



MARIO PIO CALOGERO*

VITA E MORTE DELL'OCCUPAZIONE ACQUISITIVA. RIFLESSIONI INTORNO AD UN ISTITUTO CONTROVERSO, AD UNA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE, AD UNA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE E AD UN ORIENTAMENTO DELLA CORTE EDU**

SOMMARIO: Premessa. PARTE PRIMA. Una glossa a Cass. s.u. 19 gennaio 2015, n. 735. 1. La fine dell'occupazione acquisitiva: premesse. – 2. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo e la giurisprudenza della Corte di Cassazione. – 3 *Segue*. – 4. La disciplina dell'occupazione acquisitiva interpretata in senso convenzionalmente orientato: a) i principi generali. – 5. *Segue*. – b) le disposizioni legislative. – 6. *Segue*. – 7. La conclusione di Cass. n. 735/2015 e la giurisprudenza costituzionale in tema di occupazione acquisitiva. – PARTE SECONDA. Una glossa a Corte cost. n. 71/2015. 8. L'art. 43 e l'art. 42-bis del d.p.r. n. 327/2001: origini, somiglianze e differenze. – 9. Le eccezioni di illegittimità costituzionale sollevate avverso l'art. 42-bis, d.p.r. n. 327/2001 dalle sezioni unite della Corte di Cassazione. – 10. Le risposte della Corte costituzionale: una valutazione critica. – 11. *Segue*. – 12. *Segue*. – 13. *Segue* Travisamento da parte del legislatore e della Corte costituzionale del monito dei giudici di Strasburgo. Occupazioni *sine titulo* e principio di legalità nella sentenza delle ss.uu. n. 735/2015 e nella sentenza della Consulta n. 71/2015. Principio di legalità e funzione sociale della proprietà – 14. La minore tutela accordata al proprietario dall'art. 42-bis, d.p.r. n. 327/2001 rispetto a quella offerta dalla giurisprudenza. – PARTE TERZA. Per una soluzione normativa che potrebbe incontrare il favore dei giudici di Strasburgo.

Premessa

Il processo di erosione delle soluzioni (l'occupazione acquisitiva, innanzi tutto, ma anche l'occupazione usurpativa¹) create dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione a

* Professore associato di Istituzioni di diritto privato, Università degli Studi di Messina.

** Il presente lavoro rientra in una più ampia ricerca dedicata alla proprietà nel diritto europeo, in corso di svolgimento. Il titolo riprende volutamente quello del saggio di un Autore francese (Y. GAUDEMET, *Vie et mort (?) de l'expropriation indirecte*, in *Mel. Cl. Bontems*, L'Harmattan, 2013, p. 241; v. nota 50) dedicato ad un tema che presenta più di un'analogia con le questioni qui trattate.

¹ Nelle osservazioni che seguono si presuppongono note le figure della occupazione acquisitiva e della occupazione usurpativa, nonché la loro origine e la loro evoluzione. Solo ove strettamente necessario,

partire dagli anni '80 del secolo scorso e, via via, in parte ratificate dal legislatore, per fronteggiare il groviglio di problemi pratici cui dava luogo l'utilizzazione *sine titulo* di un suolo privato da parte della pubblica amministrazione per la costruzione di un'opera pubblica o, più, in generale, per la realizzazione di scopi di interesse pubblico, avviato nei primi anni di questo secolo, sembra aver raggiunto un punto di equilibrio nel 2015.

Più in particolare, da un lato, una sentenza delle ss.uu. della Corte di Cassazione del gennaio del 2015 ha espunto l'istituto dell'occupazione acquisitiva dal sistema, parificando, inoltre, la disciplina della corrispondente fattispecie a quella tradizionalmente ricondotta all'occupazione usurpativa; dall'altro lato, invece, una sentenza della Corte costituzionale di qualche mese successiva ha riconosciuto la legittimità costituzionale dell'art. 42-*bis*, d.p.r. 8.6.2001, n. 327², il quale prevede una forma eccezionale di espropriazione per motivi di interesse generale destinata a prendere il posto, ma solo in presenza di determinati presupposti, dell'occupazione acquisitiva e di quella usurpativa, come elaborate dalla giurisprudenza. In assenza di tali presupposti, le relative occupazioni *sine titulo*, almeno in linea di principio, rimangono sottoposte al diritto comune.

Tutti questi aspetti saranno chiariti dettagliatamente nel prosieguo. Ora, invece, *in limine*, conviene richiamare subito l'attenzione sul fatto che, benché a provocare il superamento della precedente disciplina in materia ha certamente concorso in modo determinante la giurisprudenza della Corte EDU relativa all'art. 1, Primo protocollo CEDU, dall'esame delle sentenze delle ss.uu. della Cassazione e della Corte costituzionale del 2015 risulta, anzitutto, evidente una sensibile differenza tra l'interpretazione che di

pertanto, si farà riferimento ad alcuni profili della struttura e della funzione dell'una o dell'altra. Ad ogni buon conto, per la ricostruzione puntuale di entrambe le figure, sia consentito rinviare a M. CALOGERO, *L'occupazione acquisitiva*, Milano, 1996; M. CALOGERO, A. TOTARO, *L'occupazione acquisitiva nel quadro del procedimento espropriativo*, Padova, 1988; M. CALOGERO, *Ancora sull'occupazione acquisitiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 705 ss.; ID., *L'utilizzazione illegittima dei suoli privati per la realizzazione di opere pubbliche in Francia e nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *L'occupazione acquisitiva*, Atti convegno Palmi, 20-21 novembre 1998, Reggio Calabria, s.d., ma 2000, p. 79 ss.; cui *adde*, nell'ambito della sterminata letteratura, in part., R. ORIANI, *Occupazione d'urgenza, costruzione dell'opera pubblica, decreto di espropriazione "tardivo", tutela giurisdizionale del proprietario, contributo ad uno studio interdisciplinare*, in *Foro it.*, 1982, V, p. 206 ss.; M. COMPORTI, *Dalla occupazione illegittima di immobili da parte della pubblica amministrazione alla "occupazione appropriativa"*, in *Riv. giur. edil.*, 1985, II, p. 3 ss.; M. COSTANTINO, *Le trasformazioni irreversibili dei beni giuridici tra fatti ed atti di autonomia*, in AA. VV., *La civilistica italiana degli anni '50 ad oggi, tra crisi dogmatica e riforma legislativa*, Padova, 1991, p. 540 ss.; A. GAMBARO, *L'occupazione acquisitiva ed i dialoghi tra formanti*, in *Foro it.*, 1993, V, 389 ss.; ID., *Occupazione acquisitiva*, in *Enc.dir.*, agg. IV, Milano, 2000; F. CARINGELLA, *L'espropriazione di valore, l'occupazione appropriativa, l'acquisizione sanante*, in AA.VV., *L'espropriazione per pubblica utilità*, Roma, 2003; R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva: tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006; e, tra gli studi più recenti, G. RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà. Profili strutturali e funzionali nella vicenda della occupazione acquisitiva*, Torino, 2013; M. L. MADDALENA, *La disciplina della espropriazione per pubblica utilità nei principali paesi europei, alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con particolare riferimento alla questione della c.d. espropriazione di fatto*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2014, p. 617 ss.; S. ALECCI, *Il crepuscolo dell'occupazione acquisitiva. Un paio di considerazioni a margine di una sentenza non più differibile*, in *Dir. civ. cont.*, 2015, Anno II, n. 1, www.dirittocivilecontemporaneo.com; G. GRISI, *Acquisizione sanante: l'epilogo mancato di una storia infinita*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 355; A. MOSCARINI, *Una sentenza interpretativa di rigetto sull'acquisizione sanante della proprietà del bene privato illegittimamente occupato dalla P.A.*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1035 ss.; R. PARDOLESI, *Occupazione acquisitiva: la resa, alla buon'ora*, in *Foro it.*, I, p. 454 ss.; *Acquisizione sanante: ansia di riscatto e violenza latente*, *ivi*, p. 2649 ss. (ove anche ulteriori ragguagli bibliografici); F. REGA, *Occupazioni illegittime: il difficile bilanciamento tra interesse pubblico, tutela della proprietà privata e giusto procedimento amministrativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1504 ss.

² Anche se si tratta di una questione nota, giova sottolineare sin da ora che l'art. 42-*bis*, cit., ha preso il posto dell'art. 43, di contenuto sostanzialmente analogo, inserito nel testo originario del d.p.r. n. 327/2001, ma dichiarato costituzionalmente illegittimo per ragioni *formali*. Sul punto v., comunque, *infra* nel testo.

quella giurisprudenza danno le une e l'altra, specialmente rispetto al principio di legalità, come prospettato dai giudici di Strasburgo.

In secondo luogo, poi, con specifico riferimento alla sentenza della Corte costituzionale (e corrispondentemente alla disposizione ivi scrutinata, ovvero l'art. 42-*bis*, cit.) è difficile sottrarsi alla sensazione che la Consulta, probabilmente perché preoccupata delle gravi conseguenze pratiche provocate dall'autentico *pastische* cui formante giurisprudenziale e formante legislativo, spesso non accompagnati da una accurata riflessione da parte della dottrina, hanno creato nel corso di più di un trentennio, con il rischio di riproporsi in futuro, ha dato il proprio avallo ad una soluzione legislativa che, nei fatti, sembra tradire il senso autentico del messaggio che la Corte EDU ha voluto rivolgere all'Italia.

Si tratta di due questioni che, mi sembra, presentano un certo interesse, oltre che in relazione alle specifiche tematiche che vengono in rilievo, anche in ordine al problema, affatto semplice, dell'adeguamento per via ermeneutica del nostro ordinamento ai diritti ed alle libertà enunciati dalla CEDU in genere³, ed in particolare al diritto di proprietà ex art. 1, Primo protocollo, CEDU.

Val la pena, allora, tentare di ricostruire le ragioni (unitamente alle corrispondenti soluzioni tecniche adottate) per le quali la sentenza delle ss.uu. della Corte di Cassazione (quest'ultima, peraltro, uniformandosi alla giurisprudenza amministrativa laddove, già da tempo, negava diritto di cittadinanza all'occupazione acquisitiva nel nostro sistema) ed il legislatore, con l'avallo della Consulta, hanno deciso di modificare profondamente il precedente regime delle occupazioni *sine titulo* dei suoli privati da parte dell'Amministrazione. Peraltro, poiché, come si appena accennato, la disciplina introdotta dall'art. 42-*bis*, cit., nonostante l'interpretazione convenzionalmente orientata proposta dal giudice delle leggi, non appare coerente con la CEDU, la compiuta comprensione del percorso seguito dalla giurisprudenza ordinaria e da quella costituzionale in tema di occupazioni *sine titulo* può forse suggerire (magari per il futuro) qualche soluzione della controversa materia in esame maggiormente coerente con le indicazioni dei giudici di Strasburgo (oltre che con taluni specifici indici della nostra Costituzione).

PARTE PRIMA

Una glossa a Cass. s.u. 19 gennaio 2015, n. 735

1. *La fine dell'occupazione acquisitiva: premesse*

Nonostante da più parti ne fosse stato ripetutamente intonato l'epicedio, l'occupazione acquisitiva, fino a poco tempo addietro, ha mantenuto una grande vitalità, almeno presso i giudici ordinari.

³ Per un quadro dei problemi concernenti la c.d. interpretazione conforme, nelle sue plurime espressioni, alla Costituzione, al diritto internazionale, al diritto "comunitario" o, come anche si dice, "eurounitario", v. A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, Relazione al Convegno su *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Rovigo 15-16 maggio 2014, a cura di A. BERNARDI, Jovene, Napoli 2015, p. 153 ss., nonché in www.rivistaaic.it, 2/2014.

Ancora nel 2013 e nel 2014, infatti, numerose sentenze dei giudici di legittimità hanno riaffermato la persistente vigenza dell'occupazione acquisitiva (come elaborata nel corso degli anni dalla giurisprudenza e, almeno in parte, disciplinata dal legislatore), quale modo di acquisto della proprietà privata da parte della pubblica amministrazione⁴ (beninteso: con riferimento alle fattispecie rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario⁵).

⁴ In questo senso si sono pronunciate, ad es., Cass., sez. III, 16 gennaio 2013, n. 923; Cass., sez. trib., 22 gennaio 2013, n. 1429; Cass., sez. I, 26 marzo 2013, 7583; Cass., sez. I, 7 giugno 2013, n. 14422; Cass., sez. I, 18 settembre 2013; n. 21333; Cass., sez. I, 9 ottobre 2013, n. 22920; Cass., sez. I, 21 febbraio 2014, n. 4187 e Cass., sez. I, 17 aprile 2014, n. 8965.

⁵ Giova ricordare in proposito che, mentre inizialmente la distribuzione della cognizione delle controversie in materia di espropriazione per pubblica utilità tra il giudice ordinario e quello amministrativo era affidata esclusivamente al criterio fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, successivamente allo stesso fine sono stati introdotti criteri diversi. Ciò è dipeso da alcune note vicende normative, in parte aventi ad oggetto specificamente la materia delle espropriazioni per pubblica utilità, in parte riferibili alle questioni di portata più generale relative al riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Ora, tali vicende si sono riflesse anche sul problema della individuazione del giudice titolare della *potestas iudicandi* in tema di occupazione acquisitiva. Sarebbe un fuor d'opera ripercorrere qui analiticamente queste vicende.

Come si dirà meglio *infra*, prima che la Cassazione con la sentenza n. 735/2015, cancellando l'istituto dell'occupazione acquisitiva, aderisse in una certa misura all'interpretazione consolidata presso i giudici amministrativi, che da tempo negavano diritto di cittadinanza a tale istituto, le norme operazionali utilizzate da questi ultimi e quelle, invece, utilizzare dai giudici ordinari per risolvere le controversie nella materia in esame erano (naturalmente) profondamente diverse. Poiché, dunque, la distribuzione delle controversie aventi ad oggetto l'occupazione acquisitiva tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa, almeno fino a poco tempo addietro, si rifletteva (anche) sulla disciplina sostanziale applicabile, è di una certa utilità dar conto degli esiti più importanti delle vicende normative cui si è fatto appena cenno, al fine di rendere pienamente avvertito il lettore di quali controversie, in quanto ricadenti nella giurisdizione amministrativa erano sottratte alla disciplina dell'occupazione acquisitiva e di quali, invece, in quanto attribuite alla cognizione del giudice ordinario, erano sottoposte a tale disciplina.

Ciò posto, al momento della pubblicazione della sentenza n. 735/2015, secondo l'interpretazione consolidata della Corte di Cassazione (v., in part., Cass. ss. uu. 27 giugno 2007, n. 14794 e Cass. ss. uu. 5 agosto 2009, n. 17944), le controversie in parola risultavano distribuite tra il giudice amministrativo ed il giudice ordinario sulla base dei seguenti criteri.

A quest'ultimo giudice erano innanzitutto attribuite, secondo il criterio di riparto fondato sulla distinzione diritti soggettivi e interessi legittimi, le controversie iniziate prima del 1.7.1998 (data a partire dalla quale, ai sensi dell'art. 45, co. 18, d.lgs. 31.3.1998, n. 80 - recante *Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell' articolo 11, comma 4, della l. 15. 3. 1997, n. 59* - andavano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, tra le altre, le controversie di cui all'art. 34, stesso d. lgs, aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia. (V. Cass. 17 novembre 2005, n. 23241).

Alla cognizione del giudice ordinario erano attribuite anche le controversie, aventi sempre il medesimo oggetto, iniziate tra il 1. 7. 1998 ed il 10.8.2000, data (quest'ultima) di entrata in vigore della l. 21. 7. 2000, n. 205 - recante *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa* - e ciò per effetto della sentenza 28.7.2004, n. 281 della Corte Costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità per eccesso di delega dell'art. 34 d. lgs. n. 80/1998, nel testo anteriore alla novella disposta dall'art. 7, l. 205/2000, laddove prevedeva nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva. (V. Cass. 20 aprile 2005, n. 8204; 21 aprile 2006, n. 9343; 9 giugno 2006, n. 13432).

Erano, invece, attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie iniziate a partire dal 10 agosto 2000, data di entrata in vigore dell'art. 34, d.lgs. n. 80/1998, come riformulato dall'art. 7, l. n. 205/2000, nonché, ai sensi dell'art. 53, d.p.r. n. 327/2001, rispetto alle quali la dichiarazione di pubblica utilità fosse intervenuta a partire dal 1.7.2003, data di entrata in vigore dello stesso d.p.r. n. 327/2001. Per completezza, giova, infine ricordare che rientravano, comunque, nella giurisdizione del giudice amministrativo, le controversie in tema di annullamento del decreto di esproprio o del decreto di

Nello stesso periodo, però, non sono mancate decisioni degli stessi giudici che, tutto al contrario, hanno statuito nel senso che l'occupazione acquisitiva non avesse più diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento, uniformandosi così, come si è anticipato, alle conclusioni cui il giudice amministrativo era pervenuto già all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 43, d.p.r. 8.6.2001, n. 327⁶.

Ad avviare quest'ultimo indirizzo è stata la sez. II della Corte di Cassazione con la sentenza n. 705 del 14 gennaio 2013, secondo la quale la realizzazione di un'opera pubblica su un terreno di proprietà privata, occupato legittimamente in via d'urgenza dalla pubblica amministrazione ma senza che il decreto di espropriazione fosse emanato nei termini di legge, «costituisce un mero fatto» inidoneo, pertanto, ad «assurgere a titolo dell'acquisto» dello stesso terreno in capo alla pubblica amministrazione. In tal senso, secondo questa sentenza, deporrebbe in primo luogo la «costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», la quale, a più riprese, ha affermato la contrarietà alla CEDU della occupazione acquisitiva (dai giudici di Strasburgo comunemente denominata «espropriazione indiretta») ed ha escluso la possibilità di individuare sistemi di acquisizione (dei suoli privati da parte della pubblica amministrazione) «diversi da quello consensuale del contratto e da quello autoritativo del legittimo procedimento ablatorio». Ma vi deporrebbe anche l'art. 42-*bis*, d.p.r. n. 327/2001 ai sensi del quale – come si dirà meglio *infra* - in caso di utilizzazione senza titolo di un suolo privato per scopi di interesse pubblico, la pubblica amministrazione può acquisire il bene del privato attraverso il procedimento ivi disciplinato e non già in forza della mera trasformazione dello stesso bene in un'opera dichiarata di pubblica utilità⁷.

Questa interpretazione è stata confermata da successive sentenze della Corte di Cassazione, tutte della prima sezione⁸.

Di fronte a questa altalenante giurisprudenza sono intervenute le Sezioni unite della Corte di Cassazione (Cass. ss.uu. 19 gennaio 2015, n. 735), le quali, così come nel 1983, messe di fronte alle complicazioni cui dava luogo l'utilizzazione dei suoli privati per la costruzione di opere pubbliche in assenza del tempestivo decreto di espropriazione

occupazione, cui seguisse, contestualmente o meno, la domanda risarcitoria. Come si legge in Cass. 15 giugno 2006, n. 13911, l'azione risarcitoria deve essere «esercitata dinanzi al giudice amministrativo, anche se i provvedimenti dell'Amministrazione – la cui emanazione ed esecuzione hanno causato danni, siano essi consistenti in lesione di diritti o d'interessi legittimi – sono stati annullati dallo stesso giudice in sede di giurisdizione di legittimità o a seguito di ricorso straordinario al Capo dello Stato. L'attuazione dei principi di effettività della tutela giurisdizionale e di concentrazione della tutela comporta che anche quella di tipo risarcitorio deve essere necessariamente ed esclusivamente, attribuita al giudice cui è attribuita giurisdizione sulla legittimità dell'atto, giurisdizione che non può subire alcuno spostamento, a favore del giudice dei diritti soggettivi, per l'effetto retroattivo ripristinatorio dell'annullamento».

⁶ V., per tutte, Cons. Stato, ad. plen., 29 aprile 2005 n. 2, dove, tra l'altro si afferma che «in caso di illegittimità della procedura espropriativa e di realizzazione dell'opera pubblica, l'unico rimedio riconosciuto dall'ordinamento per evitare la restituzione dell'area è l'emanazione di un (legittimo) provvedimento di acquisizione ex art. 43 del d.p.r. n. 327 del 2001, in assenza del quale l'Amministrazione non può addurre l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica quale causa di impossibilità oggettiva e quindi come impedimento alla restituzione: la realizzazione dell'opera pubblica è un fatto, e tale resta; la perdita della proprietà da parte del privato e l'acquisto in capo all'Amministrazione possono conseguire unicamente all'emanazione di un provvedimento formale, nel rispetto del principio di legalità e di preminenza del diritto». Sull'art. 43, d.p.r. n. 327/2001, sulla sua dichiarazione di illegittimità costituzionale e conseguente sostituzione con l'art. 42-*bis*, stesso d.p.r., v. oltre nel testo.

⁷ In tal senso, ancora, Cass. n. 705/2013.

⁸ V. Cass. 28 gennaio 2013, n. 1804; 28 febbraio 2013, n. 5025 e 10 aprile 2013, n. 8694.

avevano deciso di tagliar corto, “creando” l’istituto dell’occupazione acquisitiva⁹, allo stesso modo, nel 2015, messe di fronte alla consolidata interpretazione dell’art. 1, Primo protocollo CEDU da parte della Corte EDU, hanno nuovamente deciso di tagliar corto fissando il “principio di diritto” secondo il quale «l’illecito spossessamento del privato da parte della pubblica amministrazione e l’irreversibile trasformazione del suo terreno per la costruzione di un’opera pubblica non danno luogo, anche quando vi sia stata dichiarazione di pubblica utilità, all’acquisto dell’area da parte dell’amministrazione ed il privato ha diritto a chiederne la restituzione salvo che non decida di abdicare al suo diritto e chiedere il risarcimento del danno»¹⁰.

Salvi futuri ripensamenti, che non possono essere esclusi con sicurezza¹¹, l’occupazione acquisitiva, quale modo di acquisto a titolo originario della proprietà da parte dell’amministrazione che segue automaticamente alla irreversibile trasformazione di un suolo privato in vista della costruzione di un’opera pubblica, con il connesso diritto del proprietario ad ottenere a titolo di risarcimento del danno il valore del bene, allo stato, risulterebbe, dunque, definitivamente “espunta” dal nostro ordinamento, ovvero, proseguendo nella metafora con la quale iniziano queste riflessioni, sepolta tra gli strumenti giuridici del passato che ormai hanno fatto il loro tempo.

2. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo e la giurisprudenza della Corte di Cassazione

Le ss. uu., con la sentenza n. 735/2015, sono pervenute al superamento (o se si preferisce: all’abbandono) della *dottrina* dell’occupazione acquisitiva fondamentalmente sulla base dell’art. 1, Primo protocollo CEDU, come interpretato dalla Corte EDU.

In precedenza, innanzi al profluvio di decisioni provenienti da Strasburgo con le quali l’Italia, a far data dal 2000¹², veniva sistematicamente condannata per la pratica dell’occupazione acquisitiva, i giudici di legittimità per quasi 15 anni avevano tentato, per così dire, di “affinarne la disciplina”, onde tentare di superare le critiche sollevate dai giudici europei.

A tal fine, un primo orientamento¹³, per superare il rilievo della Corte di Strasburgo secondo il quale l’occupazione acquisitiva sarebbe stata priva di una specifica disciplina, si era dato cura di sottolineare che, al contrario, l’istituto, oltre a trovare fondamento in una serie di principi generali dell’ordinamento, nel corso degli anni era stato oggetto di specifiche previsioni legislative, prima settoriali (art. 3, co. 1, l. 27.10.1988, n. 458, in part.)

