale (punto 95); d) in caso di «espropriazione isolata», pur se a fini di pubblica utilità, solo una riparazione integrale può essere considerata in rapporto ragionevole con il valore del bene (punto 96); e) «obiettivi legittimi di utilità pubblica, come quelli perseguiti da misure di riforma economica o di giustizia sociale possono giustificare un indennizzo inferiore al valore di mercato effettivo» (punto 97). Rispetto ai criteri indicati dalla Corte europea per commisurare l'indennità la Consulta individua solo un contrasto con il proprio orientamento espresso nella sentenza 283/1993, che avallava un criterio di indennizzo prossimo al 50 per cento del valore venale del bene, con l'ulteriore possibile decurtazione del 40%. Si tratta di un contrasto solo apparente secondo la Consulta perché va relativizzata rispetto al periodo temporale nel quale la pronuncia veniva emessa, durante il quale il Paese attraversava una grave congiuntura economica.

Posto che l'art. 5-*bis* è stato travasato nell'art. 37 d.P.R. n 327/2001, e che non si può ravvisare la stessa crisi economica congiunturale ecco allora che la norma censurata – la quale prevede un'indennità oscillante, nella pratica, tra il 50 ed il 30 per cento del valore di mercato del bene – **non supera il controllo di costituzionalità in rapporto al «ragionevole legame» con il valore venale**, prescritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e coerente, del resto, con il «serio ristoro» richiesto dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte. La suddetta indennità è inferiore alla soglia minima accettabile di riparazione dovuta ai proprietari espropriati, anche in considerazione del fatto che la pur ridotta somma spettante ai proprietari viene ulteriormente falciata dall'imposizione fiscale, la quale – come rileva il rimettente – si attesta su valori di circa il 20 per cento. **Il legittimo sacrificio che può essere imposto in nome dell'interesse pubblico non può giungere sino alla pratica vanificazione dell'oggetto del diritto di proprietà.**

Ciò non comporta un obbligo per il legislatore di corrispondere in ogni caso un'indennità di esproprio pari al valore venale del bene, potendo quest'ultimo prevedere un ammontare inferiore in ragione della qualità dei fini pubblici da realizzare.

### 1.1.2. I profili qualificanti della nuova disciplina dell'indennità di espropriazione.

La nuova disciplina dell'indennità di espropriazione per le aree edificabili contenuta nell'art. 2, commi 89 e 90, della legge finanziaria per il 2008 (l. 24 dicembre 2007, n. 244) è stata emanata per colmare la lacuna aperta dalla Corte costituzionale (sentenza 348/2007), la quale, a sua volta, è stata chiamata, nell'apparente disinteresse del legislatore e del Governo (che pure aveva l'obbligo di intervenire tempestivamente ai sensi dell'art. unico l. 9.1.2006, n. 12, dopo la sentenza della Grande Chambre della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo - in seguito CEDU - nel noto caso "Scordino I"), a porre rimedio alla "violazione di sistema" dell'art. 1 del primo protocollo aggiunto della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo generata dall'art. 5 *bis*, l. 359/1992 e quindi dall'art. 37 del TU delle espropriazioni, che ha portato "a regime" il criterio di determinazione dell'indennizzo espropriativo fino ad allora operante in via provvisoria, nella prospettiva di una riforma organica dell'istituto.

I punti qualificanti della nuova disciplina dell'indennità per le aree edificabili sono così riassumibili:

- l'indennità è rapportata al valore venale, con riduzione del 25% *"quando l'espropriazione è finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale"*;
- è mantenuto il sistema premiale in caso di cessione volontaria, trasformando la *non decurtazione* del 40% prevista dall'art. 5 *bis* (e 37 t.u.) nella *maggiorazione* del 10%;
- si conferma che tale *bonus* è dovuto anche quando la cessione bonaria non viene

conclusa per insufficienza dell'offerta dell'espropriante (inferiore agli 8/10 dell'indennità stimata congrua);

- applicabilità retroattiva *"a tutti i procedimenti espropriativi in corso, salvo che la determinazione dell'indennità di espropriazione sia stata condivisa, ovvero accettata, o sia comunque divenuta irrevocabile"*.

Le questioni che si pongono attengono essenzialmente:

- a) alla coerenza complessiva del regime delle indennità espropriative, secondo le varie modalità di determinazione previste dal t.u. (si evidenzia, come si cercherà di dimostrare a seguire, un nuovo serio profilo di incostituzionalità);
- b) ai casi in cui è applicabile la *reductio* del 25%;
- c) al regime delle cd. "indennità aggiuntive";
- d) all'ambito di incidenza oggettiva della disciplina e all'idoneità a superare il contenzioso pendente innanzi alla CEDU;
- e) ai prevedibili effetti sull'erario.