⁹ Si tratta della notissima sentenza delle ss.uu. della Corte di Cassazione 26 febbraio 1983, n. 1464.

¹⁰ Così, appunto, Cass. ss.uu. n. 735/2015.

¹¹ Successivamente alla sentenza delle ss.uu. n. 735/2015, infatti, Cass., sez. I, 27 ottobre 2015 n. 21883, prescindendo del tutto le conclusioni di tale sentenza, ha cassato parzialmente la decisione di una Corte territoriale, rinviando al giudice di merito con il compito di riesaminare la questione della configurabilità nel caso di specie dell’occupazione acquisitiva sotto il profilo dell’accertamento della avvenuta irreversibile trasformazione del suolo privato.

¹² Le prime decisioni della Corte EDU con le quali l’Italia è stata condannata in quanto l’occupazione acquisitiva violerebbe l’art. 1, Primo protocollo CEDU sono *Affaire Carbonara et Ventura c. Italie*, 30.5.2000 e *Affaire Belvedere Albergiera s.r.l. c. Italie*, 30. 5. 2000. A queste prime due decisioni ne sono, poi, seguite, numerosissime altre, tutte consultabili nel sito della Corte EDU <http://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22documentcollectionid2%22:%7B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%7D>.

¹³ V. in part. Cass. s.u. 14 aprile 2003, n. 5902; 6 maggio 2003, n. 6853.

poi di carattere generale (art. 5-*bis*, co. 7-*bis*, aggiunto, dall'art. 1, co. 65, l. 23.12.1996, n. 662, al d.l. 1.7.1992, n. 333, conv. con mod. in l. 8.8.1992, n. 359). Tali disposizioni, peraltro, erano state ritenute costituzionalmente legittime dal giudice delle leggi¹⁴; sicché, almeno a partire da una certa data, non era del tutto peregrino sostenere che la nuova fattispecie acquisitiva era in parte disciplinata da specifiche disposizioni di legge.

Un distinto orientamento dei giudici di legittimità, poi, aveva tentato di risolvere quello che sin dall'inizio era apparso l'aspetto più problematico e più fragile dell'occupazione acquisitiva sotto il profilo della tutela accordata al proprietario, ovvero il problema dell'individuazione del *dies a quo* del termine di prescrizione quinquennale per l'esercizio del diritto al risarcimento del danno.

Ed invero, il nuovo corso avviato dalle ss.uu. nel 1983, che innovava profondamente rispetto alla precedente interpretazione in materia, si applicava anche alle fattispecie perfezionate nel passato e, dunque, finiva col lasciare i proprietari, che legittimamente confidavano nel precedente indirizzo, privi di tutela ogniqualvolta la irreversibile trasformazione si fosse realizzata prima che la giurisprudenza avesse enucleato dal sistema la nuova fattispecie acquisitiva (e, dunque, non solo i proprietari ma anche gli operatori giuridici non ne potevano, neanche immaginare l'esistenza) ed il breve termine di prescrizione fosse già spirato prima della pubblicazione della sentenza n. 1464/1983 senza che l'interessato avesse chiesto il risarcimento dei danni.

Per questa ragione, ad un certo punto, i giudici, modificando in parte il precedente indirizzo, avevano deciso di fissare il *dies a quo* del termine di prescrizione per l'esercizio del diritto al risarcimento del danno «nel momento dell'emersione certa a livello legislativo» dell'occupazione acquisitiva, e cioè nel momento dell'entrata in vigore della legge n. 458/1988, il cui art. 3 avrebbe attribuito «un crisma di riconoscimento legislativo» all'occupazione acquisitiva¹⁵.

Sempre in ordine alla medesima questione, un'altra serie di inconvenienti per la tutela delle ragioni del privato era provocata dalle incertezze manifestatesi in giurisprudenza circa l'effetto interruttivo della prescrizione del diritto al risarcimento del danno di alcuni comportamenti della pubblica amministrazione e del proprietario, quali l'offerta ed il deposito dell'indennità di espropriazione, la richiesta di versamento del prezzo in vista della cessione volontaria del fondo, la richiesta di indennità di occupazione. Anche a questi problemi la giurisprudenza alla fine ha offerto una soluzione attenta alle ragioni del privato, rinvenendo nei comportamenti appena indicati il valore di atti interruttivi della prescrizione del diritto al risarcimento dei danni¹⁶.

Pur con questi adeguamenti, però, il rischio che il termine finale di prescrizione del diritto al risarcimento del danno spirasse anche in danno dei proprietari maggiormente solerti nella tutela dei propri interessi rimaneva piuttosto elevato¹⁷.

¹⁴ V. Corte cost. 31 luglio 1990 n. 384 e Corte cost. 30 aprile 1999 n. 148.

¹⁵ V. in part. Cass. 28 luglio 2008, n. 20543; 18 settembre 2013, n. 21333.

¹⁶ V. in part. Cass. 14 febbraio 2008, n. 3700; 16 gennaio 2013, n. 923.

¹⁷ Siffatto rischio, peraltro, era stato aggravato dalla modifica, ad opera dell'art. 20, l. 22.10.1971, n. 865 della durata del periodo di occupazione preliminare d'urgenza stabilito in precedenza e dalle numerose leggi che hanno via via prorogato il termine di cui all'art. 20, cit., dopo che la Corte costituzionale con la sentenza 30.1.1980, n. 5 aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dei criteri di calcolo dell'indennità di espropriazione introdotti dalla l. n. 865/1971. Inoltre, a complicare ulteriormente tale vicenda, erano sopravvenuto il fatto che la Corte costituzionale, con distinte sentenze, aveva ritenuto incostituzionali talune leggi di proroga del periodo di occupazione preliminare d'urgenza, mentre di altre ne avevano riconosciuto la

Per questa ragione, la Corte di cassazione ha ritenuto opportuno “modificare” ulteriormente la disciplina complessiva dell’istituto in esame, estendendo alla individuazione del *dies a quo* del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da occupazione acquisitiva la regola elaborata dalle ss. uu. della Corte di Cassazione a proposito del corrispondente problema relativo al diritto al risarcimento del danno in caso di contagio di una malattia da emotrasfusione per fatto doloso o colposo di un terzo. Più in particolare, i giudici di legittimità hanno statuito che, ai fini del decorso della prescrizione del diritto al risarcimento del danno da occupazione acquisitiva, analogamente a quanto avviene in presenza di danni da contagio di una malattia da emotrasfusione, non è sufficiente la mera consapevolezza da parte del proprietario di avere subito una occupazione e/o una manipolazione dell’immobile senza titolo, bensì occorre che il danneggiato si trovi nella possibilità di apprezzare «la gravità delle conseguenze lesive per il suo diritto dominicale anche con riferimento alla loro rilevanza giuridica e, quindi, in particolare, al verificarsi dell’effetto estintivo-acquisitivo definitivo perseguito dall’amministrazione espropriante». Con l’ulteriore precisazione che «l’onere di provare la ricorrenza del presupposto richiesto dall’art. 2947 c.c., coincidente con il momento in cui il trasferimento della proprietà con la sua rilevanza giuridica viene percepito o può essere percepito dal proprietario quale danno ingiusto ed irreversibile, grava sull’amministrazione, dovendosi ritenere, in mancanza, che tale momento coincida con quello della citazione introduttiva del giudizio, analogamente a quanto ritenuto dalla Corte europea»¹⁸.

3. *Segue*

Gli sforzi dei giudici ordinari diretti a rendere quanto più possibile l’occupazione acquisitiva in linea con l’art. 1, Primo protocollo CEDU e con la relativa interpretazione della Corte EDU, secondo Cass. s.u. n. 735/2015, non sarebbero, però, riusciti superare le critiche più severe che i giudici di Strasburgo hanno ripetutamente mosso a tale istituto. In particolare, gli “aggiustamenti” operati dalla giurisprudenza italiana non sarebbero riusciti ad ovviare al vizio principale che affetterebbe l’occupazione acquisitiva, rappresentato dal fatto che essa si fonda su regole che impediscono “sistematicamente e per principio” la restituzione del suolo al proprietario, nonostante la intervenuta violazione della legge da parte della pubblica amministrazione. Più in particolare, come è dato desumere dalla complessiva giurisprudenza della Corte EDU, l’occupazione acquisitiva, in quanto consente alla pubblica amministrazione di trarre vantaggio da un proprio comportamento illegittimo risulta fondata su una violazione del principio di legalità; e una modalità di espropriazione (sia essa di origine giurisprudenziale o legislativa) che presupponga una “azione illegale” della pubblica amministrazione in nessun caso può costituire una alternativa legittima ad una espropriazione posta in essere in «buona e debita forma»¹⁹.

Stando così le cose, i giudici di legittimità, nella sentenza n. 735/2015, hanno statuito lapidariamente che «il contrasto dell’istituto dell’occupazione acquisitiva con l’art. 1 del

legittimità. Su questi problemi, sia consentito rinviare a M. CALOGERO, in M. CALOGERO, A. TOTARO, *L’occupazione acquisitiva*, cit., p. 92 ss.

¹⁸ Cass. 17 aprile 2014, n. 8965.

¹⁹ V., *ex plurimis*, tra le più recenti, *Affaire Sciarrotta et autres c. Italie*, 12 gennaio 2006.

Protocollo addizionale alla Convenzione EDU è sufficiente per escluderne la sopravvivenza nel nostro ordinamento». Ma non solo.

Sulla base di tale assunto, gli stessi giudici si sono attribuiti anche il compito di accertare «le conseguenze della contrarietà dell'istituto» ai principi di cui all'art. 1, Primo protocollo, CEDU, alla luce di quanto stabilito dalla «Corte costituzionale con le sentenze n. 348 e 349 del 2007 e 338 del 2011»; precisando, inoltre, che, poiché l'istituto dell'occupazione acquisitiva è stato elaborato dalla giurisprudenza e, successivamente, è stato presupposto da diverse disposizioni di legge, tale compito consisterebbe nello «stabilire, da un lato, se l'interpretazione della giurisprudenza sulle conseguenze dell'illecita utilizzazione sia o meno la sola consentita dal sistema e, dall'altro, se le norme che hanno dato "copertura" all'istituto possano o meno essere "sganciate" da questo ed essere oggetto di una diversa interpretazione».

Quest'ultima statuizione, però, se presa alla lettera, suscita qualche perplessità.

Ed invero, quelle che i giudici di legittimità qualificano “conseguenze” della contrarietà dell'occupazione acquisitiva ai principi formulati dai giudici di Strasburgo, a ben guardare, rappresentano, piuttosto, le premesse che avrebbero dovuto condurre ad espungere l'istituto in parola dal nostro ordinamento.

Secondo l'accezione corrente, infatti, la locuzione istituto giuridico indica il «complesso di norme coordinate per la disciplina dei singoli rapporti tipicamente previsti dall'ordinamento»²⁰. Pertanto, con riferimento al caso in esame, prima di affermare che l'istituto dell'occupazione acquisitiva è contrario ai principi scaturenti dalla CEDU, a stretto rigore, occorrerebbe preliminarmente verificare la contrarietà alla stessa CEDU della disciplina e/o della interpretazione di questa sin qui proposta dai giudici nazionali, sulla scorta della quale tale istituto è stato ricostruito.

Insomma, è il contrasto delle norme che disciplinano l'occupazione acquisitiva con la CEDU che può condurre ad escludere la sopravvivenza nel nostro ordinamento di tale istituto; non la preventiva asserzione della contrarietà dell'occupazione acquisitiva alla CEDU a imporre l'interpretazione convenzionalmente orientata della relativa disciplina o l'eventuale scrutinio di costituzionalità della stessa.

Peraltro, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, risultante in particolare dalle sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, n. 311 del 26 novembre 2009 e n. 317 del 4 dicembre 2009, la CEDU non crea un ordinamento giuridico sovranazionale e non produce, quindi, norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Al contrario, l'art. 117, comma 1, cost., nel condizionare l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla CEDU, assegna a queste ultime il rango di "fonti interposte", la cui funzione è di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato". D'altra parte, le norme CEDU, «rimanendo pur sempre ad un livello sub-costituzionale, non si sottraggono - così come interpretate dalla Corte di Strasburgo - al controllo di costituzionalità», il quale, peraltro, «deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, comma 1, cost. e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione. Al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna

²⁰ Così, ad es., A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1998, p. 8.

con la disposizione convenzionale “interposta”, egli non può disapplicare la norma stessa, ma deve investire la Corte costituzionale della relativa questione di legittimità rispetto al parametro dell’art. 117, comma 1, cost.».

Secondo queste indicazioni, allora, l’obbligo del giudice comune di interpretare le norme interne in senso “convenzionalmente orientato” non rappresenta affatto la “conseguenza” di un preliminare accertamento della contrarietà di un determinato “istituto” alle norme CEDU, ma il sistema fisiologico attraverso il quale gli operatori giuridici, attraverso l’interpretazione dei testi normativi, o, all’occorrenza, investendo delle eventuali questioni di legittimità la Corte costituzionale, assicurano (e vigilano) che la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni venga esercitata nel rispetto, tra l’altro, degli obblighi internazionali (di quelli derivanti dalla CEDU, per ciò che qui interessa specificamente).

Tutt’al più, poiché, da un lato, la natura di ogni istituto giuridico si coglie considerando congiuntamente la sua funzione e la sua struttura, e, dall’altro lato, la struttura di ciascun istituto giuridico, pur “sorreggendone” la funzione è da questa, comunque, illuminata²¹, la preliminare constatazione della contrarietà della funzione dell’occupazione acquisitiva alla CEDU può solo contribuire ad una più accurata valutazione della congruenza della relativa disciplina (ovvero della relativa struttura) alla stessa CEDU.

Non è comunque il caso di indugiare oltre su tali questioni: è del tutto plausibile, infatti, che i giudici di legittimità abbiano deciso di svolgere le proprie argomentazioni nel modo sopra evidenziato per mera comodità espositiva e, dunque, che laddove hanno, preliminarmente statuito che l’occupazione acquisitiva è in contrasto con i principi della CEDU, abbiano inteso riferirsi sinteticamente alla relativa disciplina, rinviando all’immediato prosieguo la puntuale interpretazione di quest’ultima in senso “convenzionalmente orientato”, dalla quale, appunto, si desumerebbe la necessità di espungere l’istituto dal nostro ordinamento.

Più interessante ai nostri fini è, invece, esaminare da vicino le ragioni sulla base delle quali le ss. uu. sono pervenute al risultato di cancellare l’occupazione acquisitiva per mera via interpretativa, senza ricorrere allo scrutinio di legittimità costituzionale della corrispondente disciplina (o di parte di essa), che, pure, la Consulta in passato aveva ritenuto in linea con la costituzione.

A tal fine, per comodità espositiva, giova seguire lo stesso ordine argomentativo dei giudici di legittimità.

4. *La disciplina dell’occupazione acquisitiva interpretata in senso convenzionalmente orientato: a) i principi generali*

Quanto all’interpretazione degli artt. 934 ss. c.c., proposta dalla Corte di Cassazione sin dalla sentenza n. 1464/1983, secondo la quale da tali articoli si desumerebbe il principio generale per cui il conflitto tra il proprietario del suolo ed il soggetto che abbia realizzato sullo stesso una costruzione si comporrebbe attribuendo la proprietà del suolo e la proprietà della costruzione al soggetto portatore dell’interesse prevalente, che, nel caso di costruzione di un’opera pubblica, andrebbe individuato nella pubblica amministrazione

²¹ V. ancora A. TRABUCCHI, *op. e loc.*, citt.

anche allorché abbia agito illegittimamente, la sentenza n. 735/2015 ha, per così dire, buon gioco nell'obiettare che la giurisprudenza di Strasburgo farebbe «cadere il presupposto della possibilità di affermare in via interpretativa che da una attività illecita della pubblica amministrazione possa derivare la perdita del diritto di proprietà da parte del privato». Più precisamente, la rigorosa interpretazione da parte della Corte EDU del principio di legalità ex art. 1, Primo protocollo, CEDU («nessuno può essere privato della sua proprietà se non», tra l'altro, «nelle condizioni previste dalla legge...») escluderebbe in radice la possibilità di desumere per via interpretativa dagli artt. 934 ss. l'esistenza di un principio generale idoneo a giustificare l'acquisto del suolo trasformato in opera pubblica in capo alla pubblica amministrazione, ove la trasformazione sia avvenuta attraverso un comportamento *contra ius* (ovvero, in mancanza della tempestiva emanazione del decreto di espropriazione). Evidentemente, secondo la Corte di Cassazione, i giudici di Strasburgo con la loro interpretazione dell'art. 1, Primo protocollo CEDU, postulano nell'ambito della Convenzione l'esistenza di un principio (se non addirittura di un meta-principio) in forza del quale, almeno nei rapporti tra privato ed autorità, il comportamento *contra legem* di quest'ultima, anche laddove consista solo nella mancata tempestiva emanazione del decreto di espropriazione²², preclude la possibilità che la proprietà di un determinato bene, benché trasformato in vista della realizzazione dell'interesse pubblico delineato nella dichiarazione di pubblica utilità, si trasferisca dall'uno all'altra.

Sul punto siano, però, consentite due brevi digressioni.

La prima. Da un punto di vista generale, non può non rilevarsi che nel nostro ordinamento, nei rapporti *iure privatorum*, si danno eventualità nelle quali l'acquisto della proprietà di taluni beni (mobili, prevalentemente, però) avviene in concomitanza con la commissione di un fatto illecito. Si pensi all'art. 935 c.c. ai sensi del quale, tra l'altro, il proprietario del suolo, che ha fatto costruzioni, piantagioni od opere con materiali altrui, se la separazione non può farsi senza che si rechi grave danno all'opera costruita o senza che perisca la piantagione, acquista (per accessione), l'una o l'altra, anche se si è impossessato dei beni altrui rubandoli²³; o all'art. 940 c.c. che, in tema di specificazione, ove il valore della materia non sorpassi notevolmente quello della mano d'opera, attribuisce la proprietà della *nova res* allo specificatore, anche se questi, come nel caso precedente, abbia sottratto la stessa materia al legittimo proprietario a seguito di un fatto penalmente rilevante²⁴. E, nello stesso ordine di idee, in una certa misura, si può richiamare anche l'art. 1163 c.c., laddove riconosce che il possesso benché acquistato in modo violento e clandestino può giovare per l'usucapione, seppur dal momento in cui la violenza o la clandestinità sono cessate o l'art. 1147, co. 3, c.c., laddove codifica il principio secondo cui *mala fides superveniens non nocet*.

Si può allora porre l'interrogativo se il principio affermato dalla Corte EDU con riferimento alla costruzione di un'opera pubblica, realizzata illegalmente a causa della mancanza del tempestivo decreto di espropriazione, valga anche al di fuori di questa

²² Al riguardo, val la pena sottolineare sin da ora (anche se sul punto si ritornerà *infra* nel testo) che il decreto di espropriazione è meramente attuativo delle scelte amministrative pregresse, legittimamente assunte attraverso l'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio e la dichiarazione di pubblica utilità.

²³ V. A. TABET, E. OTTOLENGHI, G. SCALITI, *La proprietà, Giurisprudenza sist. civ. e comm.*, fondata da W. Biagiavi, Torino, 1981, p. 867; DE MARTINO, *sub art. 935*, in *Commentario Scialoja - Branca, Libro Terzo, Della Proprietà*, Bologna-Roma, 1976, p. 499; G. PESCATORE, *sub art. 935*, in *Commentario Pescatore - Albano - Greco, Della Proprietà*, t. I, Torino, 1968, p. 534.

²⁴ V. A. TABET, E. OTTOLENGHI, G. SCALITI, *La proprietà, Giurisprudenza sist. civ. e comm.*, fondata da W. Biagiavi, Torino, 1981, p. 834; DE MARTINO, *sub art. 940*, in *Commentario Scialoja - Branca*, cit., p. 522; G. PESCATORE, *sub art. 940*, in *Commentario Pescatore Albano Greco*, cit., p. 562.

fattispecie, in presenza di qualunque ipotesi in cui l'acquisto di un bene avvenga in concomitanza di un illecito ed a vantaggio del soggetto che tale illecito abbia posto in essere, ovvero se esso possa tollerare eccezioni. Con la conseguenza che, ove si opti per la prima soluzione, anche rispetto alla disciplina risultante dagli artt. 936 e 940 c.c. e alle altre simili che per avventura dovessero riscontrarsi nel nostro ordinamento (laddove consentono l'acquisto della proprietà di un bene a favore di chi abbia commesso un illecito) si dovrebbe porre il quesito circa la loro coerenza con l'art. 1, Primo protocollo CEDU; mentre, ove si opti per la seconda soluzione, sul piano sistematico, occorrerebbe spiegare perché l'acquisto della proprietà in taluni casi può avvenire in concomitanza con la commissione di un illecito ed in altri no.

La seconda. Come è noto ai sensi dell'art. 822 c.c. i porti e le opere destinate alla difesa nazionale rientrano tra i beni che non possono non appartenere allo Stato. Si può, allora, porre altresì l'interrogativo se anche con riferimento alla costruzione di opere pubbliche preordinate alla costruzione di siffatti beni, preceduta dalla dichiarazione di pubblica utilità, ma non seguita dalla tempestiva emanazione del decreto di espropriazione, la *regula iuris* affermata dai giudici di Strasburgo ne impedisca l'acquisto automatico in capo alla pubblica amministrazione, ovvero, se una volta realizzati, il criterio funzionale dell'appartenenza necessaria di tali beni allo Stato *ex art.* 822 c.c. debba prevalere sul principio di legalità, come interpretato dalla Corte EDU.

5. *Segue b) le disposizioni legislative*

Passando ora al problema della interpretazione “convenzionalmente orientata” delle disposizioni legislative che hanno ad oggetto l'occupazione acquisitiva, i giudici di legittimità nella sentenza n. 735/2015 hanno preso le mosse dall'art. 3, co. 1, l. n. 458/1988²⁵, in forza del quale «il proprietario del terreno utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata, ha diritto al risarcimento del danno causato da provvedimento espropriativo dichiarato illegittimo con sentenza passata in giudicato, con esclusione della retrocessione del bene».²⁶

Come è si è già detto ad altri fini, secondo una diffusa interpretazione la disposizione in esame, al momento della sua emanazione, è stata considerata il «punto di emersione a livello normativo» dell'occupazione acquisitiva, della quale, in particolare, ne avrebbe ampliato l'ambito di applicazione, estendendola alle opere pubbliche (o di pubblico interesse) attraverso le quali si realizzano non beni pubblici in senso proprio, ma beni soggetti al regime della proprietà privata, seppur con varie limitazioni, quali sono, appunto, i beni che vengono in rilievo nell'ambito dell'edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata.

²⁵ Articolo, comunque, abrogato dall'art. 58, d.p.r. 327/2001, a decorrere dal 30.6.2003 ai sensi dell'art. 2, d.l. 20.6.2002, n. 122, conv., con modificazioni, in l. 1.8.2002, n. 185, e, dunque, applicabile ai casi in cui la dichiarazione di pubblica utilità è anteriore al 30.6.2003.

²⁶ Per completezza, giova ricordare che tale articolo è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo da Corte cost. 27.12.1991, n. 486 nella parte in cui non prevede che in presenza di un terreno utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, senza che sia stato emesso il provvedimento di esproprio, possa applicarsi la disciplina risultante da tale disposizione nell'ipotesi in cui il provvedimento espropriativo sia stato dichiarato illegittimo.

A giudizio di Cass. s.u. n.735/2015, però, tale disposizione, oltre a non aver carattere generale, essendo limitata alla utilizzazione dei suoli per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata, si riferirebbe ad una fattispecie che non può ricondursi all'istituto dell'occupazione acquisitiva, mancando due caratteri fondamentali di questa, e cioè sia l'irreversibile destinazione del suolo privato a parte integrante di un'opera pubblica (bene demaniale o patrimoniale indisponibile) sia l'appartenenza a un soggetto pubblico²⁷. E, sulla scorta di questa interpretazione, unitamente alla considerazione del fatto che nella vicenda esaminata nella sentenza n. 735/2015 non veniva in rilievo una utilizzazione dei suoli per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata, i giudici della stessa sentenza n. 735/2015, senza neanche porsi l'interrogativo se la disposizione potesse essere interpretata in senso "convenzionalmente orientato", hanno sbrigativamente concluso che la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, co. 1, l. 458/1988, in relazione al disposto dell'art. 117, co. 1, cost. sarebbe stata irrilevante.

Anche se, come si dirà tra breve, la lettura dell'art. 3, cit., accolta da Cass. s.u. n. 735/2015 è quella cui sembra debba pervenirsi attraverso la sua interpretazione convenzionalmente orientata, l'*iter* seguito a tal fine dai giudici di legittimità non è condivisibile.

Ed invero, prima che si ponesse il problema della interpretazione convenzionalmente orientata della disposizione in esame, alla stessa non poteva non attribuirsi che il significato qui sopra richiamato. Se il legislatore, infatti, con l'art. 3, cit., avesse voluto veramente disciplinare una fattispecie del tutto distinta dalla occupazione acquisitiva – come ritiene Cass. s.u. n. 735/2015 - sarebbe risultato difficile giustificare l'esclusione dell'edilizia sovvenzionata dalla relativa previsione. Più in particolare, sarebbe risultato incomprensibile il motivo per cui il legislatore si sarebbe preoccupato di assicurare che gli immobili costruiti dai privati, ma con agevolazioni creditizie o altre provvidenze a favore delle imprese costruttrici (edilizia convenzionata ed agevolata) rimanessero nella disponibilità degli stessi privati nonostante la mancanza di un valido ed efficace provvedimento espropriativo dei suoli utilizzati a tal fine, e non, invece, di assicurare, nella stessa evenienza, che pure gli immobili direttamente costruiti dall'ente pubblico con finanziamenti interamente pubblici (edilizia sovvenzionata) fossero acquisiti al patrimonio indisponibile dello stesso soggetto pubblico²⁸.

È, allora, maggiormente plausibile ritenere, coerentemente con quanto deciso dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 486 del 27 dicembre 1991²⁹, che il legislatore, con

²⁷ Per questa interpretazione dell'art. 3, l. n. 458/1988, v. Cass. 8 ottobre 1992, n. 10979.

²⁸ E ciò, peraltro, nonostante in tutte e tre le tipologie di edilizia residenziale pubblica vengano sempre in rilievo beni destinati a soddisfare l'esigenza abitativa di persone, in senso lato, economicamente svantaggiate.

²⁹ Si legge, infatti, in questa sentenza: «... l'art. 3 della legge 458/88, da un lato, prende atto della esistenza di una regola già operante in via generale per tutte le opere pubbliche e, in specie, anche nel settore della edilizia residenziale pubblica quanto alle costruzioni realizzate dalla mano pubblica: e, dall'altro, estende tale regola alle restanti parti della stessa edilizia residenziale pubblica che erano sottratte alla sua applicazione. Estensione - questa - giustificata dalla identità, sul piano politico-economico, del risultato perseguito attraverso il programma edilizio, considerato nella globalità delle sue articolazioni a prescindere dalla diversità delle qualificazioni giuridiche spettanti alle costruzioni in dipendenza della natura pubblica o privata del soggetto realizzatore. Donde è da escludersi che l'art. 3 considerato abbia natura derogatoria o eccezionale e deve per contro riconoscersi la idoneità, appunto, a fungere *da tertium comparationis* rispetto alle ipotesi, non comprese nella sua previsione, di utilizzazione senza titolo, perché mai emesso, di aree private a fini di edilizia residenziale pubblica, sempre che incluse nei piani di zona aventi valore di dichiarazione di pubblica utilità e

l'art. 3, cit., consapevole che l'acquisto alla mano pubblica della proprietà dei beni rientranti nell'edilizia sovvenzionata, anche in caso di mancanza di un valido ed efficace decreto di espropriazione, si realizzasse in ogni caso grazie all'occupazione acquisitiva già elaborata dalla giurisprudenza, si sia preoccupato di garantire, nella stessa circostanza, l'acquisto dei beni rientranti nell'edilizia agevolata e convenzionata a favore di coloro che sarebbero stati i legittimi aventi diritto se la procedura espropriativa si fosse regolarmente svolta. E a tal fine, presupposta, appunto, l'esistenza nell'ordinamento all'epoca vigente dell'occupazione acquisitiva, ha introdotto per via legislativa un meccanismo acquisitivo modellato proprio su tale fattispecie, applicabile ad ipotesi nelle quali l'istituto di origine giurisprudenziale non avrebbe potuto trovare applicazione.

Insomma, anche l'art. 3, cit., al pari delle altre disposizioni prese in considerazione da Cass. n. 735/2015 (sulle quali v. *infra*), presupponendo senz'altro l'esistenza dell'occupazione acquisitiva e, dunque, implicitamente, riconoscendone la legittimità, concorreva a disciplinarlo in via generale.

Di conseguenza, i giudici nella sentenza da ultimo cit. si sarebbero dovuti interrogare in modo espresso, pure con riferimento a tale disposizione, sulla possibilità di interpretarla in senso "convenzionalmente orientato", ovvero, ove ciò non fosse stato possibile, sulla opportunità di sottoporla allo scrutinio di legittimità costituzionale; e non limitarsi ad affermare, come si è detto, che si tratterebbe di una disposizione non riferibile al fenomeno dell'occupazione acquisitiva e, comunque, non avente ad oggetto la vicenda sottoposta alla loro cognizione.

A tal fine, l'*iter* argomentativo sarebbe potuto essere il seguente.

In primo luogo, stante la rilevata incompatibilità con la giurisprudenza di Strasburgo dell'interpretazione dei principi generali desumibili dagli artt. 934 ss. c.c., che al momento dell'entrata in vigore dell'art. 3, l. n. 458/1988 costituivano l'unico fondamento dell'occupazione acquisitiva e, dunque, preso atto che tale modo di acquisto, sia pure con una valutazione *ex post*, in quel momento risultava privo di fondamento giuridico, sarebbe stato giocoforza escludere in radice la volontà del legislatore di ratificare attraverso la disposizione in parola la ricostruzione giurisprudenziale che su quei principi (erroneamente) si basava.

In secondo luogo, escluso che nell'art. 3, l. n. 458/1988 potesse rinvenirsi siffatta intenzione del legislatore, la stessa non poteva essere valutata che alla stregua di un rimedio di carattere del tutto eccezionale, applicabile esclusivamente alle fattispecie ivi previste, che nulla poteva, pertanto, dire circa l'esistenza nel nostro ordinamento dell'occupazione acquisitiva, che, anzi al momento della sua entrata in vigore non sarebbe dovuta ... neanche esistere.

Certo, questa interpretazione dell'art. 3, cit., potrebbe sollevare qualche dubbio sulla sua costituzionalità, sia sotto il profilo della esclusione della edilizia sovvenzionata (per le ragioni esposte *supra*) sia alla luce dell'orientamento della Corte EDU che prospetta una violazione dell'art. 1, primo protocollo CEDU anche quando l'acquisto in capo alla pubblica amministrazione del bene privato utilizzato per la costruzione di un'opera pubblica, ma in assenza del decreto di espropriazione, dipenda da una disposizione di legge³⁰.

fermi gli altri elementi di identificazione della fattispecie normativa presupposti dalla disposizione con lo stesso articolo dettata».

³⁰ V., ad es., tra le numerose altre, *Affaire Sciarrotta et autres c. Italie*, 12 gennaio 2006, § 71.

Si tratterebbe, però, di problemi irrilevanti ai fini della questione principale qui esaminata, in quanto la interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 3, cit., come si è appena detto, rende tale disposizione, di fatto, priva di rilievo ai fini della ricostruzione sistematica dell'occupazione acquisitiva³¹.

6. *Segue*

Meno problematica è l'interpretazione convenzionalmente orientata delle altre disposizioni legislative che in passato concorrevano a formare la disciplina dell'occupazione acquisitiva.

Si tratta, innanzitutto, dei co. 5 e 7 dell'art. 11, l. 30.12.1991, n. 413, e dell'art. 55, co. 1., d.pr. n. 327/2001.

Come è noto, i co. 5 e 7 dell'art. 11, l. n. 413/1991 stabiliscono che, ai fini della determinazione della base imponibile dell'imposta sul reddito, debbono essere presi in considerazione, rispettivamente, «le plusvalenze conseguenti alla percezione, da parte di soggetti che non esercitano imprese commerciali, ... di somme comunque dovute per effetto di acquisizione coattiva conseguente ad occupazioni di urgenza divenute illegittime», e il «risarcimento danni da occupazione acquisitiva».

Quale «conseguenza» della contrarietà dell'occupazione acquisitiva all'art. 1, Primo protocollo CEDU, le ss. uu., nella sentenza n. 765/2015, rilevano che le norme tributarie appena richiamate, lungi dal disciplinare l'istituto dell'occupazione acquisitiva medesima, si limitano a regolamentare gli effetti sul piano fiscale della erogazione del corrispondente risarcimento del danno. Ciò vuol dire che le disposizioni in parola prendono in considerazione la erogazione di danaro, in che consiste tale risarcimento, «dall'esterno», senza dire alcunché circa i presupposti e gli effetti della irreversibile trasformazione del suolo privato in un bene pubblico.

«Ne consegue – concludono gli stessi giudici - che l'espunzione dell'istituto [dell'o.a.] dall'ordinamento non contrasta con dette disposizioni, che restano applicabili per il solo fatto che, su domanda del danneggiato e con implicita rinuncia al diritto di proprietà, vi sia stata l'erogazione del risarcimento». L'affermazione è condivisibile nella sostanza, ma, sulla scorta delle osservazioni svolte *supra*, a rigore, andrebbe formulata diversamente.

Occorrerebbe, infatti, preliminarmente (a) rilevare che la formulazione delle disposizioni in esame consente di interpretarle in senso «convenzionalmente orientato». Contrariamente a quanto si riteneva in precedenza, e cioè che tali norme presupponessero necessariamente l'esistenza dell'occupazione acquisitiva, le stesse oggi, sulla scorta della

³¹ Per non dire che la Corte europea di Strasburgo, chiamata a valutare la congruenza dell' art. 3, l. n. 458/1988, con il Primo protocollo CEDU, ha statuito, seppur in una sentenza rimasta isolata, che la scelta del legislatore risultante da tale disposizione, volta a privilegiare l'interesse della collettività, fosse da ritenere pienamente ragionevole, tra l'altro, perché l'indennizzo integrale dei pregiudizi subiti dai proprietari ivi previsto rappresentava una riparazione soddisfacente del nocumento risentito dal privato; in tal senso *Affaire Zubani c. Italie*, 7 agosto 1996, dove, appunto, tra l'altro, si legge: «avec le délégué de la Commission, la Cour note que le choix législatif visant à privilégier l'intérêt de la collectivité dans les cas d'expropriations ou d'occupations illégales de terrains est raisonnable; l'indemnisation intégrale des préjudices subis par les propriétaires concernés constitue une réparation satisfaisante car, en plus du remboursement des dommages, l'administration est tenue de payer aussi l'équivalent de la dépréciation monétaire à partir du jour de l'acte illégitime» (§ 49).

giurisprudenza di Strasburgo, possono essere interpretate nel senso di sottoporre ad una determinata imposta le erogazioni che il privato ottiene ove, una volta realizzata l'opera pubblica in mancanza del decreto di espropriazione, abdichi al proprio diritto dominicale reclamando il risarcimento del danno. In tal modo, le stesse disposizioni, lungi dal "ratificare" l'effetto acquisitivo conseguente alla irreversibile trasformazione del suolo, ne prescindono del tutto e, così interpretate, coerentemente con la giurisprudenza di Strasburgo, sono destinate a trovare applicazione quando il privato abdichi al diritto di proprietà, non quando preferisca domandare la restituzione del bene.

Ed è da questa premessa, sempre a stretto rigore, che si potrebbe quindi (b) desumere il venir meno di un ulteriore indice normativo che in precedenza concorreva alla complessiva ricostruzione dell'occupazione acquisitiva.

Da ultimo, Cass. s.u. n. 735/2015, sempre al fine di verificarne la compatibilità con la giurisprudenza europea, esamina l'art. 55, co. 1, d.p.r. n. 327/2001, anche nel quale, come è noto, in passato si ravvisava un riconoscimento legislativo dell'occupazione acquisitiva. Ai sensi di tale disposizione, infatti, «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». Al riguardo non è inutile ricordare che l'art. 55, co. 1, appena cit. è stato introdotto dall'art. 2, co. 89, lett. e), l. 24.12.2007, n. 244, dopo che la Corte costituzionale, con la sentenza 349/2007, aveva ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 5-bis, co. 7-bis, d.l. n. 333/1992, che fissava il risarcimento del danno spettante al privato in conseguenza dell'irreversibile trasformazione del suo bene in opera pubblica in misura (sensibilmente) inferiore al valore venale del bene medesimo.

Questa volta i giudici di legittimità nella sentenza n. 735/2015, senza ricorrere ad alcuna inversione nel processo argomentativo come nel caso precedente, muovono dalla premessa che la disposizione in esame «prende in considerazione il risarcimento del danno eventualmente spettante al proprietario in caso di illecita utilizzazione del suo terreno» senza, però, escludere «la possibilità di una restituzione del bene illecitamente utilizzato dall'amministrazione». Essa, pertanto, può ben essere letta come se «in essa fosse presente l'inciso 'ove non abbia luogo la restituzione' e non più, secondo la lettura data in precedenza», ovvero, «come se in essa fosse presente l'inciso 'non essendo possibile la restituzione'».

E così, anche l'art. 55, co. 1, cit., una volta interpretato in senso "convenzionalmente orientato" cessa di rappresentare un indice normativo dal quale poter desumere un implicito riconoscimento della legittimità della fattispecie acquisitiva creata dalla giurisprudenza.

7. La conclusione di Cass. n. 735/2015 e la giurisprudenza costituzionale in tema di occupazione acquisitiva

L'interpretazione convenzionalmente orientata della disciplina dell'occupazione acquisitiva, proposta dalla Corte di Cassazione, ha fatto franare il terreno sul quale si fondava tale modo di acquisto della proprietà da parte della pubblica amministrazione.

La sentenza delle ss.uu. esaminata nelle pagine precedenti non poteva, pertanto, non concludere se non statuendo, come si è ricordato all'inizio, *anche con riferimento alle fattispecie*

precedenti l'entrata in vigore il d.p.r. n. 327/2001, che «alla luce della costante giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, quando il decreto di esproprio non sia stato emesso o sia stato annullato, l'occupazione e la manipolazione del bene immobile di un privato da parte dell'Amministrazione si configurano, indipendentemente dalla sussistenza o meno di una dichiarazione di pubblica utilità, come un illecito di diritto comune, che determina non il trasferimento della proprietà in capo all'Amministrazione, ma la responsabilità di questa per i danni». Con l'ulteriore precisazione che nelle fattispecie già ricondotte alla figura dell'occupazione acquisitiva «viene meno la configurabilità dell'illecito come illecito istantaneo con effetti permanenti e, conformemente a quanto sinora ritenuto per la c.d. occupazione usurpativa, se ne deve affermare la natura di illecito permanente, che viene a cessare solo per effetto della restituzione, di un accordo transattivo, della compiuta usucapione da parte dell'occupante che lo ha trasformato, ovvero della rinuncia del proprietario al suo diritto, implicita nella richiesta di risarcimento dei danni per equivalente». Il medesimo illecito, inoltre – sempre secondo le ss.uu. – potrebbe cessare anche per effetto del provvedimento di acquisizione adottato dalla pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 42-*bis*, cit., salva, però, con riferimento alle occupazioni anteriori all'entrata in vigore del d.p.r. n. 327/2001 (30.6.2003), la preventiva verifica della possibilità di applicare tale articolo retroattivamente. Tale ultimo profilo, che non è stato valutato dai giudici nella sentenza n. 735/2015, perché non rilevante nella vicenda esaminata, è stato risolto in senso positivo qualche mese dopo dalla Corte costituzionale con la sentenza 6 maggio 2015, n.71 in sede di scrutinio di legittimità dell'art. 42-*bis*. Sul punto, si rinvia, pertanto alla seconda parte di questo lavoro³²

³² Anche se la questione, come si appena detto nel testo, sembra essere stata definitivamente risolta dalla Corte costituzionale è, comunque, interessante ripercorrere le ragioni che hanno indotto le ss.uu. della Cassazione nella sentenza n. 735/2015 a porre il segnalato interrogativo, non foss'altro che per avere ulteriore contezza dell'incredibile groviglio di problemi sorto intorno a questi temi nel corso degli anni.

Rinviano per l'esame delle ragioni che hanno condotto alla introduzione dell'art. 42-*bis* nel corpo del d.p.r. n. 327/2001 in sostituzione dell'art. 43, che faceva parte del testo originario dello stesso d.p.r., a quanto si dirà nella Parte seconda, occorre qui ricordare che quest'ultima disposizione non conteneva una specifica norma circa il suo ambito di applicazione. Al riguardo si è, così, subito manifestata una radicale differenza di vedute tra i giudici amministrativi e quelli ordinari.

Mentre, infatti, i primi si sono ben presto orientati nel senso che l'art. 43, cit., dovesse applicarsi a *tutti* i casi di occupazione *sine titulo*, dunque, anche a quelli antecedenti la data di entrata in vigore del testo unico sulle espropriazioni (v., in part., *ex plurimis*, C.d.S., IV, 21 maggio 2007, n. 2582; 8 giugno 2009, n. 3509), i secondi sono sempre rimasti saldamente ancorati all'idea contraria, e cioè che l'art. 43 non si riferisse alle occupazioni *sine titulo* anteriori a tale data (v., tra le più recenti, Cass. 22 settembre 2008, n. 23943, ove, peraltro, in motivazione sono richiamati i precedenti).

Più in particolare, con specifico riferimento all'oggetto di questo scritto, per i giudici amministrativi l'applicazione retroattiva dell'art. 43, cit., discendeva, innanzitutto, dal fatto che l'occupazione acquisitiva era già stata ritenuta dai giudici di Strasburgo non conforme all'art. 1, Primo protocollo CEDU, e, dunque, occorreva dare immediatamente applicazione alla nuova disciplina.

In secondo luogo, poi, ancora a parere di questi giudici, l'art. 57 d.p.r. n. 327/2001, stabilendo che le disposizioni in esso contenute non si applicano in presenza di «progetti per i quali, alla data di entrata in vigore dello stesso decreto, sia intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza», farebbe riferimento unicamente al procedimento di espropriazione; di conseguenza, poiché l'art. 43, cit., per natura e funzione si collocava *ab externo* rispetto al procedimento espropriativo, il limite temporale desumibile dalla prima disposizione non poteva essere riferito alla disciplina contenuta nella seconda.

Secondo i giudici ordinari, invece, l'art. 57, d.p.r. n. 327/2001, stabilendo *in via generale*, come si è appena detto, che le disposizioni dello stesso d.p.r. «non si applicano ai progetti per i quali alla data» della sua entrata in vigore «sia intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza», impedirebbe l'applicazione retroattiva di qualunque disposizione in esso contenuto, ivi compreso l'art. 43, cit.

Dichiarata l'illegittimità costituzionale di quest'ultima disposizione, l'art. 42-*bis*, cit., aggiunto al d.p.r. n. 327/2001 in sua sostituzione, al co. 8 ha espressamente stabilito che le norme in esso contenute «trovano altresì applicazione ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore ed anche se vi è già stato un provvedimento di acquisizione successivamente ritirato o annullato, ma deve essere comunque rinnovata la valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico a disporre l'acquisizione ...».

Prescindendo da quest'ultimo inciso, secondo una diffusa interpretazione, accolta anche in alcune decisioni della Corte di Cassazione (V., ad es. n. 705/2003, cit.) il co. 8 dell'art. 42-*bis*, non ponendo limiti temporali di sorta alla applicazione della disciplina in esso contenuta ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore e, dunque, avendo senz'altro efficacia retroattiva, consentirebbe di affermare che il legislatore con tale articolo ha voluto cancellare *definitivamente* ed *interamente* l'occupazione acquisitiva dal nostro ordinamento, indipendentemente dal momento in cui è intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità o indifferibilità ed urgenza (cfr. art. 57, d.p.r. n. 327/2001) e, si potrebbe aggiungere, indipendentemente dal momento in cui è intervenuta la irreversibile trasformazione del fondo del privato e quale che sia il giudice competente.

Se le cose stessero davvero così, al fine di decretare la fine dell'occupazione acquisitiva non sarebbe, dunque, necessario ricorrere al complicato (e a volte involuto) iter argomentativo tracciato nei precedenti §§; basterebbe semplicemente prendere atto che il procedimento disciplinato dall'art. 42-*bis* (in tesi, incompatibile con la fattispecie acquisitiva di origine giurisprudenziale), applicandosi a tutte le occupazioni *sine titulo*, sia a quelle *passate* sia a quelle *future*, rappresenta oggi l'unica via attraverso la quale l'ente espropriante può acquistare la proprietà dei suoli illegittimamente utilizzati in vista della realizzazione di un interesse pubblico.

Le ss.uu. della Corte di Cassazione nella sentenza n. 735/2015 sono state, però, di contrario avviso.

Constatato, infatti, che l'art. 42-*bis*, d.p.r. n. 327/2001 ha sostituito l'art. 43, cit., i giudici di legittimità statuiscano nella sentenza n. 735/2015 che sarebbe evidente «la preoccupazione del legislatore del 2011 [che ha, appunto, introdotto l'art. 42-*bis*, cit.,] di assicurare alla nuova disposizione lo stesso ambito di applicazione temporale dell'art. 43, cit.». Tale disposizione, infatti, si inseriva in un sistema organico di norme destinato a superare l'istituto dell'occupazione acquisitiva, ma soltanto dopo il 30 giugno 2003 (data di entrata in vigore del d.p.r. n. 327/2001), come confermato, appunto, dall'assenza di una specifica previsione circa la sua applicazione ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore. Tale preoccupazione emergerebbe, in particolare, laddove nel comma ottavo dell'art. 42-*bis*, è stata specificamente prevista e disciplinata l'ipotesi della avvenuta emissione di un provvedimento di acquisizione ai sensi del precedente art. 43.

Insomma, l'art. 42-*bis*, secondo i giudici di legittimità, stando alla sua *ratio* (ma prescindendo dalla interpretazione convenzionalmente orientata della disciplina posta a fondamento dell'occupazione acquisitiva, v. *infra*) si applicherebbe sì alle occupazioni *sine titulo* anteriori alla sua entrata in vigore, ma non a quelle anteriori anche all'entrata in vigore del d.p.r. n. 327/2001.