Quanto al criterio da utilizzare per le controversie pendenti al tempo dell'intervento della Corte costituzionale e prima dell'entrata in vigore della disciplina contenuta nella finanziaria per il 2008, **Cass., Sez. Un., 14 gennaio 2008, n. 599**: *"Con riguardo ai giudizi di determinazione dell'indennità di esproprio pendenti in cassazione alla data di pubblicazione della sentenza n. 348/2007 della Corte Costituzionale, in attesa di una nuova normativa, trova applicazione il criterio del valore venale, non potendo comunque la misura dell'indennità superare quella effettuata dal giudice del merito qualora la sentenza sia stata impugnata dalla sola amministrazione espropriante."*

*1.1.3. Corte costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 349 boccia il criterio di computo del risarcimento del danno da occupazione appropriativa.*

La sentenza della Corte costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 349, si occupa di valutare la conformità a Costituzione del criterio di commisurazione del risarcimento del danno da occupazione appropriativa. **La norma denunciata dal giudice rimettente violerebbe l'art. 117, primo comma, Cost., in quanto si porrebbe in contrasto con le norme internazionali convenzionali e, anzitutto, con l'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU**, nell'interpretazione offertane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Secondo le indicazioni della Corte europea è compito del legislatore trovare il giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e le esigenze imperative di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo. Ma nel caso di occupazione appropriativa la stessa Corte ha indicato come la previsione di un criterio di commisurazione del risarcimento appena superiore a quello per l'indennità d'esproprio si ponga in contrasto con la CEDU.

*"La temporaneità del criterio di computo stabilito dalla norma censurata, le congiunturali esigenze finanziarie che la sorreggono e l'astratta ammissibilità di una regola risarcitoria non ispirata al principio della integralità della riparazione del danno non costituiscono elementi sufficienti a far ritenere che, nel quadro dei principi costituzionali, la disposizione censurata realizzi un ragionevole componimento degli interessi a confronto, tale da contrastare utilmente la rilevanza della normativa CEDU. Questa è coerente con l'esigenza di garantire la legalità dell'azione amministrativa ed il principio di responsabilità dei pubblici dipendenti per i danni arrecati al privato. Per converso, alla luce delle conferenti norme costituzionali, principalmente dell'art. 42, non si può fare a meno di concludere che il giusto equilibrio tra interesse pubblico ed interesse privato non può ritenersi soddisfatto da una disciplina che permette alla pubblica amministrazione di acquisire un bene in difformità dallo schema legale e di conservare l'opera pubblica realizzata, senza che almeno il danno cagionato, corrispondente al valore di mercato del bene, sia integralmente risarcito. In conclusione, l'art. 5-bis, comma 7-bis, del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992, introdotto dall'art. 3, comma 65, della legge n. 662 del 1996, non prevedendo un ristoro integrale del danno subito per effetto dell'occupazione acquisitiva da parte della pubblica amministrazione, corrispondente al valore di mercato del bene occupato, è in contrasto con gli obblighi internazionali sanciti dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU e per ciò stesso viola l'art. 117, primo comma, della Costituzione."*

*1.1.4. La nuova disciplina recata dall'art. 2, comma 9, della legge n. 244/2007 (legge finanziaria per il 2008).*



La sentenza n. 349, diversamente dalla precedente sentenza n. 348, non pone problemi di disciplina transitoria.

La sentenza n. 349, non ha, infatti, esaminato la compatibilità dell'*in sé* dell'istituto, anche alla luce delle norme Convenzionali, ma solo la congruità, ritenuta inadeguata, della disciplina di liquidazione del danno. La risposta sul *quid* della disciplina applicabile scaturisce immediatamente dal dispositivo della sentenza impugnata, che dichiarando illegittima la norma derogatoria ai principi generali in materia di liquidazione del fatto illecito, ripristina automaticamente i principi generali della responsabilità extracontrattuale (artt. 2043 ss., in particolare 2056 c.c.).

Nella motivazione della sentenza, poi, si trovano ampie considerazioni sulla necessità che il danno nell'occupazione appropriativa **sia commisurato all'effettivo pregiudizio**, cui conduce una valutazione di equo bilanciamento tra l'ammissibilità di un modo di acquisto della proprietà per fatto illecito, e l'interesse del proprietario ad una rifusione superiore all'indennità in modo apprezzabilmente significativo: il che non può che coincidere, anche in base alle indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, con il valore venale.