Peraltro, osservano ancora le ss.uu., l'art. 55, d.p.r. n. 327/2001 (*non convenzionalmente interpretato, però*) disponendo che in caso di utilizzazione di un suolo edificabile per scopi di pubblica utilità alla data del 30.9.1996, in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio, il risarcimento del danno deve essere liquidato in misura pari al valore venale del bene, presuppone univocamente che fino a quella data alle occupazioni *sine titulo* (ricorrendone i presupposti) si applicasse senz'altro la disciplina dell'occupazione acquisitiva e, dunque, che si realizzasse automaticamente il noto effetto estintivo-acquisitivo. Conseguenze da ciò che, attesa l'inconciliabilità dell'occupazione acquisitiva con il meccanismo dell'acquisizione sanante, con riferimento alle utilizzazioni di un suolo edificabile per scopi di pubblica utilità in assenza del valido provvedimento di esproprio alla data del 30.9.1996, l'asserita retroattività dell'art. 42-*bis*, cit., (e prima dell'art. 43, cit.) risulterebbe incompatibile con la espressa previsione contenuta nell'art. 55, cit. Anche sotto questo profilo, pertanto, nel quadro del sistema scaturente dal d.p.r. n. 327/2001, non si potrebbe affatto sostenere che l'art. 42-*bis*, cit., abbia cancellato l'occupazione acquisitiva con *effetto retroattivo*.

Naturalmente, la situazione si atteggia in modo del tutto diverso in conseguenza dell'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 55, cit., illustrata nelle pagine precedenti.

Ora, è sulla base di queste premesse che le ss.uu. pongono l'interrogativo ricordato nel testo e che più rigorosamente andrebbe formulato così: posto che l'espunzione dell'istituto dell'occupazione acquisitiva dall'ordinamento non può essere ricondotta all'art. 42-*bis*, si pone il problema di carattere generale se per effetto della cancellazione dell'istituto provocata da una causa diversa [la sua incompatibilità con l'art. 1, Primo protocollo CEDU] «possa ipotizzarsi, alla stregua dei principi relativi alla applicazione della legge ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore ed ai rapporti da tali fatti generati, un ampliamento temporale del campo di applicazione dell'art. 42-*bis*, che non troverebbe più il limite derivante da situazioni in cui è già avvenuta l'acquisizione alla mano pubblica, ma eventualmente il limite, da verificare, dell'irretroattività della nuova disciplina oltre la decorrenza da essa desumibile» (così Cass. ss. uu. n. 735/2015). In tal modo, la Corte

Stando così le cose, le ss. uu. hanno contemporaneamente cancellato l'occupazione acquisitiva dal nostro ordinamento e parificato l'illecito che la pubblica amministrazione pone in essere allorché manipola il bene privato in presenza della dichiarazione di pubblica utilità ma senza emanare tempestivamente il decreto di espropriazione (occupazione acquisitiva) all'illecito che la stessa pone in essere quando la manipolazione del suolo avviene in assenza anche della dichiarazione di pubblica utilità (occupazione usurpativa).

Sotto questo profilo, la *ratio decidendi* della sentenza delle ss. uu. n. 735/2015 è *coerente* con la *ratio* dell'art. 42-*bis*, d.p.r. n. 327/2001 (e già con quella dell' art. 43, stesso d.p.r.)³³. Ed invero, così come le ss. uu. con la sentenza n. 735/2015 hanno statuito che i rimedi (comuni) dell'ordinamento di fronte alla manipolazione del suolo privato da parte della pubblica amministrazione non possono che essere identici, sia in assenza del solo decreto di esproprio sia in assenza della dichiarazione di pubblica utilità, venendo in rilievo in entrambi i casi un illecito permanente, analogamente il legislatore ha sottoposto alla medesima disciplina sia l'ipotesi in cui l'autorità utilizzi un bene privato per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del (solo) decreto di espropriazione, sia l'ipotesi in cui la stessa autorità utilizzi un bene privato per i medesimi scopi, modificato in assenza della dichiarazione di pubblica utilità.

Ciò posto, il risultato cui sono pervenute le ss. uu. suscita qualche perplessità.

In primo luogo, perché prescinde del tutto dalla profonda differenza tra il vizio che colpisce la procedura espropriativa ove manchi la dichiarazione di pubblica utilità e quello che, invece, si riscontra laddove il decreto di espropriazione non sia stato tempestivamente emanato. Sul punto, però, per ragioni espositive, si rinvia alla Parte seconda.

In secondo luogo, perché, mettendo a confronto *analiticamente e singolarmente* i principi generali e gli indici normativi sui quali era stata fondata l'occupazione acquisitiva con l'art.1, Primo protocollo CEDU e con la relativa interpretazione della Corte EDU, le ss. uu. hanno mostrato di condividere appieno la rigorosa interpretazione proveniente da Strasburgo secondo la quale l'occupazione acquisitiva si pone in insanabile contrasto con la CEDU, senza, però, tener minimamente conto del fatto che la giurisprudenza della Corte costituzionale, nelle decisioni in cui ha affrontato *ex professo* la questione, al contrario ha riconosciuto la legittimità costituzionale di tale istituto.

Ed invero, nella pronuncia delle ss. uu., circa la giurisprudenza costituzionale in materia, è dato rinvenire solo rapidi accenni (*i*) alla circostanza che la Consulta nella sentenza n. 349/2007, dichiarando l'illegittimità costituzionale l'art. 5-*bis*, co. 7-*bis*, d.l. n. 333/1992³⁴, avrebbe "presupposto" «implicitamente esistente e costituzionalmente

di Cassazione mostra di ritenere, seppure implicitamente, che l'ambito di applicazione temporale dell'art 42-*bis*, cit., una volta accertata la fine dell'occupazione acquisitiva, non possa essere individuato, almeno automaticamente, alla luce dell'art. 57, co. 1, d.p.r. n. 327/2001, relativo all'ambito di applicazione temporale delle "disposizioni" *tout-court* dello stesso d.p.r., dunque: *di tutte le disposizioni* in esso contenute. Ed invero, posto che l'art. 43, d.p.r. n. 327/2001 e, poi, l'art. 42-*bis*, cit, sono stati introdotti per sostituire all'occupazione acquisitiva l'acquisizione sanante, la cancellazione della prima anche per il passato farebbe venir meno l'ostacolo logico e pratico, rappresentato dall'acquisto del suolo privato in capo alla pubblica amministrazione in dipendenza della nota irreversibile trasformazione, che nel (micro-) sistema delineato dal d.p.r. n. 327/2001 impediva di ricorrere alla seconda prima che tale d.p.r. fosse entrato in vigore.

³³ Per l'esame di entrambe le disposizioni, v., comunque, *infra* Parte seconda.

³⁴ Relativamente alle presenti osservazioni è sufficiente ricordare che in forza di tale disposizione («In caso di occupazioni illegittime di suoli per causa di pubblica utilità, intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, si applicano, per la liquidazione del danno, i criteri di determinazione dell'indennità di cui al comma 1, con esclusione della riduzione del 40 per cento. In tal caso l'importo del risarcimento è altresì aumentato del 10 per cento. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche ai procedimenti in corso non definiti

legittima la c.d. occupazione acquisitiva»³⁵; (ii) alla sentenza della Corte cost. 18 dicembre 1991, n. 486 che ha esteso l'ambito di applicazione dell'art. 3 l. n. 458/1988 ai casi di utilizzazione di terreni privati per finalità di edilizia residenziale pubblica senza che sia stato emesso il provvedimento di esproprio³⁶ e (iii) all'*obiter dictum*, contenuto nella sentenza della Corte cost. 8 ottobre 2010, n. 293 (con la quale è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 43, cit., d.p.r. n. 327/2001 per eccesso di delega) dove, tra l'altro, si legge che la Corte di Strasburgo, «ha precisato che l'espropriazione indiretta si pone in violazione del principio di legalità, perché non è in grado di assicurare un sufficiente grado di certezza e permette all'amministrazione di utilizzare a proprio vantaggio una situazione di fatto derivante da azioni illegali, e ciò sia allorché essa costituisca conseguenza di un'interpretazione giurisprudenziale, sia allorché derivi da una legge - con espresso riferimento all'art. 43 del t.u. n. 327/2001 - in quanto tale forma di espropriazione non può comunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione adottata secondo buona e debita forma»³⁷. Giova anche ricordare che in quest'ultima sentenza il giudice delle leggi ha sottolineato altresì che «anche considerando la giurisprudenza di Strasburgo ... non è affatto sicuro che la mera trasposizione in legge (sc. nell'art. 43, d.p.r. n. 321/2001) di un istituto, in astratto suscettibile di perpetuare le stesse negative conseguenze dell'espropriazione indiretta, sia sufficiente di per sé a risolvere il grave *vulnus* al principio di legalità»³⁸.

Per la verità, nella prima delle sentenze richiamate (n. 349/2007) la Corte costituzionale ha fatto al contempo qualcosa di meno e qualcosa di più che presupporre «implicitamente esistente e costituzionalmente legittima la c.d. occupazione acquisitiva».

Qualcosa di meno laddove, premesso che nel caso di specie le ordinanze di rimessione non sollevavano il problema della compatibilità dell'istituto dell'occupazione acquisitiva in quanto tale con l'art. 1, Primo protocollo CEDU, ma censuravano la disposizione impugnata (ovvero l'art. 5-*bis*, co. 7-*bis*, d.l. n. 333/1992) esclusivamente nella parte in cui ne disciplinava la ricaduta patrimoniale, si è limitata a prendere atto che oggetto del *thema decidendum* sottoposto al suo esame era solo «il profilo della compatibilità di tale ricaduta patrimoniale disciplinata dalla norma censurata con la disposizione convenzionale», e pertanto ha fatto riferimento esclusivamente alle «conferenti sentenze del giudice europeo di Strasburgo»³⁹. E così, «rifugiandosi» dietro la formulazione della eccezione di illegittimità da parte del giudice *a quo*, nonostante la totalità di queste sentenze statuiscano espressamente che l'occupazione acquisitiva «*n'est pas compatible avec le principe de légalité*» e, pertanto, «*enfreint le droit au respect des biens*»⁴⁰, e malgrado l'evidente connessione tra esistenza della occupazione acquisitiva e ristoro spettante al privato⁴¹, ha evitato di prendere partito sulla legittimità di tale istituto.

con sentenza passata in giudicato), ove l'occupazione acquisitiva avesse ad oggetto aree edificabili, l'importo del risarcimento del danno spettante al proprietario, in precedenza coincidente con il valore venale del bene, veniva drasticamente ridotto». Per maggiori ragguagli, v. A. TOTARO, in M. CALOGERO, A. TOTARO, *L'occupazione acquisitiva*, cit., p. 31 ss. e p. 150 ss.

³⁵ Cass. s.u. n. 735/2015, Motivi della decisione, § 6.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ V., in part., *Affaire Sciarrotta ed altri c. Italia*, 12 gennaio 2006.

³⁸ Cass. s.u. n. 735/2015, Motivi della decisione, § 5.

³⁹ Corte cost. n. 349/2007, Considerato in diritto, § 8.

⁴⁰ V., *ex plurimis*, *Affaire Scordino c. Italie* (N° 3), 17 maggio 2005 (§ 101); *Affaire Pasculi c. Italie*, 17 maggio 2005 (§ 97); e, più di recente, *Affaire De Caterina et autres c. Italie*, 28 giugno 2011, § 33.

⁴¹ Eppure tale evidente connessione, almeno in astratto, avrebbe potuto indurre il giudice delle leggi ad interrogarsi sulla compatibilità della occupazione acquisitiva con l'art. 117, co. 1, cost. (ancora sotto il profilo della violazione dell'art. 1, Primo protocollo CEDU), sollevando d'ufficio la questione della legittimità della

Qualcosa di più, invece, laddove ha riconosciuto, senza esprimere alcuna riserva, che il principio desumibile dalla giurisprudenza di questa Corte (sc. costituzionale)⁴² è ... che l'accessione invertita «realizza un modo di acquisto della proprietà [...] giustificato da un bilanciamento fra interesse pubblico (correlato alla conservazione dell'opera in tesi pubblica) e l'interesse privato (relativo alla riparazione del pregiudizio sofferto dal proprietario) la cui correttezza 'costituzionale' è ulteriormente» confortata «dal suo porsi come concreta manifestazione, in definitiva, della funzione sociale della proprietà».

In tal modo, la Consulta, nella sentenza n. 349/2007, peraltro di ben sette anni successiva alle note decisioni *Carbonara* ed *Alberghiera* della Corte EDU, citt., che avevano dato avvio all'orientamento contrario all'occupazione acquisitiva, lungi dal limitarsi a "presupporre" la legittimità costituzionale di tale istituto, mostra di condividere appieno l'idea, dalla stessa formulata in precedenza, secondo la quale il noto effetto estintivo-acquisitivo della proprietà del suolo irreversibilmente trasformato in opera pubblica, benché *germogli*, se così è consentito dire, sul terreno di un comportamento *contra legem* della pubblica amministrazione, si giustifica comunque alla luce dell'equo bilanciamento che realizza tra interesse pubblico ed interesse privato e, soprattutto, alla luce della funzione sociale della proprietà (che con tale fattispecie si realizzerebbe comunque).

A presupporre semplicemente la legittimità costituzionale della occupazione acquisitiva è, piuttosto, la seconda sentenza citata *supra* (sentenza n. 486/1991). In tale decisione, infatti, la Consulta non prende espressamente posizione sulla legittimità costituzionale dell'occupazione acquisitiva, ma si limita semplicemente a constatarne la sua esistenza e la sua applicabilità in presenza della costruzione di determinate opere di pubblica utilità.

In tutt'altro senso è, invece, orientata l'ultima sentenza della Corte costituzionale, cit. *supra*, (n. 293/2010) ed evocata da Cass. s.u. n. 735/2015, cit. Dalla statuizione qui sopra

relativa disciplina, e non limitarsi a valutare esclusivamente il profilo del ristoro, come in realtà ha fatto. V. G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale*, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/Parigi201304_Silvestri.pdf, secondo il quale «la Corte solleva davanti a se stessa una questione di legittimità costituzionale, nel corso di un procedimento introdotto da un giudice comune. Si tratta di casi rari (l'ultimo risale ormai a più di dieci anni fa: ordinanza n. 42 del 2001, questione decisa con la sentenza n. 288 del 2001), che sorgono quando la Corte, nel decidere una questione ad essa ritualmente sottoposta, osserva che sarebbe costretta a dare implicitamente applicazione ad un'altra norma – non impugnata, ma presupposta da quella oggetto del giudizio – a sua volta incostituzionale. Per evitare il paradosso di un giudice delle leggi che applica esso stesso una legge incostituzionale, in tali ipotesi la Corte si comporta come giudice a quo e procede ad attivare il procedimento mirante al controllo di costituzionalità della norma che si pone come pregiudiziale nel procedimento pendente davanti a se stessa».

⁴² V., in part., Corte cost. 23 maggio 1995, n. 188, dove, tra l'altro, si legge: «l'accessione invertita realizza un modo di acquisto della proprietà, previsto nell'ordinamento sul versante pubblicistico, giustificato da un bilanciamento tra interesse pubblico (correlato alla conservazione dell'opera in tesi pubblica) e l'interesse privato (alla riparazione del pregiudizio soggetto dal proprietario). La cui correttezza costituzionale rispetto agli art. 3 e 42 cost. si manifesta come espressione della funzione sociale della proprietà». Ma v., anche, Corte cost. 486/1991, laddove statuisce che «l'art. 3 della legge 458 del 1988, da un lato, prende atto della esistenza di una regola già operante in via generale per tutte le opere pubbliche e, in specie, anche nel settore della edilizia residenziale pubblica quanto alle costruzioni realizzate dalla mano pubblica: e, dall'altro, estende tale regola alle restanti parti della stessa edilizia residenziale pubblica che erano sottratte alla sua applicazione. Estensione-questa-giustificata dalla identità, sul piano politico-economico, del risultato perseguito attraverso il programma edilizio, considerato nella globalità delle sue articolazioni a prescindere dalla diversità delle qualificazioni giuridiche spettanti alle costruzioni in dipendenza della natura pubblica o privata del soggetto realizzatore», nonché Corte cost. 31 luglio 1990, n. 384.

richiamata, infatti, sembrerebbe potersi desumere la volontà della Corte costituzionale di discostarsi dalla valutazione dell'occupazione acquisitiva risultante dalle precedenti proprie pronunce, onde adeguarsi alla giurisprudenza di Strasburgo, laddove ritiene che la violazione del principio di legalità in materia di espropriazione per pubblico interesse *ex art. 1, Primo protocollo CEDU*⁴³ che connota l'occupazione acquisitiva a causa dell'assenza del decreto di espropriazione, non possa essere superata (sanata) in alcun modo⁴⁴. (Incidentalmente, è, però, utile anticipare sin da ora che la Consulta, nella successiva sentenza n. 71/2015 – sulla quale v. *infra* Parte seconda – con la quale ha riconosciuto la legittimità dell'art. 42-*bis*, cit., di fatto, ha preso le distanze dalle statuizioni della sentenza n. 293/2010, qui sopra richiamate).

È probabile che l'*obiter* della sentenza Corte costituzionale n. 293/2010 abbia concorso, quale presupposto implicito, a rafforzare (se non a condizionare) l'interpretazione di Cass. ss.uu. n. 735/2015 secondo la quale l'occupazione acquisitiva si pone in insanabile contrasto con l'art. 1, Primo protocollo, CEDU e, dunque, deve essere espunta dal sistema.

Desta, tuttavia, una certa sorpresa il fatto che i giudici delle ss. uu., per uniformarsi alla «giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente», «in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza»⁴⁵, di fronte ad un orientamento della Consulta parimenti (o, almeno, abbastanza) consolidato nel senso della legittimità dell'occupazione acquisitiva⁴⁶, abbiano statuito che tale istituto debba essere senz'altro cancellato dal sistema, senza interpellare previamente il giudice delle leggi. Così facendo, infatti, le ss. uu., pur senza dirlo espressamente, si sono riconosciute il potere di interpretare in senso convenzionalmente orientato i parametri costituzionali sulla base dei quali la Consulta – almeno quando si è pronunciata espressamente sulla questione – ha, invece, ritenuto l'occupazione acquisitiva legittima.

In un certo senso, l'operazione ermeneutica compiuta dalla ss. uu. riecheggia quella compiuta dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 348 e 349, citt. Con tali decisioni, infatti, la Consulta ha abbandonato i criteri di valutazione utilizzati in passato per giustificare la legittimità costituzionale delle norme che riconoscevano, rispettivamente, al proprietario il cui bene fosse stato legittimamente espropriato (solo) un serio ristoro, notevolmente inferiore al valore venale del bene, ed al proprietario che avesse subito l'occupazione acquisitiva un risarcimento del danno sensibilmente inferiore al valore venale del bene; e sulla scorta dell'art. 117, co. 1, cost. ha dichiarato la illegittimità, per un verso,

⁴³ Peraltro, garantito anche dalla nostra costituzione: «la proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, ... espropriata», così art. 42 Cost.

⁴⁴ Né invocando il bilanciamento tra «fra interesse pubblico (correlato alla conservazione dell'opera in tesi pubblica) e l'interesse privato (relativo alla riparazione del pregiudizio sofferto dal proprietario)», né invocando la funzione sociale della proprietà. Di conseguenza, l'unica via per (ri)mettere il nostro ordinamento in linea con la CEDU, non potrebbe essere che quella di sopprimere del tutto l'istituto di creazione pretoria.

⁴⁵ E, dunque, adeguandosi all'interpretazione della Corte costituzionale circa i compiti del giudice comune in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU, peraltro ribaditi dalla stessa Corte di lì a qualche mese con la sentenza 26 marzo 2015, n. 49, Considerato in diritto, § 7, dove, appunto, si legge: «Questa Corte ha già precisato, e qui ribadisce, che il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla «giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente» (sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009), «in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza» (sentenza n. 311 del 2009; nello stesso senso, sentenza n. 303 del 2011), fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro (sentenze n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009)».

⁴⁶ Si veda in particolare Corte cost. n. 188/1995.

delle prime, in quanto non superavano «il controllo di costituzionalità in rapporto al ‘ragionevole legame’ con il valore venale, prescritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo»⁴⁷, e, per l’altro, delle seconde, perché «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» erano “in contrasto con gli obblighi internazionali sanciti dall’art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU ...»⁴⁸.

Se non mi inganno, però, altro è che sia il giudice delle leggi «a conferire al giudice sovranazionale anche un potere di reinterpretazione delle norme costituzionali»⁴⁹, o, forse più rigorosamente, altro è che sia il giudice delle leggi ad interpretare in senso convenzionalmente orientato determinati parametri costituzionali, una volta accertata la coerenza della conferente disposizione della CEDU con la costituzione; altro è che il medesimo compito sia autonomamente assunto dal giudice comune.

Atteso, dunque, il valore che la Consulta attribuisce alla CEDU e, considerato che ancora con la sentenza n. 349/2007 la stessa Consulta ha ritenuto l’occupazione acquisitiva costituzionalmente legittima, è il giudice delle leggi che avrebbe dovuto comporre il contrasto in materia tra l’ordinamento italiano e quello convenzionale. Anche interrogandosi, come si dirà successivamente, sulla congruenza del riferimento alla funzione sociale, utilizzato in precedenza, appunto, per giustificare tale istituto.

A tale questione, unitamente alle altre segnalate in precedenza, è dedicata la Parte seconda, alla quale, dunque si rinvia⁵⁰.

⁴⁷ Così Corte cost. n. 348/2007, Considerato in diritto, § 5.7, che, comunque, subito a presso precisa che l’indicazione proveniente da Strasburgo è «del resto» «coerente con il ‘serio ristoro’ richiesto dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte».

⁴⁸ Così Corte cost. n. 349/2007, Considerato in diritto, § 8.

⁴⁹ Così G. RAMACCIONI, *La tutela multilivello*, cit., p. 150

⁵⁰ A conclusione delle osservazioni che precedono è utile richiamare le conclusioni cui è pervenuto un Autore in Francia a proposito di una materia molto prossima a quella qui esaminata. In particolare, secondo un orientamento della giurisprudenza francese, fino a poco tempo addietro assolutamente pacifico, ora, però, rimesso in discussione, Oltralpe vigerebbe il principio, non espressamente formulato da alcuna disposizione legislativa, secondo il quale *ouvrage public mal planté ne se détruit pas* (Sul tema, tra i contributi più recenti, v. Y. GAUDEMET, *Traité de Droit administratif*, Tome 2, *Droit administratif des biens, La propriété publique Les domaines administratifs. L’expropriation, la réquisition, Les travaux publics*, 15 éd., Paris, 2014, p. 498 ss.; p. 621 ss.; *Vie et mort (?) de l’expropriation indirecte*, cit., 241; H. EL GHOUL *L’intangibilité des ouvrages publics*, http://www.memoireonline.com/04/14/8826/m_L-intangibilite-des-ouvrages-publics1.html; *Ouvrage public mal planté peut se détruire*, <http://smanyach.tumblr.com/post/23732763550/ouvrage-public-mal-plant%C3%A9-peut-se-d%C3%A9truire>).

Con tale adagio si esprime comunemente la regola, appunto, di origine pretoria, in forza della quale, in estrema sintesi, il giudice francese («le juge judiciaire»), posto di fronte alla costruzione di un’opera pubblica su un terreno privato non regolarmente espropriato, per oltre due secoli, ha del tutto pacificamente risolto il conflitto tra l’Autorità che voleva mantenere l’opera pubblica ed privato che pretendeva la restituzione del bene disponendo, attraverso la sentenza, «de transfert de propriété» dell’opera (inglobante il suolo non regolarmente espropriato) a favore della prima e riconoscendo al secondo «l’indemnité de dépossession». Si tratta, con ogni evidenza, di un meccanismo che, per molti aspetti, richiama quello che caratterizza(va) la nostra (defunta?) occupazione acquisitiva, quantomeno sotto il profilo della identità del risultato concreto cui il nostro ordinamento e quello francese pervengono (o pervenivano) in presenza della costruzione di un’opera pubblica in mancanza di una legittima procedura espropriativa.

Ora, di recente, questa “anomala” modalità di acquisto dei beni privati da parte della pubblica amministrazione in Francia (dove, peraltro, è comunemente denominata, analogamente a quanto fa la giurisprudenza di Strasburgo, «*expropriation indirecte*») è stata fatta oggetto di numerose critiche; e tuttora è in corso un vivace dibattito sull’opportunità di abbandonarla che, tra l’altro, fa leva con «bons arguments»

PARTE SECONDA
Una glossa a Corte cost. n. 71/2015

8. *L'art. 43 e l'art. 42-bis del d.p.r. n. 327/2001: origini, somiglianze e differenze*

La Corte costituzionale con la sentenza n. 71/2015 ha dichiarato non fondate le eccezioni di illegittimità costituzionale sollevate dalle ss. uu. della Corte di cassazione con le ordinanze nn. 441 e 442 del 13 gennaio 2014 rispetto all'art. 42-*bis*⁵¹, d.p.r. n. 327/2001, con riferimento agli artt. 3, 24, 42, 97, 111, co. 1 e 2, 113 e 117, co. 1, cost.

Per valutare tale decisione è necessario in via preliminare illustrare il contenuto della disposizione impugnata. Trattandosi, però, di un tema abbastanza noto ci si limiterà ai ragguagli strettamente necessari.

A tal fine, occorre prendere le mosse dal fatto che l'art. 42-*bis*, cit., ha sostituito l'art. 43, contenuto nel testo originario del d.p.r. n. 327/2001, dopo che quest'ultimo articolo è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Consulta con la sentenza n. 293/2010.

L'art. 43, cit., (*Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*) conteneva la disciplina di un particolare procedimento amministrativo (una sorta di procedura espropriativa in sanatoria) che nelle intenzioni del legislatore avrebbe dovuto consentire al nostro ordinamento, tra l'altro, di adeguarsi alla giurisprudenza della Corte EDU in materia di espropriazioni indirette.

In estrema sintesi, in forza di tale disposizione l'autorità, nei casi in cui utilizzava un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, valutati gli interessi in conflitto, poteva disporre attraverso un apposito provvedimento che il bene medesimo fosse acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario fossero risarciti i relativi danni. Il provvedimento di acquisizione poteva essere emanato anche allorché fosse stato annullato l'atto da cui era sorto il vincolo preordinato all'esproprio,

sull'art. 1, primo protocollo CEDU (Non consta, tuttavia, che la Corte EDU abbia mai condannato la Francia per siffatta pratica. Cfr. M. L. MADDALENA, *La disciplina della espropriazione*, cit., p. 624).

Stando così le cose, di recente, Y. GAUDEMET, ha concluso un saggio dedicato a tali questioni (*Vie et mort* (?), cit., 246) con le seguenti parole: «*L'expropriation indirecte venue de la sagesse des temps, paraît frappée à mort. Faut-il s'en réjouir au nom des grands principes protecteurs de la propriété, placés au plus haut de notre ordonnancement juridique ? Sans doute ; et il n'est jamais bon d'argumenter contre le respect du droit. Reste qu'il y a quelque chose de paradoxal à cette condamnation absolue de l'expropriation indirecte au moment où l'on admet généralement une fonction sociale de la propriété, inconnue du Code civil et de la Déclaration des droits. On s'inquiétera aussi, de façon plus subalterne, d'un certain irréalisme à vouloir, en ignorant le particularisme des situations que l'expropriation indirecte permettait de régler, imposer des procédures de régularisation qui se révéleront trop souvent artificielles, contenses et aléatoires. La sagesse des temps, c'est-à-dire très concrètement une meilleure écoute de la parole des historiens du droit public, est sans doute ouvert la voie, ici comme ailleurs, à des solutions moins tranchées et plus réalistes, telles celles que l'ancien droit puis la jurisprudence des deux derniers siècles avaient su les construire*».

⁵¹ Per ragioni di coerenza con il contenuto della sentenza della Corte cost. n. 71/2015, oltre che per ragioni di economia, l'analisi che segue sarà limitata alle sole fattispecie previste dal co. 1 dell'art. 42-*bis*, cit., oggetto di specifico scrutinio da parte della Consulta, con esclusione, dunque, sia di quelle disciplinate dal co. 5 («terreno ... utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata o convenzionata, ovvero ... terreno destinato a essere attribuito per finalità di interesse pubblico in uso speciale a soggetti privati»), sia di quella disciplinata dal co. 6 (imposizione di una servitù su un bene che «continua a essere utilizzato dal proprietario o dal titolare di un altro diritto reale»), salvi i riferimenti strettamente necessari per una migliore comprensione dei temi trattati.

l'atto che aveva dichiarato la pubblica utilità dell'opera o il decreto di espropriazione. Poteva essere emanato altresì nei casi in cui fosse stato impugnato uno degli atti appena indicati ovvero il proprietario avesse proposto un'azione volta alla restituzione del proprio bene utilizzato per scopi di interesse pubblico ed il giudice amministrativo, nel caso di fondatezza del ricorso o dell'azione, su espressa richiesta dell'amministrazione, avesse disposto la condanna di quest'ultima al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene, senza limiti di tempo.

Con questa disciplina, in sostanza, veniva cancellato l'istituto dell'occupazione acquisitiva, e (salvo, comunque, il problema dell'ambito temporale di applicazione) la pubblica amministrazione che avesse voluto acquisire il bene del privato, illegittimamente trasformato (o semplicemente modificato) in vista della realizzazione di "scopi di interesse pubblico" in mancanza del tempestivo decreto di espropriazione, non poteva che ricorrere al provvedimento sopra sinteticamente descritto, comunemente denominato acquisizione sanante. Lo stesso provvedimento, inoltre, poteva essere utilizzato anche per acquisire la proprietà dei beni privati occupati e modificati dalla pubblica amministrazione in mancanza di una valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità, dunque, anche in presenza delle fattispecie, in precedenza, ricondotte alla figura dell'occupazione usurpativa.

Sin dal suo primo apparire, si è posto subito l'interrogativo se davvero grazie all'art. 43, cit., l'ordinamento italiano si fosse uniformato ai *dicta* dei giudici di Strasburgo ovvero se, al contrario, non fossero state poste le basi per nuove e più gravi violazioni dell'art. 1, Primo protocollo CEDU.

Interrogativo, peraltro, indotto dalla stessa Corte EDU che, infatti, già nel 2006, osservava in proposito che «le mécanisme de l'expropriation indirecte permet en général à l'administration de passer outre les règles fixées en matière d'expropriation, avec le risque d'un résultat imprévisible ou arbitraire pour les intéressés, qu'il s'agisse d'une illégalité depuis le début ou d'une illégalité survenue par la suite. En effet, dans tous les cas, l'expropriation indirecte tend à entériner une situation de fait découlant des illégalités commises par l'administration, à régler les conséquences pour le particulier et pour l'administration, au bénéfice de celle-ci. *Que ce soit en vertu d'un principe jurisprudentiel ou d'un texte de loi comme l'article 43 du Répertoire* [sc. d.p.r. n. 327/2001], *l'expropriation indirecte ne saurait donc constituer une alternative à une expropriation en bonne et due forme*»⁵² E, in qualche misura, indotto altresì dall'*Assemblée parlementaire* del Consiglio d'Europa che nella *Résolution 1516* (2006), *Mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, rilevava, tra l'altro, che «l'Italie fait preuve d'un manque de progrès dans la résolution du problème structurel de l'«expropriation indirecte», pratique abusive des collectivités locales – équivalant en fait à une confiscation illégale – qui porte atteinte aux droits de propriété des requérants au titre de la CEDH»⁵³

Per la verità, l'anno successivo a quest'ultima *Résolution* il Consiglio d'Europa sembrava attenuare, almeno in parte, i severi giudizi qui sopra richiamati. Con la *Résolution intérimaire* CM/ResDH (2007) 3, *Violations systémiques par l'Italie du droit de propriété par le biais des «expropriations indirectes»*⁵⁴, infatti, le *Comité des Ministres* notava «avec intérêt, qu'à la suite des premiers arrêts en la matière, l'Italie a[vait] adopté, par décret présidentiel n° 327 du 8 juin 2001, un «répertoire» général de l'expropriation qui aux termes de son article 43, autoris[ait] l'administration à émettre un acte formel d'acquisition avec des effets portant sur l'avenir et reconnaissant l'illégalité d'une situation passée» e che «selon le Gouvernement, la nouvelle procédure, si elle [ait été] appliquée d'une

⁵² *Affaire Ucci c. Italie*, 22 giugno 2006, § 78 (corsivo aggiunto).

⁵³ Punto n. 11.4, in <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=17472&lang=FR>.

⁵⁴ <http://www.coe.int/fr/web/cm>.

façon correcte et cohérente, [aurait constitué] une «rupture» avec la pratique de l'expropriation indirecte et [aurait exclu] tout ingérence illicite de l'administration dans le droit de propriété, tel que reconnu par la Convention». Anche se non può non ricordarsi che contestualmente, lo stesso Comitato, nel medesimo documento, per un verso, sottolineava che «la Cour a[vait] noté «les applications contradictoires relevées dans l'histoire de la jurisprudence» et «également des contradictions entre la jurisprudence et les textes de loi», «y compris le Répertoire précité» e, per l'altro verso, insisteva «pour que les mesures adoptées, ou restant à prendre en droit interne aboutissent à une réparation effective et adéquate conforme aux exigences de la Convention, telles qu'elles découlent de la jurisprudence de la Cour».

Di lì a poco, però, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 293/2010, come si è anticipato, dichiarava l'illegittimità dell'art. 43, cit., seppur per eccesso di delega, e, dunque, senza entrare espressamente nel merito della disciplina in esso contenuta.

La Consulta, tuttavia, non è riuscita ad esimersi (se così è consentito esprimersi) dal manifestare i propri dubbi circa la coerenza della disciplina contenuta nell'art. 43 con l'art. 1, Primo protocollo CEDU e con la relativa interpretazione della Corte EDU, sia pure sotto forma di un mero *obiter dictum*.

Come è stato già ricordato ad altri fini, infatti, nella parte finale della sentenza della Corte costituzionale da ultimo cit., si legge, in particolare, che indipendentemente sia dall'eccesso di delega in cui era incorso il legislatore con l'art. 43, cit., «sia dal legittimo dubbio quanto alla idoneità della scelta realizzata con la norma [sc. art. 43, cit.] di garantire il rispetto dei principi della CEDU... quella prefigurata [dalla stessa disposizione] costituisce soltanto una delle molteplici soluzioni possibili. Il legislatore avrebbe potuto conseguire tale obiettivo e disciplinare in modi diversi la materia, ed anche espungere del tutto la possibilità di acquisto connesso esclusivamente a fatti occupatori, garantendo la restituzione del bene al privato, in analogia con altri ordinamenti europei», coerentemente con la giurisprudenza di Strasburgo, specie laddove sottolinea che «l'espropriazione indiretta si pone in violazione del principio di legalità», e che la stessa «non può comunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione adottata secondo «buona e debita forma»⁵⁵.

Fatto sta, però, che con una solerzia degna forse di miglior causa, meno di un anno dopo la pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 293/2010, il legislatore con d.l. 6.7.2011, n. 98, conv. in l. 15.7.2011, 111, aggiungeva al d.p.r. n. 327/2001 l'art. 42-*bis*, cit., in sostituzione dell'art. 43, cit.

Ora, quest'ultima disposizione contiene una disciplina sostanzialmente modellata su quella risultante dal precedente art. 43, ma con alcune rilevanti innovazioni. Trattandosi anche questa volta di questioni ampiamente note, in questa sede ci si può limitare a richiamare solo i principali punti di somiglianza e di differenza tra le due discipline

A tal fine, giova innanzitutto sottolineare che l'art. 42-*bis* cit., (la cui rubrica, peraltro, è identica a quella del precedente art. 43, cit.) ha nuovamente attribuito all'amministrazione, che utilizza senza titolo un bene privato per scopi di interesse pubblico, la possibilità acquisirlo al proprio patrimonio indisponibile attraverso un atto di acquisizione coattiva, previa valutazione (ancora) degli interessi in conflitto. Tale atto, come in precedenza, può essere emanato quando il bene è stato modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, ovvero allorché sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità dell'opera o il decreto di esproprio (co. 1 e 2). Il provvedimento può essere adottato anche durante la pendenza del giudizio per

⁵⁵ V., oltre l'*Affaire* cit. nella nota precedente, *Affaire Sciarrotta ed altri c. Italia*, 12 gennaio 2006, § 71.V.

L'annullamento degli atti appena indicati, purché, tuttavia, l'amministrazione che abbia emanato taluno di tali atti lo abbia ritirato (co. 2); può essere adottato anche con riferimento ai fatti anteriori all'entrata in vigore della disposizione in parola ed anche se vi è già stato un provvedimento di acquisizione successivamente ritirato o annullato (co. 8). A differenza, però, di quanto disponeva l'art. 43, cit., co. 3, la nuova disposizione non prevede più l'acquisizione sanante "per via giudiziaria", in forza della quale l'acquisizione del bene in favore della pubblica amministrazione poteva realizzarsi anche per effetto della pronuncia del giudice amministrativo che paralizzava l'azione restitutoria proposta dal privato.

In ogni caso, l'art. 42-*bis*, cit., stabilisce espressamente che l'acquisto della proprietà del bene da parte della pubblica amministrazione avviene *ex nunc*, ovvero al momento dell'emanazione dell'atto di acquisizione. Al riguardo, l'art. 43, cit., non disponeva nulla.

La nuova disposizione, inoltre, impone alla pubblica amministrazione di motivare con particolare rigore il provvedimento di acquisizione sanante (Corte cost. n. 71/2015 ha parlato al riguardo di un obbligo motivazionale "rafforzato"), specificando puntualmente le circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area e se possibile la data dalla quale essa ha avuto inizio. Più in particolare, la motivazione deve dar conto delle «attuali ed eccezionali» ragioni di interesse pubblico che giustificano l'emanazione dell'atto, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando altresì «l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione». Ciò che l'art. 43, cit., invece, non prevedeva. Peraltro, con riferimento all'ipotesi prevista dal co. 8 (v. *supra*), l'art. 42-*bis*, richiede specificamente che debba essere rinnovata la valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico a disporre l'acquisizione.

Quanto, poi, al ristoro dovuto al proprietario in conseguenza della perdita del bene, l'art. 42-*bis*, cit., lo qualifica «indennizzo», e non più «risarcimento del danno», come faceva il testo precedente (probabilmente sulla scorta della giurisprudenza in materia di occupazione acquisitiva ed usurpativa), e dispone che esso deve risultare comprensivo del pregiudizio patrimoniale e di quello non patrimoniale, quest'ultimo liquidato forfetariamente nella misura del dieci per cento del valore venale del bene (nella misura del venti per cento ricorrendo la fattispecie di cui al co. 5). Il "danno" non patrimoniale non era, invece, previsto dalla disciplina precedente.

Altra rilevante novità è costituita dalla norma secondo la quale il passaggio del diritto di proprietà in capo alla pubblica amministrazione è sottoposto alla condizione sospensiva del pagamento delle somme dovute o al loro deposito presso la Cassa depositi e prestiti S.p.a entro 30 giorni dal provvedimento di acquisizione (co. 4).

Da ultimo, val la pena richiamare l'attenzione anche sulla novità rappresentata dal co. 7, in forza del quale l'autorità che emana il provvedimento di acquisizione deve darne comunicazione, entro trenta giorni, alla Corte dei conti mediante trasmissione di copia integrale.

Ciò posto, per quanto certamente non di poco conto, le differenze che è dato rilevare tra il vecchio art. 43, cit., ed il nuovo art. 42-*bis*, cit., non possono far velo al fatto che anche quest'ultima disposizione, analogamente alla precedente, vale sostanzialmente a sanare sia la procedura espropriativa in precedenza posta in essere, ma non conclusasi con l'emanazione del decreto di espropriazione, sia la mera occupazione e trasformazione del bene privato avvenuta in assenza della dichiarazione di pubblica utilità.

L'art. 42-*bis*, cit., ha incontrato subito l'approvazione dei giudici amministrativi. Questi, infatti, che già nel precedente art. 43, cit., avevano ravvisato una risposta adeguata

ai rilievi mossi dalla Corte EDU all'Italia relativamente alla c.d. espropriazione indiretta⁵⁶, hanno accolto con favore la nuova formulazione della disciplina dell'acquisizione sanante⁵⁷.

Non sono, però, mancate voci contrarie, dirette ad evidenziare che anche l'art. 42-*bis*, cit., oltre a violare l'art. 42, co. 3, cost. si porrebbe in contrasto con l'ormai consolidata giurisprudenza di Strasburgo, specie laddove sottolinea che «il principio di legalità comporta l'esistenza di norme di diritto nazionale sufficientemente accessibili, precise e prevedibili» e che «la semplice esistenza di una base giuridica non è comunque sufficiente a soddisfare il principio di legalità», specie laddove consente alla pubblica amministrazione «di trarre beneficio da un suo comportamento illegale». Queste ultime critiche, in particolare, sarebbero difficilmente superabili anche in presenza dell'art. 42-*bis*, cit., perché tale disposizione, nonostante le novità rispetto all'art. 43, cit., attribuirebbe comunque alla pubblica amministrazione il potere discrezionale di espropriare in modo postumo un'area già utilizzata e trasformata dall'Amministrazione in assenza di un valido ed efficace provvedimento di espropriazione e, addirittura, anche in assenza di una valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità⁵⁸.

È così accaduto che pochi anni dopo l'entrata in vigore della nuova disposizione la Corte di Cassazione, ss. uu., con due distinte ordinanze (“gemelle”, però, nn. 441 e 442 del 31 gennaio 2014) ha eccepito l'illegittimità costituzionale dell'art.42-*bis*, sotto molteplici profili.

Prima di procedere all'esame delle varie eccezioni di illegittimità costituzionale sollevate dai giudici *a quibus* e delle corrispondenti risposte del giudice delle leggi è, tuttavia, utile richiamare preliminarmente l'attenzione sul fatto che tali eccezioni, stando alla, per vero, generica descrizione dei casi di specie all'origine di entrambe le ordinanze, sembrano essere state sollevate nell'ambito di processi aventi ad oggetto fattispecie di occupazione di suoli privati da parte dell'amministrazione avvenute in mancanza di una valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità. A stretto rigore, dunque, atteso che la procedura acquisitiva prevista dall'art. 42-*bis*, cit., si applica sia in assenza della dichiarazione di pubblica utilità sia in assenza del (solo) decreto di espropriazione (oltre che in assenza del vincolo preordinato all'espropriazione), i giudici remittenti, in astratto, avrebbero potuto eccepire l'illegittimità della disposizione in esame solo laddove si riferisce specificamente alle fattispecie caratterizzate, appunto, dalla mancanza della dichiarazione di pubblica utilità.

I giudici *a quibus*, invece, pur dedicando la prima parte delle loro doglianze ad una (quasi) puntigliosa illustrazione del contrasto dell'art. 42-*bis*, cit., con l'art. 42 cost. e con la giurisprudenza di Strasburgo, laddove consente il ricorso all'acquisizione sanante in caso di utilizzazione e modificazione del bene privato nonostante la mancanza della dichiarazione di pubblica utilità, nel prosieguo eccepiscono altresì che «la nuova operazione sanante» (ex art. 42-*bis*, cit.) «presenta numerosi ed insuperabili profili di criticità – non risolvibili in via ermeneutica – con le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo» «*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*»⁵⁹. In tal modo, i giudici remittenti

⁵⁶ V. nota 32.

⁵⁷ V., ad es., Cons. Stato, IV, 2 settembre 2011, n. 4970; VI, 31 ottobre 2011, n. 5813; VI, 1 dicembre 2011, n. 6351; VI, 10 maggio 2013.

⁵⁸ Sinteticamente, F. SBARRA, *Il nuovo art. 42-bis TU Espropriazioni: la discussa compatibilità dell'acquisizione sanante riveduta e corretta con le coordinate della Corte di Strasburgo*, 2013, <http://www.duitbase.it>.

⁵⁹ Così Cass. ss. uu. n. 441/2014, § 7 e Cass. ss. uu. n. 442/2014, § 7.

sembrano, dunque, aver voluto sottoporre al giudizio della Consulta tutte le fattispecie previste nel co. 1 dell'art. 42-*bis*, cit.

D'altra parte, il giudice delle leggi, richiesto dall'Avvocatura generale dello Stato di dichiarare inammissibile per difetto di rilevanza le eccezioni sollevate da Cass. ss.uu. n. 442/2014, a causa della «scarna descrizione della fattispecie concreta da cui [aveva] avuto origine la proposizione del regolamento di giurisdizione»⁶⁰, in quanto «il giudice rimettente non avrebbe ... specificato se la vicenda [avesse] avuto origine da un'ipotesi di occupazione 'usurpativa' o di occupazione 'acquisitiva'.....»⁶¹, ha, invece, letteralmente statuito che «sebbene in termini sintetici, l'ordinanza di rimessione specifica[va] che la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera era in effetti intervenuta, ma che ne erano inutilmente scaduti i termini, rientrando, dunque, la fattispecie nell'ambito della cosiddetta occupazione acquisitiva».

Trattasi di un'affermazione piuttosto sibillina, se non addirittura erronea. Ed invero, stante la consolidata elaborazione dell'occupazione acquisitiva e di quella usurpativa, in linea di principio, la scadenza dei termini della dichiarazione di pubblica utilità esclude, in tesi, che l'occupazione acquisitiva possa perfezionarsi. Da tale statuizione, sembra, però, doversi desumere che il giudice delle leggi, nello sviluppare le proprie argomentazioni, ha ritenuto che le eccezioni sollevate con l'ordinanza n. 442/2014 si riferissero anche alle fattispecie caratterizzate dalla mancanza del decreto di espropriazione.

Nessuna statuizione è stata, invece, dedicata dalla Consulta alla natura (usurpativa o acquisitiva) della fattispecie all'origine dell'altra ordinanza delle ss.uu. (n. 441/2014).

Senza indugiare oltre su questi profili, fatto sta i giudici delle leggi nella stesura della sentenza n. 71/2015 si sono riferiti all'art. 42-*bis*, cit., *tout-court*, senza distinguere⁶² tra le ipotesi di utilizzazione e modifica di beni immobili per scopi di interessi pubblici da parte dell'autorità in assenza del solo decreto di espropriazione e quelle, invece, poste in essere in mancanza altresì della dichiarazione di pubblica utilità (alle quali, tuttavia, è stato dedicato più ampio spazio). Ed in proposito non può non rilevarsi che, con buona probabilità, la rigorosa distinzione tra i due gruppi di fattispecie avrebbe reso certamente più limpido l'*iter* argomentativo sviluppato dalla Consulta e, forse, avrebbe potuto condurre a risultati diversi.

9. Le eccezioni di illegittimità costituzionale sollevate avverso l'art. 42-*bis*, d.p.r. n. 327/2001 dalle sezioni unite della Corte di Cassazione

Fermo quanto precede, le eccezioni in parola, secondo la ricostruzione che ne fa la stessa Corte costituzionale possono essere così riassunte (peraltro, in parte utilizzando anche le sue parole).

a) Compatibilità della disposizione censurata con gli artt. 3 e 24 Cost.