Ne deriva quindi la non necessità della disciplina legislativa di adeguamento alla sentenza della Corte Costituzionale che l'art. 2, comma 89, della legge 244/2007 (legge finanziaria per il 2008) ha invece dettato a tambur battente statuendo, alla lettera e), che nel corpo dell'articolo 55 del Tu espr, il comma 1 è sostituito dal seguente: «*Nel caso di utilizzazione di un suolo edificabile per scopi di pubblica utilità, in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio alla data del 30 settembre 1996, il risarcimento del danno è liquidato in misura pari al valore venale del bene*».

La norma, oltre che inutile per le ragioni esposte, rischia di ingenerare dubbi e perplessità che costringono a taluni sforzi ermeneutici.

Per un verso il riferimento ai suoli edificabili può porre il dubbio che il principio della risarcibilità integrale del danno concerna solo l'occupazione appropriativa maturata con riguardo a tali aree e non anche a quelle agricole, edificate e, più in generale, non edificabili. Il dilemma è da risolvere in senso estensivo, posto che la disciplina degli artt. 2043, 2056, 1223 c.c. sancisce, in assenza di deroghe che non sono più ravvisabili, il principio della riparazione integrale valevole per ogni illecito aquiliano quale è da reputarsi in via generale la cd. accessione invertita. La disciplina dell'indennità di esproprio e la normativa sul risarcimento del danno da occupazione appropriativa, però, (nuovo testo degli artt. 37, comma 1 e 55 del TU espr) prevedono entrambe un ristoro pari al valore venale del bene così equiparando le conseguenze di un provvedimento legittimo e di una condotta illecita e, per l'effetto, facendo venire meno ogni deterrenza verso un fenomeno patologico destinato a permanere anche in futuro in quanto sostanzialmente preservato dall'art. 43 TU espr. pur se sotto l'ombrello del provvedimento formale di esproprio in sanatoria.

Il problema è accentuato dalla considerazione che lo stesso art. 2, comma 89, nel riscrivere, il comma 2 dell'art. 37 cit., stabilisce che «*nei casi in cui è stato concluso l'accordo di cessione, o quando esso non è stato concluso per fatto non imputabile all'espropriato ovvero perché a questi è stata offerta un'indennità provvisoria che, aggiornata, risulta inferiore agli otto decimi in quella determinata in via definitiva, l'indennità è aumentata del 10 per cento*». Ne consegue che, in caso di cessione volontaria convenuta (o impossibilitata dalla non congrua offerta dell'amministrazione), spetterà al privato una somma superiore al valore venale del bene. Si dà la stura, in tal guisa, ad un'asimmetria alla rovescia, e cioè ad un trattamento più favorevole alla vittima del comportamento legittimo della p.a concretatosi nella cessione volontaria, che otterrà il valore venale incrementato del 10%, rispetto alla vittima dell'occupazione illecita che dovrà accontentarsi del solo valore venale del bene. E' quasi intuitivo l'effetto deterrente alla rovescia che una simile stortura normativa produrrà rispetto al fenomeno dell'occupazione *sine titulo*.

Non poche perplessità provoca anche il richiamo al valore venale del bene come parametro per la commisurazione del danno. Mentre, infatti, detto richiamo appare pertinente con riguardo all'indennizzo da provvedimento di esproprio, ove si ristora il pregiudizio per la perdita della proprietà cagionato da un atto, non altrettanto può dirsi per il pregiudizio cagionato da un comportamento fattuale illecito per il quale vale il principio generale, ex art. 1223 c.c., dell'integrale risarcimento dei danni cagionati non da un atto in sé preso ma da una condotta che si protrae nel tempo.

Se si esamina allora il pregiudizio complessivamente cagionato dal comportamento occupativo sfociato nell'occupazione appropriativa è evidente allora in primo luogo che il valore venale del bene copre solo il pregiudizio dominicale per la perdita della proprietà non già il *vulnus* inferto per via della privazione illecita del possesso per il turno di tempo antecedente alla maturazione dell'accessione invertita. Tale pregiudizio andrà allora risarcito a parte. Si deve quindi interpretare l'art. 2, comma 89, lett. e), nel senso che pone riparo solo al pregiudizio da perdita della proprietà e non anche al danno possessorio anteriore.

Si deve poi osservare che anche il danno da perdita della proprietà non è uguale per tutti al valore venale del bene. Posto infatti che, come insegnato dalla teoria differenziale dello Jhering, il danno non è subito dalla *res* (come nella teoria cd. reale) ma dal soggetto danneggiato, è ben possibile che il proprietario spogliato dimostri, grazie alle note interferenzialità e propagazioni positive tra i vari elementi del patrimonio, che il valore soggettivo del suo bene è superiore al valore del bene e che, quindi, in relazione alle sue specifiche possibilità di realizzo ed utilizzo, il pregiudizio valichi il tetto del valore di mercato del bene. Non è un caso che in modo più prudente l'art. 43 del TU espr., con riguardo alla cd. espropriazione in sanatoria, consapevole che un danno da comportamento non è mai rigidamente concludibile in una formula normativa astratta ed atomistica legata al valore del bene in sé, preveda in modo più generico il risarcimento dei danni. A tale incongruenza si può ovviare in via interpretativa, con il ritenere che il nuovo testo dell'art. 55 del TU espr. sancisca, coerentemente con la *ratio* del rinvio al parametro del valore venale del bene da parte della Corte Europea e della Corte Costituzionale, la base minima legalmente garantita, salva la prova dei maggiori danni. Se la lettera della norma fosse invece reputata insuperabile, si dovrebbe battere la via della riforma di legge o della censura di incostituzionalità avverso un criterio di quantificazione irragionevolmente astratto e restrittivo.