Quanto alla violazione dell'art. 3 cost., la Corte di cassazione ha lamentato in primo luogo che l'art. 42-*bis*, cit., riserverebbe alla pubblica amministrazione un ingiustificato

⁶⁰ Nell'ambito del quale, appunto, si era manifestato il dubbio circa la legittimità costituzionale dell'art. 42-*bis*, cit.

⁶¹ Corte cost. n. 71/2015, Diritto, § 5.2

⁶² Con buona pace, peraltro, del requisito della "rilevanza" delle eccezioni di illegittimità sollevate ai fini della decisione delle controversie nell'ambito delle quali le stesse erano state sollevate.

trattamento di privilegio. Mentre, infatti, per qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento l'illecita apprensione di un bene appartenente ad altri, in linea di principio, è fonte dell'obbligazione «risarcitoria/restitutoria» di cui agli artt. 2043 e 2058 cod. civ., alla pubblica amministrazione, nella medesima circostanza, verrebbe, invece, attribuita la facoltà di mutare - successivamente alla produzione dell'evento dannoso 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), discendenti in via generale dal precetto del *neminem laedere*.

Più in particolare, secondo il giudice rimettente, la pubblica amministrazione, allorché opera al di fuori della funzione amministrativa, sarebbe soggetta a tutte le regole vincolanti per gli altri soggetti (e dunque esposta alle medesime responsabilità); sicché, una volta attuata in tutti i suoi elementi costitutivi una lesione "ingiusta" di un diritto soggettivo, quest'ultima non potrebbe mai mutare natura e divenire "giusta" per effetto dell'autotutela amministrativa, cui non potrebbe, in particolare, consentirsi di eliminare *ex post* le obbligazioni restitutorie e risarcitorie conseguenti.

In tal senso, d'altronde, sarebbe orientata la giurisprudenza della Corte EDU, la quale, giustappunto in materia di ingerenza illegittima nella proprietà privata, ha più volte statuito che alla pubblica amministrazione non è consentito (né direttamente né indirettamente) trarre vantaggio da propri comportamenti illeciti e, più in generale, da una situazione di illegalità da essa stessa determinata.

La disposizione censurata, invece, a parere dei giudici remittenti per il solo fatto della connotazione pubblicistica del soggetto responsabile, avrebbe soppresso il pregresso regime dell'occupazione abusiva di un immobile altrui, sottraendo al proprietario l'intera gamma delle azioni di cui disponeva in precedenza (restituzione del bene con eventuale riduzione in pristino, risarcimento del danno) a tutela del proprio diritto e, addirittura, la stessa facoltà di scelta di avvalersene o meno. (È appena il caso di sottolineare che al riguardo i giudici *a quibus* si sono riferiti alle fattispecie caratterizzate dalla mancanza della dichiarazione di pubblica utilità, ovvero alle fattispecie di occupazione usurpativa, che solo in queste evenienze, secondo la giurisprudenza di legittimità all'epoca dominante, il proprietario poteva chiedere la restituzione del bene).

L'art. 42-*bis*, cit., poi, urterebbe ancora con il principio di eguaglianza per le seguenti ragioni: 1) perché l'indennizzo ivi previsto a favore del proprietario sarebbe ingiustificatamente inferiore rispetto a quello cui, invece, lo stesso avrebbe diritto se il suo bene fosse espropriato legittimamente; 2) perché il corrispettivo dovuto al proprietario a titolo di risarcimento dei danni per il periodo di occupazione illegittima antecedente al provvedimento di acquisizione, sarebbe calcolato in base ad un parametro inferiore rispetto a quello cui è, invece, commisurato l'analogo indennizzo previsto per la occupazione temporanea legittima; 3) perché il «bene privato detenuto *sine titulo* dalla pubblica amministrazione sarebbe sottoposto in perpetuo al sacrificio dell'espropriazione, mentre nel procedimento ordinario di espropriazione l'esposizione al pericolo dell'emanazione del provvedimento acquisitivo è temporalmente limitata all'efficacia della dichiarazione di pubblica utilità»; 4) perché, denotando «intrinseca irragionevolezza», avrebbe «trasformato il precedente regime risarcitorio in un indennizzo derivante da atto lecito, che di conseguenza assumerebbe natura di debito di valuta, non automaticamente soggetto alla rivalutazione monetaria» 5) perché il ristoro economico da esso assicurato al proprietario risulterebbe in ogni caso inferiore a quello dovuto nel caso di "espropriazione per le vie ordinarie dello stesso immobile", in quanto: (i) ove il fondo abbia destinazione edificatoria,

non è riconosciuto l'aumento del 10 per cento di cui all'art. 37, comma 2, del t.u. sulle espropriazioni, non richiamato dalla norma impugnata; (ii) se il terreno è agricolo, non è applicabile l'art. 40, comma 1 stesso t.u., che impone di tener conto delle colture effettivamente praticate sul fondo e «del valore dei manufatti edilizi legittimamente realizzati, anche in relazione all'esercizio dell'azienda agricola»; (iii) «non contemplerebbe l'ipotesi di espropriazione parziale» e, di conseguenza, «non consentirebbe di tener conto della diminuzione di valore del fondo residuo, invece indennizzata» già dalla l. 25.6.1865, n. 2359 ed oggi dall'art. 33, d.p.r. n. 327/2001.

b) Compatibilità della disposizione censurata con gli artt. 42, 97, 113 Cost.

Eccepiscono in proposito i giudici remittenti che l'art. 42 cost. richiederebbe che i motivi d'interesse generale che giustificano l'esercizio del potere espropriativo siano predeterminati dall'amministrazione ed emergano da un apposito procedimento, quello dichiarativo del pubblico interesse culminante nell'adozione della dichiarazione di pubblica utilità, attraverso il quale l'amministrazione programma un nuovo bene giuridico destinato a soddisfare uno specifico interesse pubblico, attuale e concreto, preliminare, autonomo e strumentale rispetto al successivo procedimento espropriativo in senso stretto, da adottare, peraltro, entro termini rigidamente prefissati. I motivi di pubblico interesse perseguiti dovrebbero essere, pertanto, palesati anteriormente al sacrificio del diritto di proprietà, allorché la comparazione tra l'interesse pubblico e l'interesse privato può effettivamente evidenziare la scelta migliore, nel rispetto dei principi d'imparzialità e proporzionalità, nonché dei principi del giusto procedimento e di legalità dell'azione amministrativa (v. art. 97 e 113 cost). In un momento, quindi, in cui la lesione del diritto di proprietà non sia ancora attuale ed eventuali ipotesi alternative all'espropriazione non siano ostacolate da una situazione fattuale ormai irreversibilmente compromessa. Tale risultato non sarebbe, invece, 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. (Anche tale eccezione si riferisce specificamente alle fattispecie, già, qualificate usurpative).

c) Compatibilità della disposizione censurata con l'art. 117, co. 1, cost., alla luce dell'art. 1 Primo protocollo CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

Al riguardo, il giudice remittente ha preliminarmente osservato che l'acquisizione sanante - in tutte le fattispecie individuate dall'art. 42-*bis*, compresa, dunque, (come si è anticipato) quella di utilizzazione del bene senza titolo «in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio» - presenterebbe numerosi ed insuperabili profili di contrasto con le norme convenzionali, non risolvibili in via ermeneutica, sulla base dell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo delle tre norme contenute nell'art. 1, Primo protocollo CEDU (principio generale di rispetto dei beni; privazione della proprietà solo alle condizioni indicate; riconoscimento agli Stati del potere di disciplinare l'uso dei beni in conformità all'interesse generale).

Più in particolare, il remittente sottolinea che la Corte EDU in più occasioni ha considerato «in radicale contrasto» con la CEDU il principio dell'«espropriazione indiretta», in quanto per questa via il trasferimento della proprietà del bene dal privato alla pubblica amministrazione avviene in virtù della constatazione della situazione di illegalità o illiceità commessa dalla stessa amministrazione, con l'effetto di convalidarla, e consentendo così a quest'ultima di trarne vantaggio, con violazione delle regole fissate in materia di

espropriazione e con il conseguente rischio di un risultato imprevedibile o arbitrario per gli interessati.

In proposito, i giudici *a quibus* hanno cura di ricordare anche (come in questa sede si è già detto ad altri fini) che la Corte EDU ha ripetutamente sottolineato che l'espropriazione indiretta è incompatibile con il diritto al rispetto dei propri beni, sia se disposta attraverso una decisione dell'autorità giudiziaria, sia se autorizzata da specifiche disposizioni legislative, quali l'art. 3, l. n. 458/1988 o l'art. 43, d.p.r. n. 327/2001; e ciò 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. In questo ordine di idee, dunque, da un lato, il supporto di «una base legale non è sufficiente a soddisfare il principio di legalità» e, dall'altro lato, è, in ogni caso, «utile porre particolare attenzione sulla questione della qualità della legge»⁶³. In breve: la giurisprudenza di Strasburgo non consentirebbe la “legalizzazione dell'illegale” né ad una norma di legge, né tanto meno ad un provvedimento amministrativo di essa attuativo, quale è quello che dispone la cosiddetta acquisizione “sanante”.

Per di più, il principio di legalità non sarebbe recuperabile neanche in forza del bilanciamento tra interessi pubblici e privati che la norma censurata affida all'autorità amministrativa che dispone l'acquisizione.

Quest'ultima notazione, poi, anche se il giudice remittente non lo rileva espressamente, assume un carattere particolarmente grave in relazione alle ipotesi di occupazione usurpativa, perché in queste evenienze il trasferimento coattivo del bene privato in capo alla pubblica amministrazione non dipenderebbe più (neppure) dalla sua (oggettiva) trasformazione in un bene pubblico, ma solo dalla imprevedibile volontà dell'amministrazione di ricorrere o meno al nuovo istituto, per di più senza limiti temporali. Sotto questo profilo, la nuova disciplina risulterebbe nuovamente incompatibile con la giurisprudenza di Strasburgo non potendosi escludere il rischio di un risultato imprevedibile o arbitrario⁶⁴.

d) Compatibilità della disposizione censurata con gli artt. 111, co. 1 e 2, cost. e 117, co. 1, cost. in relazione all'art. 6 CEDU.

In relazione a quest'ultima eccezione, il giudice *a quo* prende le mosse dalla constatazione che malgrado l'art. 42 bis, cit., co. 1, disponga che l'atto di acquisizione non ha efficacia retroattiva, al co. 8 stabilisce, invece, che la nuova disciplina ha efficacia *ex tunc* e, dunque, che la stessa può essere applicata anche ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore e, addirittura, anche se vi sia già stato un provvedimento di acquisizione successivamente ritirato o annullato. In tal modo il legislatore ha inteso attribuire alle amministrazioni occupanti una “via legale” di uscita dalle situazioni di “illegalità” venutesi a verificare nel corso degli anni.

In conseguenza di tale scelta, i proprietari, i quali sulla base della sentenza n. 293 del 2010 della Corte costituzionale (dichiarativa della illegittimità costituzionale del precedente art. 43, cit.) avrebbero avuto diritto alla restituzione dei loro immobili (almeno nelle ipotesi di occupazione usurpativa, sin tanto che i giudici ordinari distinguevano tra questa fattispecie e quella dell'occupazione acquisitiva), nonché al risarcimento del danno ex 2043 c.c., a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 42-bis, cit., avrebbero perduto in radice la tutela reale, e potrebbero avvalersi soltanto di quella «indennitaria/risarcitoria» introdotta dalla norma censurata.

⁶³ V., in part., *Affaires Acciardi et Campagna c. Italie*, 19 maggio 2005, § 75 e *Scordino c. Italie*, 17 maggio 2005, § 88.

⁶⁴ V., *ex plurimis*, *Affaire De Caterina et autres c. Italie*, 28 giugno 2011, §§ 30, 31.

Stando così le cose, la disposizione censurata urterebbe con la giurisprudenza della Corte EDU, laddove, sulla base del principio di legalità e del diritto ad un processo equo (art. 6 CEDU), ha ritenuto lecita l'applicazione dello *ius superveniens* nelle cause civili pendenti soltanto in presenza di «ragioni imperative d'interesse generale». Non ricorrendo tali evenienze, infatti, il legislatore non può introdurre nuove disposizioni dirette ad influire sull'esito di un giudizio già in corso (specie laddove sia parte la pubblica amministrazione), costringendo così il giudice ad adottare la decisione sulla base di norme diverse da quelle sulle quali le parti potevano fare legittimamente riferimento al momento di introduzione della lite⁶⁵.

In questa prospettiva, il giudice *a quo*, ha sollevato anche il dubbio sulla compatibilità della disposizione impugnata con l'art. 111, co. 1 e 2, cost., nella parte in cui, disponendo l'applicabilità ai giudizi in corso delle regole sull'acquisizione "sanante" in seguito ad occupazione illegittima, violerebbe i principi del giusto processo; ed in particolare la condizione di parità delle parti davanti al giudice, che risulterebbe lesa dall'intromissione del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, allo scopo di influire sulla risoluzione di una circoscritta e determinata categoria di controversie.

10. Le risposte della Corte costituzionale: valutazione critica

La Consulta, posta di fronte alle eccezioni richiamate nel precedente paragrafo, attesi i dubbi formulati in precedenza (sentenza n. 293/2010), seppur in via incidentale, circa la compatibilità dell'art. 43, cit., con la giurisprudenza di Strasburgo, non poteva non affrontare *in limine* il problema se tale articolo e l'art. 42-bis, cit., potessero o meno considerarsi sostanzialmente coincidenti. È di tutta evidenza, infatti, che ove la Consulta avesse considerato la disciplina introdotta dall'art. 42-bis, cit., alla stregua di una sorta di riproposizione di quella risultante dall'art. 43, cit., avrebbe dovuto, in qualche modo, fare i conti con l'*obiter* contenuto nella sentenza n. 293/2010, sia ove avesse deciso di negare la legittimità costituzionale dell'art. 42-bis, cit., sia ove, invece, avesse deciso (come in realtà ha fatto) di riconoscerne la legittimità.

Di tale problema, però, la Consulta si è liberata abbastanza agevolmente: sottolineando (enfaticamente?) le differenze che indubbiamente esistono tra i due articoli (v. *supra*) ha, infatti, statuito che l'art. 42-bis, cit., disciplina «un istituto diverso da quello disciplinato dall'art. 43 del t.u. sulle espropriazioni». E così, pur senza dirlo espressamente, ha ritenuto che la legittimità della nuova disposizione potesse essere valutata senza tener conto dei dubbi in precedenza espressi sulla costituzionalità dell'art. 43, cit.

Fatta questa premessa, i giudici della nomofilachia costituzionale sono passati ad esaminare in primo luogo il quesito relativo alla asserita violazione dell'art. 3, cost., sotto il profilo della disparità di trattamento tra pubblica amministrazione e privato cui darebbe luogo l'art. 42-bis, cit., in relazione alle ipotesi di occupazione *sine titulo* di un bene altrui, secondo che l'autore di tale occupazione sia l'una o l'altro. A tal fine, però, giova sottolinearlo sin da ora, la Corte ha preso le mosse da un argomento che, per un verso,

⁶⁵ V., in part., *Affaires Zielinski E Pradal et Gonzalez et autres c. France*, 28 ottobre 1999 (G.C.), § 57; *Forrer-Niedenthal c. Allemagne*, 20 febbraio 2003, § 57-65; *OGIS-Institut Stanislas, OGEc St. Pie et Blance de Castille et autres c. France*, 27 maggio 2004, § 71; *Scordino c. Italie*, 29 luglio 2004, § 78.

elude (deliberatamente?) quello che sembra essere il senso autentico dell'eccezione sollevata dalle ss.uu. e, per l'altro, finisce col pre-giudicare la soluzione delle successive questioni.

Statuisce, infatti, in proposito la Consulta che il giudice *a quo* avrebbe omesso «di considerare che, se pure il presupposto di applicazione della norma (art. 42-*bis*, cit.) sia «l'indebita utilizzazione dell'area» – ossia una situazione creata dalla pubblica amministrazione in carenza di potere (per la mancanza di una preventiva dichiarazione di pubblica utilità dell'opera o per l'annullamento o la perdita di efficacia di essa) – l'adozione dell'atto acquisitivo, con effetti non retroattivi» [previsto dall'art. 42-*bis*, cit.] sarebbe comunque «espressione di un potere attribuito appositamente dalla norma impugnata alla stessa pubblica amministrazione»⁶⁶.

Se non che il nodo centrale della eccezione di illegittimità sollevata al riguardo era proprio quello di stabilire se il legislatore *di fronte* all'appropriazione *sine titulo* di beni privati da parte della pubblica amministrazione, potesse o meno attribuire a quest'ultima, seppur con legge, il potere di cancellare l'illecito storicamente già consumatosi e rimettere la situazione ...agli onori della legalità. E ciò, addirittura anche allorché manchi una valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità.

Di tale interrogativo, però, non v'è traccia nel ragionamento della Corte, che al contrario, saltando a piè pari la corrispondente questione, si limita sostanzialmente ad asserire che, nonostante la pubblica amministrazione appropriandosi del bene privato fuori dalle regole stabilite per l'espropriazione per pubblica utilità commetta un illecito, grazie alla successiva emanazione dell'atto di acquisizione sanante, essa si ricollocherebbe sul piano della legalità, in quanto tale atto sarebbe espressione di un potere espressamente conferitole dalla legge (l'art. 42-*bis*, cit., appunto). Più in particolare, attraverso tale atto l'Autorità eserciterebbe legittimamente una funzione amministrativa vera e propria e, dunque, nessuna assimilazione potrebbe farsi tra il suo pregresso comportamento lesivo dell'altrui diritto di proprietà e quello di qualunque altro soggetto dell'ordinamento che, per avventura, ponga in essere un illecito analogo.

Eppure, ma con riserva di ritornare nel prosieguo sul punto, la consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, peraltro con riferimento alla eventualità meno grave della procedura espropriativa viziata solo a causa della mancata tempestiva emanazione del decreto di espropriazione, è decisamente ed univocamente orientata nel senso che anche al legislatore è fatto divieto sia di «*entériner une situation de fait découlant des illégalités commises par l'administration*» sia di «*régler les conséquences pour le particulier et pour l'administration, au bénéfice de celle-ci*».

Fatto sta, però, che sulla base di questa premessa la Corte ha respinto anche l'eccezione relativa alla violazione dell'art. 24 cost. Premesso, infatti, che la violazione di quest'ultimo «parametro costituzionale può considerarsi sussistente solo nei casi di «sostanziale impedimento all'esercizio del diritto di azione garantito dall'art. 24 della Costituzione»⁶⁷ o di imposizione di oneri tali da compromettere irrimediabilmente la tutela

⁶⁶ Più precisamente, prosegue la Corte, con l'adozione dell'atto di acquisizione sanante la pubblica amministrazione riprenderebbe «a muoversi nell'alveo della legalità amministrativa, esercitando una funzione amministrativa ritenuta meritevole di tutela privilegiata, in funzione degli scopi di pubblica utilità perseguiti, sebbene emersi successivamente alla consumazione di un illecito ai danni del privato cittadino. Sotto questo punto di vista, trascurato dai rimettenti, la situazione», afferma ancora la Corte costituzionale, apparirebbe conforme alla propria giurisprudenza, laddove ha riconosciuto che «[...] la P.A. ha una posizione di preminenza in base alla Costituzione non in quanto soggetto, ma in quanto esercita potestà specificamente ed esclusivamente attribuitele nelle forme tipiche loro proprie».

⁶⁷ Corte cost. 26 giugno 2007, n. 237.

stessa⁶⁸, andrebbe da sé che una volta statuito che l'acquisizione sanante vale a cancellare la pregressa illiceità del comportamento della pubblica amministrazione rimettendo quest'ultima sui binari della legalità, al proprietario non poteva certo essere riconosciuta la possibilità di esperire le azioni restitutorie (cui in precedenza aveva diritto) trovandosi, ormai, di fronte ad un comportamento della pubblica amministrazione non più qualificabile in termini di illiceità. Al contrario, poiché l'autorità, attraverso l'emanazione del decreto di acquisizione esercita una legittima funzione amministrativa preordinata all'acquisto di un bene necessario al soddisfacimento di interessi pubblici, alla legge non resterebbe che garantire al proprietario un serio ristoro economico, come, in realtà ha fatto. Stando così le cose, secondo la Consulta, non si potrebbe allora dire che il proprietario sia stato privato della possibilità di usufruire della tutela giurisdizionale⁶⁹, ma tutt'al più che la tutela giurisdizionale già spettantegli sia stata "conformata" alla nuova situazione che si è venuta a creare, ritenuta, come si è detto, del tutto legittima.

11. *Segue*

Prescindendo dalle ragioni sulla scorta delle quali la Consulta ha respinto le eccezioni sollevate con riferimento alle modalità di calcolo dell'indennizzo dovuto al proprietario in caso di occupazione sanante che nell'economia di queste osservazioni assumono un rilievo secondario⁷⁰, la premessa dalla quale la stessa Consulta muove per respingere le eccezioni di

⁶⁸ Corte cost. 26 maggio 2005, n. 2013.

⁶⁹ Cfr. Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85.

⁷⁰ Peraltro, le statuizioni della Consulta al riguardo (§§ 6.6.2 e 6.6.4) appaiono del tutto condivisibili. Ed invero, il giudice delle leggi in proposito rileva correttamente che l'art. 42-*bis*, cit., lungi dall'attribuire al proprietario che subisce l'acquisizione sanante un indennizzo inferiore a quello che gli spetterebbe se la procedura espropriativa si fosse svolta regolarmente, in realtà, almeno in via di principio, ne prevede una maggiorazione. L'indennizzo previsto in caso di occupazione sanante, infatti, comprende oltre al valore venale del bene anche il ristoro per il nocumento non patrimoniale che il proprietario risente in tale evenienza, forfettariamente liquidato nella misura del 10% (co. 1) o del 20% (co. 5) del valore del bene. Il ristoro di tale danno non è invece previsto in caso di legittima procedura espropriativa.

Quanto, poi, alla mutata natura del ristoro ed alla esclusione dell'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 37, co. 2, e all'art. 40, co. 1 e all'art. 33, co. 1, d.p.r. n. 327/2001, le relative eccezioni sono state respinte sulla base del rilievo che in ambiti caratterizzati da ampia discrezionalità legislativa, lo scrutinio di ragionevolezza della Corte mira essenzialmente a verificare che il bilanciamento degli interessi in gioco non sia stato effettuato con modalità tali da provocare il sacrificio o la compressione di taluno di essi in misura eccessiva, ma «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti».

E così, quanto alla mutata natura del ristoro, poiché la norma prevede la corresponsione di un indennizzo commisurato al valore venale del bene al momento del suo trasferimento, il problema della sua rivalutazione monetaria non si pone, in tesi.

Quanto alla esclusione dell'applicazione dell'art. 37, co. 2, cit., il giudice delle leggi osserva, invece, in particolare, che, in ogni caso, il proprietario destinatario di un provvedimento di acquisizione sanante ha diritto ad una maggiorazione automatica dell'indennizzo per il danno non patrimoniale e che lo stesso indennizzo, inoltre, è comunque esente dalla riduzione del 25% di cui all'art. 37, co. 1, d.p.r. n. 327/2001.