Vien poi da chiedersi se ai danni economici ai quali allude il nuovo art. 55 del TU espr. siano cumulabili quelli non patrimoniali ex art. 2059 c.c., ove sia ravvisabile l'estremo dell'incisione del valore fondamentale della persona nella lettura ormai patrocinata, in tema di danni non patrimoniali, dalla Cassazione a far tempo dal 2003.

### *1.2. La natura giuridica della cessione volontaria del bene espropriando.*

La natura giuridica della cessione volontaria è da sempre stata oggetto di discussione esistendo due contrapposte posizioni: quella di chi la qualifica alla stregua di una **compravendita** rispetto alla quale l'esistenza di un procedimento amministrativo viene confinata nell'area dei motivi, in quanto tali irrilevante; von ciò che ne consegue in termini di disciplina, perché alla cessione sarebbero applicabili istituti tipicamente privatistici quali la rescissione, la risoluzione, la nullità, l'annullamento. Una tesi di segno opposto, invece, configura la cessione come un **contratto di diritto pubblico** ovvero un accordo che si pone quale alternativa consensuale all'utilizzo di un potere unilaterale della p.a. La platea dei sostenitori di quest'ultima tesi è arricchita dalla recente **sentenza della Cassazione del 27 giugno 2006, n. 5390**, che indica alcuni criteri distintivi per sceverare l'ipotesi in cui si sia di fronte ad una compravendita da quella in cui ci si trovi di fronte ad una cessione volontaria: *"La cessione volontaria costituisce un contratto ad oggetto pubblico che, inserito nell'ambito di un procedimento espropriativo, lo conclude eliminando la necessità di un provvedimento amministrativo di acquisizione coatta della proprietà privata, ma non esclude che un bene immobile possa essere trasferito all'ente pubblico a mezzo di un contratto di compravendita, del tutto assoggettato alla disciplina privatistica, sicché, onde distinguere se in pratica ci si sia avvalsi dell'uno o dell'altro strumento contrattuale, anche ai fini dell'applicabilità di istituti connessi alla procedura pubblicistica dell'espropriazione, quali la determinazione dell'indennizzo secondo i canoni legali, e la retrocessione del bene ove l'opera pubblica non sia stata realizzata, va tenuto conto che la pendenza del procedimento espropriativo può dirsi esistente non per il semplice fatto della dichiarazione di pubblica utilità dell'opera realizzanda, occorrendo anche che sia stato avviato il subprocedimento di determinazione indennitaria, e sia stata formulata l'offerta amministrativa dell'indennità, solo in presenza della quale il proprietario può valutare la convenienza della cessione."*

*1.3. Occupazione acquisitiva ed usurpativa: la risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nella riunione n. 987 del 14 febbraio 2007. La Risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nella riunione n. 987 del 14 febbraio 2007.*