Circa, infine, la discriminazione a carico del proprietario in caso di acquisizione sanante derivante dalla asserita inapplicabilità in tale evenienza degli artt. 40, co. 1 e 33, co. 1, d.p.r. n. 327/2001, lo stesso giudice mostra di ritenere che una accorta interpretazione dell'art. 42-*bis*, cit., co. 3, laddove stabilisce in via generale che l'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale da acquisizione sanante deve essere pur sempre commisurato

illegittimità richiamate nel § 2, sub b), a ben guardare, è sostanzialmente coincidente con quella posta a fondamento della valutazione dell'eccezione esaminata nel § precedente.

In particolare, anche la risposta della Consulta alla doglianza sollevata dal giudice rimettente *ex art. 42 cost.* relativa alla esigenza che i motivi di interesse generale che possono giustificare l'espropriazione debbano essere predeterminati dall'amministrazione ed emergere da un apposito procedimento, anteriore al sacrificio del diritto di proprietà, in fondo, non è che una conseguenza dell'affermazione di principio secondo la quale il legislatore ben può attribuire *ex novo* alla pubblica amministrazione, nonostante l'illecito già commesso, "una funzione amministrativa meritevole di tutela privilegiata".

Affermano, infatti, in proposito i giudici della legge che «la norma censurata delinea pur sempre una procedura espropriativa, che in quanto tale non può non presentare alcune caratteristiche essenziali». Più in particolare, si tratterebbe di una procedura "eccezionale", che deve «necessariamente confrontarsi con la situazione fattuale chiamata a risolvere, in cui la previa dichiarazione di pubblica utilità dell'opera sarebbe distonica rispetto ad un'opera pubblica già realizzata». In altri termini, poiché la norma censurata presuppone che sia già avvenuta la modifica dell'immobile utilizzato per scopi di pubblica utilità, non sarebbe «congrua la pretesa che l'adozione del provvedimento di acquisizione consegua all'esito di un procedimento scandito in fasi logicamente e temporalmente distinte, esattamente come nella procedura espropriativa condotta nelle forme ordinarie».

Ma, anche sotto questo aspetto – che, come si è detto, nell'economia della decisione della Consulta sembra riferirsi prevalentemente alla fattispecie dell'occupazione usurpativa – non sembra affatto che le statuizioni appena riferite siano sufficienti a dissipare tutti i dubbi, sia sotto il profilo della violazione dell'art. 42 cost. sia sotto il profilo della violazione dell'art. 1, Primo protocollo CEDU⁷¹, circa la legittimità di un intervento legislativo che, per così dire, *de albo* faccia *nigrum* o, forse più correttamente, *de nigro* faccia *album*.

Per la verità sul punto, la Corte, valorizzando il primo l'inciso del co. 4 dell'art. 42-*bis*, cit., ai sensi del quale il provvedimento di acquisizione deve essere «specificamente motivato in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione, valutati comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione», in una certa misura cerca di temperare la forza eversiva della ordinaria procedura espropriativa di tale provvedimento, statuendo che, in ogni caso, esso è consentito «esclusivamente allorché ... costituisca *l'extrema ratio* per la soddisfazione di "attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico». «Soltanto sotto questa luce – prosegue la Consulta - tornano ad essere valorizzati - pur in assenza di una preventiva dichiarazione di pubblica utilità o in caso di suo annullamento o perdita di efficacia - i «motivi di interesse generale» presupposti dall'art. 42 Cost., secondo il quale il diritto di proprietà può essere compresso «sol quando lo esiga il limite della "funzione sociale" [...]: funzione sociale, la quale esprime, accanto alla somma

al valore del bene, consentirebbe di far rientrare nel medesimo indennizzo anche le maggiorazioni che gli artt. appena cit. prevedono specificamente per il calcolo dell'indennizzo da espropriazione legittima.

Ed analoga conclusione è accolta con riferimento alla eccezione relativa al minor corrispettivo che sarebbe dovuto al proprietario a titolo di risarcimento dei danni per il periodo di occupazione illegittima antecedente al provvedimento di acquisizione: osserva, infatti, in proposito la Corte che il co. 3 dell'art. 42, cit., pur disponendo che il risarcimento in parola deve esser pari al 5% annuo del valore del bene, fa, comunque, salva l'evenienza che dagli atti del procedimento risulti la prova di una diversa entità del danno.

⁷¹ Le due disposizioni, infatti, stabilendo rispettivamente che la proprietà privata possa essere espropriata per motivi d'interesse generale e per causa di pubblica utilità, presuppongono, naturalmente che gli uni e l'altra siano individuati, secondo le procedure stabilite dalla legge, prima della materiale apprensione del bene.

dei poteri attribuiti al proprietario nel suo interesse, il dovere di partecipare alla soddisfazione di interessi generali, nel che si sostanzia la nozione stessa del diritto di proprietà come viene modernamente intesa e come è stata recepita dalla nostra Costituzione»⁷². Rimane, però, il fatto, che l'art. 42-*bis*, cit., offre alla pubblica amministrazione una comoda via d'uscita laddove l'opera pubblica sia stata costruita in assenza (anche iniziale) della dichiarazione di pubblica utilità, dunque laddove il manufatto non è stato realizzato in vista della soddisfazione di un interesse pubblico che, infatti, in tali evenienze, mancando la dichiarazione di pubblica utilità, in tesi non è stato individuato e, dunque, secondo il diritto non esiste, ma rappresenta una mera trasformazione materiale *contra legem* del bene oggetto di proprietà privata.

D'altra parte, neanche la preoccupazione dei giudici remittenti che con l'art. 42-*bis*, cit., il bene del privato rischierebbe di essere sottoposto in perpetuo al pericolo dell'emanazione del provvedimento di acquisizione sanante, mentre secondo la disciplina ordinaria dell'espropriazione il decreto di espropriazione può essere emanato solo entro la scadenza rigorosamente stabilita dalla legge, è parsa fondata alla Corte costituzionale. A parere di quest'ultima, infatti, benché la norma impugnata non preveda alcun termine per l'esercizio del potere riconosciuto alla pubblica amministrazione, il proprietario per reagire alla eventuale inerzia della pubblica amministrazione autrice dell'illecito, alla luce della giurisprudenza amministrativa, potrebbe, pur sempre avvalersi della possibilità di esperire il procedimento di messa in mora dell'amministrazione che utilizza il bene, per poi impugnarne l'eventuale silenzio-rifiuto, quando, addirittura non sia lo stesso giudice amministrativo ad assegnare all'amministrazione un termine per scegliere tra l'adozione del provvedimento di cui all'art. 42-*bis* e la restituzione dell'immobile⁷³.

Ora, non v'è dubbio che attraverso questi mezzi (comunque, non unanimemente ritenuti ammissibili) il proprietario, almeno in una certa misura, può evitare che il proprio bene rimanga a tempo indeterminato in balia delle decisioni della pubblica amministrazione. Sul punto, però, la Corte non ha tenuto minimamente in conto che la Corte EDU a proposito dell'occupazione acquisitiva aveva ripetutamente rilevato che la relativa pratica si poneva in contrasto con l'art. 1, Primo protocollo CEDU, anche laddove costringeva il proprietario ad agire per ottenere il risarcimento del danno e non imponeva, invece, alla pubblica amministrazione il dovere di provvedervi automaticamente, una volta avvenuta l'irreversibile trasformazione⁷⁴. Il rilievo può essere riferito anche all'art. 42-*bis*, cit., laddove non stabilisce un termine certo entro il quale l'amministrazione deve decidere se acquisire la proprietà dell'immobile detenuto *sine titulo* o restituirlo al proprietario, costringendo, invece, quest'ultimo a defatiganti procedure giudiziarie o ad affidarsi ...alla sensibilità del giudice amministrativo che decida di contrastare il comportamento riottoso delle pubbliche amministrazioni. Per non dire dell'eventualità che, anche una volta emesso il decreto di acquisizione sanante, quest'ultimo ben potrebbe essere sottoposto al controllo giudiziario da parte della stessa pubblica amministrazione, prorogando così ulteriormente la sua illegittima ingerenza nella sfera giuridica del proprietario e rinviando nel tempo la corresponsione dell'indennizzo.

⁷² V., in part., Corte cost. 23 aprile 1986, n. 108, Considerato in diritto, § 4.

⁷³ Corte cost. n. 71/2015, Considerato in diritto, § 6.6.3.

⁷⁴ V., ad es., *Affaire La Rosa et Alba c. Italie* (n. 1), 11 ottobre 2005, § 82, 84.

12. *Segue*

Alle eccezioni riferite nel precedente § 2, sub c) e sub d), infine, la Corte ha ritenuto di poter rispondere congiuntamente, richiamando, però, gli argomenti utilizzati per respingere l'eccezione esaminata qui sopra, relativa alla asserita violazione dell'art. 42 cost.

In realtà, però, nel valutare queste ultime eccezioni la Consulta si è sostanzialmente limitata ad una serie di affermazioni apodittiche (oltre che, per alcuni aspetti, anche tautologiche).

Ed invero ai corrispondenti rilievi dei giudici remittenti la Consulta si è sostanzialmente limitata a replicare⁷⁵:

a) che l'«esigenza primaria sottesa all'introduzione del nuovo istituto (così come del precedente art. 43)» è l'eliminazione definitiva del fenomeno delle «espropriazioni indirette, che aveva fatto emergere quella che la Corte EDU⁷⁶ aveva definito una “défaillance structurelle”, in contrasto con l'art. 1 del Primo Protocollo allegato alla CEDU”;

b) che «con l'art. 42-*bis* del T.U. sulle espropriazioni - come peraltro già accadeva con il precedente art. 43 - l'acquisto della proprietà da parte della pubblica amministrazione non è più legato ad un accertamento in sede giudiziale, connotato, come tale, da margini di imprevedibilità criticamente evidenziati dalla Corte EDU»;

c) che le significative innovazioni introdotte dall'art. 42-*bis*, cit., (e cioè il carattere non retroattivo dell'acquisto che impedisce l'utilizzo dell'istituto in presenza di un giudicato che abbia già disposto la restituzione del bene al privato, la necessaria rinnovazione della valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico a disporre l'acquisizione e, infine, lo stringente obbligo motivazionale che circonda l'adozione del provvedimento), rendono tale disposizione «compatibile con la giurisprudenza della Corte EDU in materia di espropriazioni cosiddette indirette, ed anzi rispondente all'esigenza di trovare una soluzione definitiva ed equilibrata al fenomeno, attraverso l'adozione di un provvedimento formale della pubblica amministrazione»;

d) che l'anzidetto obbligo motivazionale, in base alla significativa previsione normativa, che richiede «l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione», deve essere interpretato ... nel senso che l'adozione dell'atto è consentita - una volta escluse, all'esito di una effettiva comparazione con i contrapposti interessi privati, altre opzioni, compresa la cessione volontaria mediante atto di compravendita - solo quando non sia ragionevolmente possibile la restituzione, totale o parziale, del bene, previa riduzione in pristino, al privato illecitamente inciso nel suo diritto di proprietà.

E, sulla base di tali assunti ha lapidariamente concluso:

«Solo se così interpretata la norma [sc. art. 42-*bis*] consente:

- di riconoscere, per le situazioni prodottesi prima della sua entrata in vigore, l'esistenza di «imperativi motivi di interesse generale» legittimanti l'applicazione dello *ius superveniens* in cause già pendenti. Tali motivi consistono nell'ineludibile esigenza di eliminare una situazione di deficit strutturale, stigmatizzata dalla Corte EDU;

- di prefigurare, per le situazioni successive alla sua entrata in vigore, l'applicazione della norma come *extrema ratio*, escludendo che essa possa costituire una semplice

⁷⁵ Corte cost. n. 71/2015, Considerato in diritto, § 6.9.1.

⁷⁶ V., ad es., *Affaire Scordino* contro Italia 6 marzo 2007, § 15.

alternativa ad una procedura espropriativa condotta «in buona e debita forma», come imposto, ancora una volta, dalla giurisprudenza della Corte EDU;

- di considerare rispettata la condizione, posta dalla stessa Corte EDU nella sentenza *Scordino* del 6 marzo 2007, cit., secondo cui lo Stato italiano avrebbe dovuto «sopprimere gli ostacoli giuridici che impediscono la restituzione del terreno sistematicamente e per principio»;

- di impedire alla pubblica amministrazione - ancora una volta in coerenza con le raccomandazioni della Corte EDU - di trarre vantaggio dalla situazione di fatto da essa stessa determinata;

- di escludere il rischio di arbitrarietà o imprevedibilità delle decisioni amministrative in danno degli interessati».

In realtà, però, con le eccezioni ora in esame i giudici remittenti, in estrema sintesi, lamentavano specificamente la contrarietà dell'art. 42-*bis*, cit., con la giurisprudenza di Strasburgo laddove consente di rendere “legale” l'illegale e laddove permette ancora all'amministrazione di trarre vantaggio dal proprio comportamento *contra legem*.

Su tali questioni, però, la Consulta ha preferito mantenere uno stretto riserbo.

13. Segue *Travisamento da parte del legislatore e della Corte costituzionale del monito dei giudici di Strasburgo. Occupazioni sine titulo e principio di legalità nella sentenza delle ss.uu. n. 735/2015 e nella sentenza della Consulta n. 71/2015. Principio di legalità e funzione sociale della proprietà*

Alla luce di quanto precede, è evidente che il legislatore, introducendo l'art. 42-*bis*, cit., ha voluto essenzialmente offrire alla pubblica amministrazione, così come aveva già tentato di fare con il precedente art. 43, cit., un efficace strumento per sanare i procedimenti espropriativi, affetti da vizi più o meno gravi, senza preoccuparsi granché dei rilievi della Corte di Strasburgo. D'altra parte, la Consulta, dal canto suo, con la sentenza n. 71/2015 ha ratificato le scelte del legislatore, sia alla luce dei principi espressamente affermati dalla nostra costituzione, sia alla luce delle pertinenti norme interposte (ex art. 117, co. 1, cost.) della CEDU.

Peraltro, la Consulta, nella sentenza n. 71/2015, statuendo *tout-court* in motivazione che l'art. 42-*bis* si applica anche alle occupazioni *sine titulo* anteriori alla sua entrata in vigore, sembra aver voluto anche togliere di mezzo il dubbio avanzato dalle ss. uu. della Cassazione nella sentenza n. 735/2015, relativo alla possibilità di applicare la nuova disciplina alle occupazioni *sine titulo* anteriori all'entrata in vigore del d.p.r. n. 327/2001. Secondo sembra dato desumere dalla decisione della Corte costituzionale, infatti, (che, comunque, non ha affrontato specificamente tale questione) l'esigenza di eliminare una volta per tutte la *defaillance structurelle* denunciata dalla Corte EDU rispetto alle espropriazioni indirette italiane, imporrebbe che l'art. 42-*bis* si applichi non solo alle future occupazioni *sine titulo* di beni immobili da parte della pubblica amministrazione, ma anche a tutte quelle in corso, indipendentemente dal momento in cui si sono manifestate e quale che sia il vizio che affetti la procedura espropriativa⁷⁷.

⁷⁷ Si legge, infatti, in Corte cost. n. 71/2015, Diritto, 6.9.1.: «È vero ...che la norma [art. 42-*bis*, cit.] trova applicazione anche ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore, per i quali siano pendenti processi, ed anche se vi sia già stato un provvedimento di acquisizione successivamente ritirato o annullato. Ma è anche vero che questa previsione risponde alla stessa esigenza primaria sottesa all'introduzione del nuovo istituto (così come

In tal modo, però, l'art. 42-*bis*, cit., sul piano del formante legislativo, e la sentenza della Corte cost., da ultimo cit., sul piano della nomofilachia costituzionale, se non vado errato, in realtà, hanno disatteso l'autentico significato del messaggio che i giudici di Strasburgo hanno rivolto in materia all'Italia.

Ed invero, a ben considerare le cose, tale messaggio, quale è dato desumere, dalla imponente giurisprudenza di Strasburgo, non attiene tanto alla necessità di dare veste legale all'acquisizione della proprietà di un bene privato da parte della pubblica amministrazione, nei casi in cui tale bene sia stato da essa previamente occupato e modificato in violazione della comune procedura di espropriazione per pubblica utilità⁷⁸ (come in fondo ha fatto l'art. 42-*bis*, cit., con l'avallo della Consulta), quanto, piuttosto, alla necessità che il nostro Paese garantisca finalmente che tale procedura si svolga sempre, o almeno, nella normalità dei casi, nel rispetto della legge; e ciò per la semplice ragione che «*l'article 1 du Protocole n° 1 exige, avant tout et surtout, qu'une ingérence de l'autorité publique dans la jouissance du droit au respect des biens soit légale*»⁷⁹.

Continuando, invece, ostinatamente, a disciplinare con disposizioni legislative speciali le conseguenze della illegittima apprensione dei suoli privati da parte della pubblica amministrazione, l'Italia sembra quasi voler abdicare alla volontà di risolvere alla radice il problema. E così, invece, di disciplinare in modo più efficiente l'espropriazione per pubblico interesse e di ricorrere alle norme di diritto comune in caso di irregolare svolgimento della stessa, il nostro Paese, con l'art. 42-*bis*, cit., non ha pensato di meglio che perfezionare la previgente disciplina legislativa (art. 43, cit.) delle conseguenze del mancato rispetto delle regole stabilite in via generale ed astratta in materia di espropriazione per pubblico interesse: quasi che per una oscura iattura tali norme siano inesorabilmente destinate a restare *di regola* inattuata, di fronte ad una pubblica amministrazione irrimediabilmente riottosa e, dunque, occorra necessariamente disciplinare *ex ante* le conseguenze della loro violazione, mediante disposizioni, appunto, speciali, peraltro, preoccupate principalmente di offrire un valido usbergo alle ragioni del pubblico.

La Consulta, peraltro, per giustificare tale scelta, non ha trovato di meglio che rifugiarsi dietro una interpretazione del tutto formalistica della disposizione impugnata, che, facendo leva principalmente sulla norma in forza della quale la motivazione del provvedimento di acquisizione sanante deve essere particolarmente rigorosa e deve dar conto, in ogni caso, delle «attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione»⁸⁰, sembra considerare *il rimedio* creato dall'art. 42-*bis*, cit., come la

del precedente art. 43): quella di eliminare definitivamente il fenomeno delle «espropriazioni indirette», che aveva fatto emergere quella che la Corte EDU (nella sentenza 6 marzo 2007, Scordino contro Italia) aveva definito una «*défaillance structurelle*», in contrasto con l'art. 1 del Primo Protocollo allegato alla CEDU

⁷⁸ E, dunque, imponendo l'"abrogazione" delle regole di origine pretoria, ma anche legislativa, non «apte[s] à assurer un degré suffisant de sécurité juridique». Così, tra le numerosissime decisioni, *Affaire Velocci c. Italie* 18 giugno 2008, § 7.

⁷⁹ V., *ex plurimis*, *Affaire La Rosa et Alba c. Italie*, 15 luglio 2005, § 83.

⁸⁰ Peraltro, se si tiene conto dell'immenso debito del nostro Stato e di moltissimi enti locali, nonché del nuovo testo dell'art. 80 cost., specie laddove impone che lo Stato deve assicurare «l'equilibrio e le spese del proprio bilancio» e laddove richiede la «sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni» (co 1 e 6), non è affatto peregrino prevedere che le «attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico» di cui all'art. 42-*bis*, cit., potrebbero essere ravvisate, oltre che in presenza di (illegittime) utilizzazioni di suoli privati veramente giustificate da tali ragioni (una strada, una autostrada, un aeroporto, ad es., non realizzabili altrove), anche in presenza di (illegittime) occupazioni ed utilizzazioni di beni privati che, indipendentemente dal rilievo dell'interesse pubblico perseguito, abbiano già comportato una ingente o anche solo una rilevante spesa di danaro pubblico, che non possa essere sostenuta una seconda volta, se il suolo viene restituito al

risposta ad una sorta di “*stato di eccezione*”⁸¹ che si creerebbe nella ordinaria dialettica pubblico/privato in presenza delle cc.dd. espropriazioni indirette. Sulla base di questa premessa (implicita), il legislatore ha, quindi, dato forma legale a ciò che, in tesi, non ne ha, e la relativa soluzione è stata condivisa dalla Consulta (lo si è già ricordato) perché la conseguente compressione del diritto di proprietà sarebbe riconducibile (anche laddove manchi una preventiva dichiarazione di pubblica utilità), al «limite della funzione sociale»⁸²; ovvero al medesimo principio cui la precedente giurisprudenza costituzionale aveva fatto ricorso per riconoscere la legittimità costituzionale della (semplice) occupazione acquisitiva elaborata dalla giurisprudenza.

Da altro punto di vista, poi, in proposito, non può non rilevarsi ancora la singolare diversità tra la valutazione del principio di legalità in materia di espropriazione delineato dalla Corte EDU da parte della Cassazione nella sentenza n. 735/2015 e la corrispondente valutazione del medesimo principio da parte della Corte costituzionale nella sentenza in esame.

Mentre, infatti, la Corte di cassazione, ritenendo vani i tentativi da essa stessa posti in essere per rimuovere i gravi inconvenienti che la formulazione originaria dell'occupazione acquisitiva comportava per il proprietario giustappunto sotto il profilo del rispetto del principio di legalità, ha cancellato tale modo di acquisto dal sistema aderendo pedissequamente alla relativa giurisprudenza di Strasburgo, al contrario il giudice delle leggi, sebbene chiamato a verificare la legittimità delle “espropriazioni indirette” sul diverso terreno della legge, ha mostrato di valutare la portata di tale principio con grande elasticità. Ovvero, detto in altri termini: i giudici di legittimità sono giunti ad espungere l'occupazione acquisitiva dal sistema interpretando con rigore le norme ed i principi posti a fondamento di tale istituto in senso convenzionalmente orientato, specie per quanto attiene al rispetto del principio di legalità, ma senza preoccuparsi delle indicazioni del giudice della nomofilachia costituzionale circa la coerenza del medesimo istituto con la funzione sociale della proprietà; il giudice delle leggi, al contrario, disattendendo, in particolare, il rilievo della Corte EDU (formatosi prevalentemente con riferimento alla occupazione acquisitiva, dove il vizio della procedura espropriativa è meno grave) secondo cui «l'expropriation indirecte» si pone in contrasto con l'art. 1, Primo protocollo CEDU sotto il profilo del rispetto del principio di legalità⁸³, *anche quando è disposta per legge*, ha rinvenuto proprio nella funzione sociale della proprietà la giustificazione ultima del rimedio ex art. 42-*bis*, cit.

proprietario e l'opera viene demolita. Insomma, non si può affatto escludere che la mancanza di “attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico” che potrebbero consentire di non adottare il decreto di acquisizione sanante e, dunque, di restituire il bene al proprietario, finirà per essere ravvisata solo in presenza di vicende del tutto marginali.

⁸¹ È appena il caso di evidenziare che lo “stato di eccezione” di cui qui si parla ha solo un valore meramente descrittivo e, dunque, non ha nulla a che fare, se non, forse, per qualche remotissimo profilo, con la relazione tra tale stato e la sovranità. Ad ogni buon conto, su quest'ultimo aspetto, si veda, nella sterminata letteratura, G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, dove, tra l'altro (p. 9 ss.) si sviluppa l'idea secondo la quale l'aspetto paradossale dello stato di eccezione, individuato da Carl Schmitt (per una prima informazione del cui pensiero, v. *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, Bologna, 2014) nella sua relazione con la sovranità, consisterebbe in ciò, che lo stato di eccezione si presenta come la forma legale di ciò che non può avere forma legale.

⁸² Corte cost. n. 71/2015, cit., Considerato in diritto, § 6.7.