A partire da due note pronunce del 2000 (Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia, e Carbonara e Ventura c. Italia) la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ripetutamente bacchettato lo Stato italiano, rilevando la contrarietà dell'occupazione illegittima nelle due forme dell'occupazione appropriativa e dell'occupazione usurpativa rispetto all'art. 1 del primo Protocollo aggiuntivo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il punto di contrasto individuato dalla Corte europea concerne nelle prime sentenze la **mancaanza di un fondamento normativo dell'istituto**: si contesta che il privato possa perdere la proprietà del bene in virtù di un comportamento dell'amministrazione che non segua un procedimento definito in anticipo da una norma. L'elevato numero di condanne subite dallo Stato italiano spinge il legislatore ad introdurre il meccanismo dell'art. 43 d.P.R. 327/2001 (sul quale vedi infra par. 1.4.) per fornire un fondamento normativo, in armonia con le richieste della Corte europea. Sennonché la critica della **Corte europea** nelle sentenze più recenti si radicalizza, ponendo in discussione lo stesso art. 43, nella misura in cui **ritiene un simile fenomeno incompatibile con il rispetto del citato art. 1, nella misura in cui la *deprivation of possession* possa essere il frutto di un atto illecito**, ipotesi quest'ultima che oltre a dare atto di una carenza di moralità della p.a., risulta sprovvisto di una chiara definizione normativa e soggetto ad oscillazioni giurisprudenziali, che aggravano la lesione dell'interessato. L'elevato numero di condanne subite dall'Italia, con le quali la Corte ribadisce: *"che la privazione di un terreno in forza del meccanismo dell'occupazione acquisitiva viola in quanto tale il diritto dell'espropriato al rispetto dei propri beni, di cui all'articolo 1 del Protocollo addizionale n° 1."* (Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 settembre 2006; 5 ottobre 2006; 2 novembre 2006; 16 novembre 2006; 14 dicembre 2006), inoltre afferma che: *"Con la presente sentenza, la CEDU ribadisce che la privazione di un terreno in forza del meccanismo dell'occupazione acquisitiva viola in quanto tale il diritto dell'espropriato al rispetto dei propri beni, di cui all'articolo 1 del Protocollo addizionale n° 1. A tal proposito, si precisa come la dichiarazione da parte delle giurisdizioni interne dell'avvenuta prescrizione del diritto al risarcimento del danno per la perdita del terreno, non pregiudichi in quanto tale la possibilità per la CEDU di accertare detta violazione."* (Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 settembre 2006), sino a giungere a condannare l'Italia sia nella veste di amministrazione per l'occupazione appropriativa che nella veste di giurisdizione per l'eccessiva durata del processo: *"Con la presente sentenza, la CEDU ribadisce che la privazione di un terreno in forza del meccanismo dell'occupazione acquisitiva viola in quanto tale il diritto dell'espropriato al rispetto dei propri beni, di cui all'articolo 1 del Protocollo addizionale n° 1. Inoltre, nel ricorso in esame la Corte riscontra altresì una violazione del diritto ad una durata ragionevole del processo innanzi le giurisdizioni nazionali."*, fa sorgere un caso in seno al **Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa**, che spinge lo stesso organo ad adottare **in data 14 febbraio 2007 una risoluzione interinale sul tema della c.d. espropriazione indiretta**. Il punto centrale della risoluzione verte attorno all'idea che **l'espropriazione indiretta rappresenta in Italia una violazione strutturale o di sistema**, alla stessa stregua di quella sull'eccessiva durata dei processi, che necessita di un meccanismo riparatorio interno, atteso che il numero elevato di procedure pendenti dinanzi alla Corte europea ha trasformato quest'ultima in un quarto grado di giudizio. L'invito forte contenuto nella citata risoluzione è nel senso che l'Italia dovrebbe assicurare la *restituito in integrum* del bene illegittimamente occupato a favore del proprietario con il definitivo ripudio delle coordinate tracciate dalle SS. UU. nella sentenza n. 1463/1983 e l'abbandono di ogni questione inerente la prescrizione quinquennale; fatta salva la possibilità del privato di abdicare al diritto di proprietà per ottenere il risarcimento.

### 1.3.1. La Corte europea dei diritti dell'uomo 6 marzo 2007 e 31 maggio 2007.

Il giudice di Strasburgo con **la sentenza del 6 marzo 2007 (c.d. Scordino 3)** pone **l'accento su tre tematiche**, chiarendo ulteriormente il contrasto tra lo Stato italiano e la convenzione. In particolare, evidenzia: 1) **la natura strutturale della violazione riferibile all'Italia**; 2) **la necessità che l'Italia individui strumenti di carattere generale ed individuale per elidere gli effetti della violazione**; 3) **le conseguenze patrimoniali della reiterata violazione del diritto di proprietà e del pregiudizio derivante dall'assenza di strumenti giurisdizionali efficaci nell'ordinamento nazionale**. Quanto al primo aspetto la Corte individua nell'espropriazione indiretta una forma di violazione strutturale della Convenzione da parte dell'Italia che rischia, per il carattere seriale delle controversie che origina, di mettere a repentaglio il funzionamento della stessa Corte. In

ragione, di ciò il giudice di Strasburgo sollecita l'adozione da parte dell'Italia di misure finanziarie e organizzative in grado di contrastare il fenomeno. Tra queste il non disporre l'occupazione del bene tutte le volte in cui non c'è certezza che saranno rispettate le regole del procedimento espropriativo o non siano state previste misure finanziarie adeguate per assicurare idonei e tempestivi indennizzi a favore dei proprietari. La Corte, inoltre caldeggia l'inasprimento di misure sanzionatorie a carico degli amministratori che concorrono a causare il fenomeno.

Sotto il secondo profilo, **la Corte rilancia il ruolo della *restitutio in integrum***, quale strada maestra della tutela del proprietario, che può essere surrogata dal risarcimento per equivalente del valore venale del bene solo nel caso di accertamento in concreto di un ostacolo che renda impossibile la restituzione.

**L'ultimo punto esaminato dai giudici di Strasburgo attiene la quantificazione del danno**, rispetto alla quale la CEDU muove dall'idea che l'espropriazione indiretta realizzi la violazione di un diritto umano. Il carattere intrinsecamente illecito della condotta della p.a. si ripercuote sui criteri di determinazione del danno, sicché al proprietario deve essere accordato un ristoro patrimoniale, che non può rescindere dal valore aggiunto acquisito dal fondo per effetto della realizzazione del manufatto al di sopra di esso da parte dell'occupante abusivo. Sicché nella fattispecie la Corte ha accordato al proprietario un indennizzo pari al valore del suolo decurtato delle somme ottenute sulla base della liquidazione effettuata dal giudice italiano, aumentato per la rivalutazione, in più è stato conteggiato il plusvalore apportato dalla costruzione dell'edificio. Elemento quest'ultimo che ha fatto schizzare in alto l'ammontare dell'indennizzo.

La sentenza del 31 maggio 2007, si segnala, invece, per l'avallo che la Corte rende ad un possibile strumento risolutivo delle controversie in questione, per altro dalla stessa Corte caldeggiato. Infatti, il giudice di Strasburgo nella fattispecie radia il ricorso dal ruolo prendendo atto del regolamento amichevole concluso tra le parti successivamente alla sentenza in cui si è constatata l'avvenuta violazione dell'articolo 1 del Protocollo addizionale n° 1, così riconoscendo che la quantificazione del danno ben può essere rimesso all'accordo delle parti attraverso uno strumento deflattivo del contenzioso dinanzi alla Corte.

*1.3.2. La giurisprudenza amministrativa segue la strada tracciata dalla Corte europea. Il danneggiato può ottenere il risarcimento per equivalente in luogo della restituzione del bene, qualora l'amministrazione non utilizzi il potere di cui all'art. 43?*

Con la decisione del **Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 2007, n. 2582**, i giudici di Palazzo Spada, inoltre, rimettono in discussione il consolidato principio secondo cui anche in assenza di un atto di natura ablatoria, l'Amministrazione acquista a titolo originario la proprietà dell'area altrui, quando su di essa ha realizzato in tutto o in parte un'opera pubblica, in attuazione della dichiarazione della pubblica utilità; quest'impostazione viene considerata non più condivisibile per due ragioni:

- non è conforme ai principi della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in particolare con l'art. 1 del protocollo n. 1, secondo cui "ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale", rispetto al quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte dichiarato la non conformità del quadro ordinamentale italiano con riferimento in particolare all'occupazione acquisitiva : *ex multis Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia* e *Carbonara e Ventura c. Italia*, 30 maggio 2000; *Scordino c. Italia*, 27 marzo 2003, 15 luglio 2004, 29 luglio 2004; 17 maggio 2005; *Sciarrotta e altri c. Italia*, 12 gennaio 2006; *De Sciscio c. Italia*, 20 aprile 2006; *Gianni e altri c. Italia*, 30 marzo 2006; *Giannazza c. Italia*, 5 ottobre 2006);

- l'ordinamento prevede un unico rimedio per evitare la restituzione dell'area, che è quello disciplinato dall'art. 43 d.p.r. 327/01 – t.u. espropriazioni –, consistente nell'adozione, previa valutazione degli interessi in conflitto, dell'atto di acquisizione (cd. acquisizione sanante) al patrimonio indisponibile della p.a. dell'immobile che sia stato modificato per scopi di interesse pubblico (fermo restando il diritto del proprietario di ottenere il risarcimento dei danni): in assenza di ciò l'amministrazione precedente non può addurre l'intervenuta realizzazione dell'opera quale causa di impossibilità oggettiva e, quindi, quale impedimento alla restituzione, perdurando il diritto di proprietà in capo al privato e sussistendo un illecito permanente



dell'amministrazione che utilizza il fondo altrui e che, dunque, ha l'obbligo di restituirlo e di risarcire il danno cagionato.

In pratica, *"a parte l'applicabilità della disciplina civile sull'usucapione (per la quale il possesso ultraventennale fa acquistare all'Amministrazione il diritto di proprietà pur in assenza dell'atto di natura ablatoria), l'art. 43 testualmente preclude che l'Amministrazione diventi proprietaria di un bene in assenza di un titolo previsto dalla legge. L'Amministrazione può divenire proprietaria:*

- o al termine del procedimento, che si conclude sul piano fisiologico (con il decreto di esproprio o con la cessione del bene espropriando);
- oppure, quando vi è una patologia e il bene è stato "modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento", quando è emesso il decreto di acquisizione ai sensi dell'art. 43".

Per la formulazione di medesime considerazioni si veda anche, recentemente, **Tar Veneto, sez. I, 14 maggio 2007, sez. I, n. 1462; T.A.R. Puglia, Bari, 14 luglio 2008, n.1751.**

Corollario esplicitato dal Consiglio di Stato è che il termine quinquennale condizionante la pretesa risarcitoria non decorre dalla trasformazione irreversibile dell'area o dalla realizzazione dell'opera.

Il venir meno della possibilità per l'amministrazione di acquisire il bene occupato al di fuori dello schema di cui all'art. 43, pone il problema del se il privato possa solo ottenere il risarcimento in forma specifica e quindi la restituzione del bene ovvero se possa chiedere il risarcimento per equivalente rinunciando alla proprietà del bene. Ha di recente precisato il Consiglio di Stato che dalla riforma introdotta dall'articolo 43 del d.p.r. n. 327 del 2001 non deriva affatto alcuna preclusione per proprietario, cui l'amministrazione abbia sottratto un suolo (il bene) in via di fatto o sulla base di un titolo poi annullato o divenuto inefficace, di chiedere, in luogo della restituzione del bene, il risarcimento per equivalente, posto che il senso della norma non è quello di comprimere la facoltà di scelta del privato, ma di attribuire all'amministrazione, quando ne ricorrano le condizioni di interesse pubblico, il potere di paralizzare la domanda di reintegrazione in forma specifica e di convertire la domanda nella forma del risarcimento per equivalente: "se così è, allora non si riesce a comprendere per quale motivo il privato debba necessariamente limitarsi a chiedere la restituzione del bene o il risarcimento del danno in forma specifica essendogli preclusa la strada del risarcimento per equivalente. Tale conclusione, infatti, oltre a non trovare alcun fondamento nel testo della legge, sarebbe aberrante sotto il profilo del rispetto del principio di legalità, in quanto, da un comportamento illecito o illegittimo dell'amministrazione pubblica non solo, come evidenziato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, scaturirebbe la perdita di un diritto sostanziale ma anche una limitazione al diritto di azione sul piano processuale. E tutto ciò, senza alcuna apparente ragione di interesse pubblico (**Cons. St., sez. V, 07 aprile 2009 , n. 2144, in Dispensa 24, conf. TAR Emilia Romagna, sez. I, 13 luglio 2009, n. 1065**).

#### *1.4. La disciplina dell'acquisizione sanante ex art. 43 d.P.R. n. 327/2001.*

La stessa disciplina dell'acquisizione sanante e quella contenuta nell'art. 1, comma 1216 ss., l. n. 296/2006, sul diritto di rivalsa dello Stato nei confronti delle amministrazioni responsabili di violazioni della convenzione europea dei diritti dell'uomo, introdotta dal legislatore per fronteggiare le critiche piovute da Strasburgo pare non raggiungere un livello consono al parametro di tutela richiesto dalla Corte europea. I punti di contrasto tra il meccanismo disciplinato dall'**art. 43** e la posizione della Corte sono due: il primo di carattere strutturale, il secondo di carattere funzionale.

Quanto al primo la Corte con sentenza 17 maggio 2005 e 15 novembre 2005 ha ritenuto che la norma in questione **non ha un sostrato legittimo** in quanto sorge sulle ceneri di un comportamento illecito della p.a., quindi viola la Convenzione nella misura in cui non istituisce un procedimento legittimo e chiaro attraverso il quale il proprietario può essere privato del suo diritto, ma si limita a sanare un comportamento illecito serbato dalla p.a.

Quanto al secondo profilo, **la Corte** con la sentenza 6 marzo 2007 pone uno standard di ristoro monetario che **tiene conto anche del plusvalore derivante dal costo della costruzione** sul suolo occupato, **che non trova riscontro nel parametro utilizzato dall'art. 43.**

Sulla natura giuridica dell'art. 43, poi va segnalata la sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 16 novembre 2007, n. 5830, secondo la quale: *"L'art. 43 D.P.R. n. 327/2001 presuppone, per la sua applicazione, la perdurante sussistenza del diritto di proprietà e di un illecito*

*permanente dell'Amministrazione che si è a suo tempo impossessata del fondo altrui senza concludere tempestivamente il procedimento di esproprio, anche se è stata realizzata l'opera pubblica o di interesse pubblico. Con tale norma il legislatore delegato ha consapevolmente introdotto nel sistema "norme di chiusura", non solo per attribuire all'Amministrazione il potere di dare 'a regime' una soluzione al caso concreto quando gli atti del procedimento divengano inefficaci per decorso del tempo o siano annullati dal giudice amministrativo, ma anche per rimuovere il precedente contrasto sussistente tra la prassi interna (amministrativa e giudiziaria) e la Convenzione Europea, così attribuendo all'Amministrazione una "legale via d'uscita" per gli illeciti già verificatisi. Il testo e la ratio dell'art. 43, dunque, non consentono di ritenere sussistente un termine quinquennale, decorrente dalla trasformazione irreversibile dell'area o dalla realizzazione dell'opera, decorso il quale si verificherebbe la prescrizione della pretesa risarcitoria. Al contrario, l'art. 43 ribadisce il principio per il quale, nel caso di mancata conclusione del procedimento espropriativo e quando vi è una occupazione sine titolo (imputabile all'Amministrazione che abbia occupato l'area, anche se poi questa è stata concessa ad altri), vi è un illecito e l'autore ha l'obbligo di disporre la restituzione del suolo e di risarcire il danno cagionato medio tempore, salvi i rapporti interni tra l'autore dell'illecito e i suoi beneficiari e salvo il potere ex art. 43 di fare venire meno l'obbligo di restituzione ab extra, con l'atto di acquisizione del bene."*

In ogni caso il rimedio dell'art. 43 potrà essere utilizzato dall'amministrazione solo per acquisire la titolarità dell'area, sempre che non possa essere utilizzata la procedura espropriativa (**Cons. St., sez. IV, 30 dicembre 2008, n. 6636**) e non gli sia stata, ad esempio, riconosciuta con sentenza passata in giudicato, atteso che la norma in questione rappresenta un istituto utilizzato per adeguarsi alle indicazioni provenienti dalla CEDU, ma non ha forza tale da incidere sul principio dell'irretrattabilità del giudicato (**Cons. St., sez. IV, 4 febbraio 2008 n. 303**).

I dubbi circa la compatibilità costituzionale dell'istituto disciplinato dall'art. 43 T.U. espr. sono stati proposti dall'ordinanza del **T.A.R. Campania, sez. V, 28 ottobre 2008, n. 730, in Dispensa 24**. Il Tribunale **individua quattro punti di contrasto della disciplina con i precetti costituzionali contenuti negli artt. 3, 24, 42, 97 e 113 Cost.** In prima battuta il TAR campano individua l'incostituzionalità dell'art. 43 nella parte in cui consente di eludere gli obblighi procedurali della instaurazione del contraddittorio, delle tre fasi progettuali e della verifica delle norme di conformità urbanistica. In seconda battuta censura la possibilità che l'istituto possa venire utilizzato dalla p.a. anche nel caso in cui sia passata in giudicato la sentenza del g.a. di annullamento degli atti inerenti la procedura espropriativa, in violazione del principio dell'intangibilità del giudicato amministrativo. In terza battuta il g.a. contesta la contrarietà più volte espressa dalla Corte europea dell'espropriazione indiretta con l'art. 1, prot. 1 CEDU. In ultima battuta il TAR individua un eccesso dell'esercizio del potere di delega ex art. 76 cost., atteso che la legge delegante tra i criteri direttivi non autorizzava il legislatore delegato ad introdurre un simile istituto.

#### *1.5. Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 293, cancella l'istituto dell'acquisizione sanante*

L'istituto dell'acquisizione sanante disciplinato dall'art. 43 del T.U. espr. nasce, come noto, per fare fronte alle critiche provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (tra le tante la sentenza del 30 maggio 2000, e quella 30 ottobre 2003) circa la presenza nell'ordinamento italiano di istituti quali quello dell'occupazione appropriativa ed usurpativa attraverso i quali si consente all'amministrazione di guadagnare l'acquisto del diritto di proprietà pur in costanza di un illecito dalla stessa perpetrato ed in assenza di una procedura prevista dalla legge che tratteggi le fasi che portano alla perdita del diritto in questione. Il tentativo del legislatore nazionale di recepire le indicazioni della Corte europea sfocia nell'istituto dell'acquisizione sanante. Espressione della volontà dei conditores juris di ricucire, per come possibile, la prassi tutta italiana di una procedura d'esproprio illegittima che si traduce nell'acquisto di proprietà a favore della p.a. ed il principio di legalità. La soluzione individuata a livello nazionale non convince, però, fino in fondo i giudici di Strasburgo. Tanto che la critica della Corte europea nelle sentenze più recenti si radicalizza, ponendo in discussione lo stesso art. 43, nella misura in cui ritiene un simile fenomeno incompatibile con il rispetto del citato art. 1, in quanto consente che la deprivation of possession possa essere il frutto di un atto illecito, ipotesi quest'ultima che oltre a dare atto di una carenza di moralità della p.a., risulta sprovvisto di una chiara definizione normativa e soggetto ad oscillazioni giurisprudenziali, che aggravano la