⁸³ In quanto «permet en général à l'administration de passer outre les règles fixées en matière d'expropriation», e in quanto «tend à entériner une situation de fait découlant des illégalités commises par l'administration» e «à régler les conséquences pour le particulier et pour l'administration, au bénéfice de celle-ci»; v. *ex plurimis*, *Affaire Ucci c. Italie*, 22 giugno 2006, § 78.

Insomma, mentre le ss. uu. della Cassazione pur di adeguarsi alla CEDU non hanno esitato a “liberarsi” della pregressa giurisprudenza della Corte costituzionale che ravvisava nell’occupazione acquisitiva una manifestazione della funzione sociale della proprietà, la stessa Corte costituzionale, invece, posta di fronte all’art. 42-*bis*, cit., che sostanzialmente ha dato veste legale all’occupazione acquisitiva (oltre che a quella usurpativa)⁸⁴, pur di affermarne la legittimità, è nuovamente ricorsa alla medesima clausola generale.

In quest’ultima conclusione sembra riecheggiare, con specifico riferimento al diritto di proprietà, l’idea del predominio assiologico della costituzione sulla CEDU, che poco tempo prima la stessa Consulta aveva proclamato nella decisione n. 49/2015⁸⁵, la quale a giudizio di numerosi commentatori, sia pure sotto un profilo diverso da quello che qui viene in rilievo, sarebbe «complessivamente animata dall’intento di porre argini solidi all’avanzata della normativa (e, a conti fatti, della giurisprudenza) convenzionale in ambito interno»⁸⁶.

In termini più espliciti, par di poter affermare che con la sentenza n. 71/2015 la Consulta abbia voluto (ri-)affermare che i valori fondamentali del nostro sistema, riassunti nel sintagma “funzione sociale” che accompagna indissolubilmente il riconoscimento

⁸⁴ Peraltro, in proposito, si può anche aggiungere, che l’art. 42-*bis*, sottoponendo la fattispecie dell’occupazione usurpativa alla medesima disciplina dell’occupazione acquisitiva, se non mi inganno, pone un dubbio ulteriore, rispetto a quello già rilevato dalle s.u. della Corte di Cassazione nel sollevare le eccezioni di illegittimità costituzionale sopra esaminate, circa la coerenza della stessa disposizione con il principio di eguaglianza ex art. 3 cost., sotto il profilo della ragionevolezza.

Ed invero (come a vari fini è stato ampiamente ricordato), occupazione acquisitiva ed occupazione usurpativa, dal punto di vista della struttura, si distinguono perché, mentre nella prima è presente una valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità, nella seconda, invece, tale dichiarazione è assente *ab initio*, ovvero, successivamente viene meno sua efficacia o ne viene dichiarata l’invalidità.

Questo vuol dire che mentre nell’occupazione acquisitiva la manipolazione (o se si preferisce la “modificazione” ex art. 42-*bis*, cit.) del bene privato è giustificata dalla realizzazione di interessi pubblici, previamente individuati e ritenuti meritevoli di una tutela poziore rispetto alle ragioni del proprietario, nell’occupazione usurpativa la stessa manipolazione/modificazione è una mera attività di fatto, non preordinata alla realizzazione di alcun interesse pubblico in senso proprio.

Da questo punto di vista, allora, l’art. 42-*bis*, cit., sembrerebbe porsi in contrasto con il principio di eguaglianza non solo perché riserva in via generale un trattamento diverso alla pubblica amministrazione ed al privato in caso di illecita apprensione di un bene appartenente da altri (come hanno eccepito le s.u. della Corte di Cassazione), ma anche perché sottopone all’identica disciplina sia l’ipotesi in cui il bene del privato sia appreso dalla pubblica amministrazione in vista della realizzazione di un interesse pubblico – peraltro, almeno di regola, sulla base di un titolo che la legittimi a far ciò prima dell’emanazione del decreto di esproprio – sia quella in cui il medesimo bene venga manipolato per la realizzazione di interessi non previamente e legittimamente dichiarati di pubblica utilità, ovvero in vista di interessi che *dal punto di vista sostanziale* non sono riconducibili ai “motivi d’interesse generale” di cui discorre l’art. 42, co. 3, cost. (oltre che l’art. 1, primo protocollo CEDU).

È ben vero che anche nell’occupazione acquisitiva la mancanza della tempestiva emanazione del decreto di espropriazione finisce per porre l’amministrazione fuori dai binari della legalità, ciò non toglie, però, che se si ha riguardo al modo in cui tale fattispecie e quella dell’occupazione usurpativa si manifestano sul piano della realtà sociale, il disvalore giuridico di quest’ultima appare molto più grave. E ciò specie, come prevede espressamente l’art. 42-*bis*, cit., co 1, allorché la dichiarazione di pubblica utilità manchi, addirittura, *ab initio*.

⁸⁵ Ad altri fini già richiamata.

⁸⁶ Così A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in *Dir. pen. Cont.*, http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1427919457RUGGIERI_2015a.pdf; ma v. anche G. GUARINO, *Corte costituzionale e diritto internazionale: noterelle a margine della sentenza 49/15*, Consulta on line, <http://www.giurcost.org/studi/guarino8.pdf>; N. COLACINO, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta*, http://www.rivistaoidu.net/sites/default/files/Fascicolo%20completo%203_2015%2011-55-54-207.pdf

costituzionale della proprietà privata, in presenza di “espropriazioni indirette” preordinate a realizzare «eccezionali ragioni di interesse pubblico», rappresentino un baluardo inespugnabile ... anche dal principio di legalità, come delineato dalla Corte di Strasburgo.

Ora, in proposito, non v'è dubbio che il diverso grado di protezione assicurato alla proprietà⁸⁷ nell'ambito della CEDU e nell'ambito della nostra Costituzione rappresenta uno dei profili più problematici (se non il più problematico) nei rapporti tra le due Carte, in vista di una loro piena integrazione: per la prima, diritto umano inviolabile, alla stregua degli altri diritti (e delle altre libertà) fondamentali da essa garantiti, dunque valore assoluto che, salvo specifiche eccezioni, non incontra limitazioni⁸⁸; per la seconda, invece, mera situazione soggettiva attiva collocata sul piano dei rapporti economici, che la legge deve regolamentare affinché ne sia assicurata la funzione sociale, intesa quale formula riassuntiva dei principi solidaristici e dei diritti e delle libertà fondamentali caratterizzanti il nostro ordinamento e, dunque, quale «principio sistematico organizzatore»⁸⁹ della proprietà medesima.

Un esempio paradigmatico del rilievo della diversa classificazione assiologica della proprietà nelle due Carte ai fini della loro coerente integrazione, fino a poco tempo addietro, si poteva rinvenire nell'individuazione del ristoro riconosciuto al proprietario in caso di espropriazione o, comunque, di sottrazione autoritativa di un determinato bene: mentre, infatti, secondo la Corte EDU, tale ristoro deve tendenzialmente corrispondere al valore venale del bene, trattandosi, appunto, di un diritto fondamentale dell'individuo; la Corte costituzionale al contrario, per lungo tempo, ha ritenuto che la sua quantificazione potesse risultare anche sensibilmente inferiore al valore venale del bene, in considerazione della sua funzione sociale, ovvero dell'esigenza di favorire l'attuazione di valori (di diritti) ritenuti poziori dalla Costituzione. Tale contrasto, come è noto e come si è ricordato ad altri fini, è stato composto dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, con le quali il nostro giudice delle leggi, modificando i propri precedenti orientamenti, ha sostanzialmente fatta propria l'interpretazione di Strasburgo. Anche se, specie la sentenza n. 348, relativa al calcolo dell'indennità di espropriazione, ha cercato in qualche modo di “riaffermare” la prevalenza dei nostri valori costituzionali, sottolineando che, dato il “risalto” che la costituzione attribuisce alla funzione sociale, il legislatore non ha comunque il «dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene ablato»⁹⁰.

⁸⁷ Peraltro, unico diritto a contenuto specificamente patrimoniale previsto dalla CEDU.

⁸⁸ G. RAMACCIONI, *La tutela multilivello*, cit., p. 108.

⁸⁹ Così S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 278.

⁹⁰ Val la pena riportare integralmente il brano da cui è tratta la citazione: «Si deve tuttavia riaffermare che il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene ablato. L'art. 42 Cost. prescrive alla legge di riconoscere e garantire il diritto di proprietà, ma ne mette in risalto la «funzione sociale». Quest'ultima deve essere posta dal legislatore e dagli interpreti in stretta relazione all'art. 2 Cost., che richiede a tutti i cittadini l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale. Livelli troppo elevati di spesa per l'espropriazione di aree edificabili destinate ad essere utilizzate per fini di pubblico interesse potrebbero pregiudicare la tutela effettiva di diritti fondamentali previsti dalla Costituzione (salute, istruzione, casa, tra gli altri) e potrebbero essere di freno eccessivo alla realizzazione delle infrastrutture necessarie per un più efficiente esercizio dell'iniziativa economica privata. Valuterà il legislatore se l'equilibrio tra l'interesse individuale dei proprietari e la funzione sociale della proprietà debba essere fisso e uniforme, oppure, in conformità all'orientamento della Corte europea, debba essere realizzato in modo differenziato, in rapporto alla qualità dei fini di utilità pubblica perseguiti. Certamente non sono assimilabili singoli espropri per finalità limitate a piani di esproprio volti a rendere

Non spetta certo a queste brevi note il compito di individuare i criteri generali secondo i quali risolvere i contrasti che possono porsi rispetto a singole fattispecie e/o circostanze tra la visione convenzionalmente orientata della proprietà e quella, invece, costituzionalmente orientata.

Preme, piuttosto, chiedersi se il richiamo della Corte EDU al rigoroso rispetto del principio di legalità in materia di espropriazione metta davvero in gioco la diversa collocazione assiologica della proprietà nella CEDU e nella costituzione o, al contrario, rinvii ad una distinta questione, rispetto alla quale, il problema del predominio della costituzione rispetto alla CEDU, attraverso il medio logico-ermeneutico della funzione sociale, forse, non ha ragion d'essere.

Ed invero, a ben considerare le cose, nelle vicende in esame la Corte EDU, in fondo, rimprovera all'Italia essenzialmente (se non esclusivamente) la violazione del principio di legalità. D'altra parte, però, anche la costituzione, laddove, appunto, dispone che la proprietà privata può essere espropriata nei casi previsti dalla legge (art. 42, co. 3), impone il rispetto di tale principio in materia di espropriazione. Da questo punto di vista, dunque, non sembra che tra le due Carte vi siano contrasti di sorta.

Né ad alcun contrasto sembra dar luogo il fatto che l'espropriazione della proprietà privata per motivi di interesse generale sia comunemente considerata una manifestazione della funzione sociale della stessa. Tale interpretazione, infatti, non postula affatto che i valori cui rinvia la funzione sociale della proprietà possano prendere il sopravvento sulla tutela comunque assicurata a quest'ultima («la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge», art. 42, co. 2, prima parte) fuori dal rispetto del principio di legalità che, peraltro, per ciò che qui interessa maggiormente, deve sempre accompagnare l'azione della pubblica amministrazione. Piuttosto, si potrebbe dire che il principio di legalità rappresenta l'"ambiente" nel quale la funzione sociale della proprietà (al pari di ogni altra categoria giuridica) trova la sua naturale collocazione e, dunque, la possibilità di esplicitare le proprie potenzialità assiologiche. Sotto questo profilo, dunque, l'adesione della Consulta alla interpretazione dei giudici di Strasburgo non avrebbe comportato affatto alcuna "promozione" del "terribile diritto" a diritto fondamentale, con pregiudizio dei valori riassunti nella locuzione "funzione sociale". Al contrario, avrebbe significato semplicemente la (ri-)affermazione, nella materia in oggetto, di uno dei caratteri essenziali dello Stato di diritto, frutto del costituzionalismo liberale e postulato, come si è appena finito di dire, sia dal sistema delineato dalla CEDU sia dal nostro ordinamento giuridico.

Insomma, le modalità di attuazione della funzione sociale della proprietà debbono accompagnarsi al rispetto della legge in ogni caso, come, d'altronde, è dato desumere ancora dall'art. 42 cost. che, appunto, affida alla legge la disciplina dell'intera sequenza proprietaria (acquisto, godimento, limiti) allo scopo di assicurare, tra l'altro, tale funzione.

In questa prospettiva, gli argomenti utilizzati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 71/2015 per superare i rilievi della Corte EDU e per giustificare al contempo la conformità dell'art. 42-*bis*, cit. all'art. 42 cost., quale che sia il vizio che affetti la procedura seguita, appaiono al contempo fragili e, a conti fatti, non congruenti.

Fragili, perché nonostante il nostro ordinamento nel corso degli anni non abbia lesinato esempi di sanatorie (urbanistiche, fiscali e di altro genere, peraltro foriere sempre di

possibili interventi programmati di riforma economica o migliori condizioni di giustizia sociale. Infatti, l'eccessivo livello della spesa per espropriazioni renderebbe impossibili o troppo onerose iniziative di questo tipo; tale effetto non deriverebbe invece da una riparazione, ancorché più consistente, per gli «espropri isolati», di cui parla la Corte di Strasburgo». Così Corte cost. n. 348/2007, Considerato in diritto, § 5.7.

conseguenze gravi, non foss'altro che per la disaffezione nei confronti del rispetto della legge indotta nei cittadini ma anche nelle pubbliche amministrazioni), l'acquisizione sanante non può ovviamente cancellare il fatto storico dell'avvenuta violazione del principio di legalità.

Non congruenti, perché, evocando la funzione sociale per giustificare la violazione del principio di legalità da parte della pubblica amministrazione nell'appropriazione dei beni privati, la Consulta compie un salto logico in quanto omette di considerare, come si è detto, che la funzione sociale della proprietà, in uno stato di diritto, non può essere assicurata che nell'ambito del rispetto di tale principio. Ovvero, detto in termini ancora più espliciti, la funzione sociale vale a conformare il diritto dominicale in modo da consentire la realizzazione dei valori in essa riassunti, non a sanare acclerate violazioni del principio di legalità.

Se quanto precede ha del vero, forse la Consulta avrebbe potuto cogliere l'occasione dell'eccezione di illegittimità costituzionale sollevata avverso l'art. 42-*bis*, cit., per riesaminare, ancor prima che in senso convenzionalmente orientato, in senso costituzionalmente orientato, la propria precedente giurisprudenza formata a proposito dell'occupazione acquisitiva di matrice giurisprudenziale, contribuendo così ad una maggiore integrazione tra Costituzione e CEDU, peraltro, senza alcun pregiudizio dell'asserito predominio della prima sulla seconda.

Fatto sta, però, che mentre le ss.uu. della Cassazione con la sentenza n. 735/2015, sia pure con le riserve sopra formulate, sembrano aver definitivamente posto fine ai contrasti tra l'ordinamento italiano e la Corte EDU per quanto attiene alla occupazione acquisitiva, non è, invece, affatto sicuro che la Corte di Strasburgo, ove mai sarà chiamata a valutare la coerenza dell'art. 42-*bis*, cit., con l'art. 1, Primo protocollo CEDU, darà una risposta positiva, così come ha fatto la Consulta. Anche se, l'accorta mossa del legislatore italiano di prevedere nel caso di adozione del provvedimento di occupazione sanante un ristoro "più che serio" a favore del proprietario, ampiamente valorizzata dalla Corte costituzionale nella propria decisione⁹¹, oltre a venire incontro alla esigenza più volte ribadita dalla Corte EDU di garantire in linea di principio al soggetto privato dei suoi beni un ristoro tendenzialmente corrispondente al loro valore venale, specie ove si tratti di una privazione posta in essere in violazione della legge, probabilmente, fungerà da energico deterrente per futuri ricorsi seriali alla Corte di Strasburgo.

14. *La minore tutela accordata al proprietario dall'art. 42-bis, d.p.r. n. 327/2001 rispetto a quella offerta dalla giurisprudenza*

Naturalmente, non mi nascondo che per l'ordinamento italiano liberarsi *d'emblée*, sotto l'incalzare della giurisprudenza di Strasburgo, «di un sistema che da oltre trent'anni trova modi sempre nuovi per sanare le occupazioni illegittime a salvaguardia dell'interesse pubblico»⁹², non era (e non è) affatto semplice⁹³.

⁹¹ V. nota 70.

⁹² F. REGA, *Occupazioni illegittime*, cit., p. 1512.

⁹³ Anche se, occorre ricordarlo, l'impianto del testo originario del t.u. sulle espropriazioni del 2001, escludendo che la pubblica amministrazione potesse avviare la costruzione di un'opera pubblica su un suolo privato prima di averlo legittimamente espropriato, almeno per il futuro, era potenzialmente idoneo a ridurre

Una volta, però, deciso di agire sul formante legislativo per porre fine al contrasto tra la prassi nazionale e la giurisprudenza di Strasburgo, ci si sarebbe ben potuti attendere una soluzione maggiormente rispettosa della giurisprudenza di Strasburgo (e della nostra Costituzione) di quanto lo sia in realtà l'art. 42-*bis*, cit. Ed in questa prospettiva, una accorta valutazione della dottrina del c.d. margine di apprezzamento che la Corte EDU riconosce in via generale agli Stati nell'applicazione della Convenzione europea, unitamente ad una più attenta valutazione della natura delle diverse fattispecie elaborate lungo un trentennio dalla nostra giurisprudenza ed oggi sottoposte alla medesima disciplina di cui all'art. 42-*bis*, cit., avrebbero potuto indicare al legislatore una via più proficuamente percorribile in vista di una progressiva integrazione reciproca nella materia che ci occupa tra Costituzione e CEDU sul piano ermeneutico.

Prima di esaminare questi aspetti, ed anche per rendere più chiaro quanto si dirà nel successivo §, giova, però, richiamare l'attenzione su una conseguenza, per alcuni versi paradossali, cui dà luogo l'applicazione dell'art. 42-*bis*, cit., sotto il profilo della tutela riconosciuta alle ragioni del privato.

Più in particolare, premesso che a seguito di Cass. ss. uu. n. 735/2015, le occupazioni *sine titulo*, sia laddove manchi solo la tempestiva emanazione del decreto di espropriazione, sia laddove manchi anche la dichiarazione di pubblica utilità, sono sottoposte al regime della c.d. occupazione usurpativa, la giurisprudenza tradizionale con riferimento a quest'ultimo istituto, del tutto coerentemente con il principio sancito dall'art. 1, Primo protocollo CEDU (oltre che con l'art. 42 cost.) che garantisce *incondizionatamente* che «*nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi ...*»⁹⁴, faceva (e fa) sempre salva la possibilità per il proprietario di domandare la

sensibilmente il fenomeno delle espropriazioni illegittime (o indirette) in genere. È noto, però, che con l'aggiunta dell'art. 22-*bis* all'originario testo, che ha (re)introdotto l'occupazione d'urgenza preordinata all'espropriazione sono state nuovamente poste le basi che in precedenza avevano consentito (o costretto) la giurisprudenza ad elaborare l'istituto dell'occupazione acquisitiva

⁹⁴ Più in particolare, in proposito, la Corte di Strasburgo ha ripetutamente rilevato che «*des développements de la jurisprudence [italiana nella materia in esame] montrent que le mécanisme par lequel la construction d'un ouvrage public entraîne le transfert de propriété du terrain au bénéfice de l'administration connaît des exceptions*»; e che tali «*exceptions*» si verificano quando «*la déclaration d'utilité publique a été annulée par les juridictions administratives*» (§ 34), ovvero quando «*la déclaration d'utilité publique ... a été considérée comme invalide ab initio*». Con l'ulteriore precisazione che in questi casi, coerentemente con la giurisprudenza italiana, il proprietario «*garde la propriété du terrain*», ed ha «*la possibilité de demander la restitutio in integrum*», anche se «*l'introduction d'une demande en dommages-intérêts entraîne une renonciation à la restitutio in integrum*» (v., ad es., *Affaire Acciardi et Campagna c. Italie*, 19 maggio 2005, §§ 30 ss.).

Ora, se non mi inganno, da queste statuizioni si può ragionevolmente desumere che, i giudici di Strasburgo mostrano di ritenere la giurisprudenza italiana sull'occupazione usurpativa del tutto in linea con l'art. 1, primo protocollo CEDU.

Ed invero, con riferimento al generale fenomeno della illecita apprensione dei suoli privati da parte della amministrazione, il rimprovero principale che i giudici europei muovono allo Stato italiano è proprio quello di consentire alla stessa amministrazione di appropriarsi di un bene privato «*au mépris des règles régissant l'expropriation en bonne et due forme*». Stando così le cose, la giurisprudenza italiana sull'occupazione usurpativa, escludendo che la mera manipolazione del suolo, in mancanza della dichiarazione di pubblica utilità, provochi l'effetto estintivo-acquisitivo proprio dell'occupazione acquisitiva, e dunque, non priva il proprietario del diritto di chiedere la restituzione del bene (oltre al risarcimento dei danni) ed ammettendo che l'effetto traslativo possa realizzarsi solo ove quest'ultimo presti il suo assenso, è proprio alla indicazione qui sopra richiamata che si uniforma.

Ed invero, come si è appena detto, in questi casi il trasferimento della proprietà del bene privato in capo alla pubblica amministrazione non si realizza automaticamente, offrendosi solo al proprietario la possibilità di rinunziarvi *volontariamente* in cambio del ristoro dei danni subiti. Ed a quest'ultimo proposito, è appena il caso

restituzione del proprio bene, anche se per avventura irreversibilmente trasformato, oltre al risarcimento dei danni così subiti⁹⁵.

Al contrario, oggi, in forza dell'art. 42-*bis*, cit., tale possibilità continua a sussistere solo allorché la pubblica amministrazione non possa o non voglia adottare il provvedimento di acquisizione sanante. Se, infatti, l'autorità decide di emanare tale provvedimento, il proprietario non può che soccombere alla volontà dell'amministrazione, nonostante la giurisprudenza nella stessa evenienza gli avrebbe riconosciuto la possibilità di ottenere la restituzione del bene. Ed in proposito non è inutile ricordare che i giudici di Strasburgo non avevano mancato di segnalare tale singolare contraddizione già con riferimento all'art. 43, cit., che conteneva, appunto, una analoga disposizione⁹⁶.

PARTE TERZA

Per una soluzione normativa che potrebbe incontrare il favore dei giudici di Strasburgo

È noto che con la locuzione «margine di apprezzamento» si indica comunemente la possibilità che la Corte EDU riconosce ai singoli Stati di adottare deroghe o misure costituenti una “interferenza” rispetto alle disposizioni della CEDU. Tale dottrina esprime un atteggiamento di *self-restraint* da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, posta di fronte ad una misura statale in contrasto con una disposizione della CEDU, può astenersi dal condannare lo Stato sulla base della constatazione che il sistema della CEDU consente agli Stati di fare uso di un certo «margine di apprezzamento» in ordine alla portata delle deroghe e delle clausole di interferenza previste dalla Convenzione in relazione a taluna delle libertà o dei diritti da essa disciplinati. Ovvero, detto in altri termini, con il margine di apprezzamento la Corte riconosce agli Stati una certa libertà di azione e di manovra, prima di dichiarare che la misura statale di deroga, di limitazione o di interferenza con una libertà o con un diritto garantiti dalla CEDU configuri una concreta violazione della Convenzione stessa. Si tratta, dunque, di una dottrina per molti versi sfuggente e per di più, in quanto vale a segnare, una sorta di “confine” tra misure ammesse (perché interne al «margine di apprezzamento») e misure non ammesse (perché eccedenti tale margine e quindi costituenti violazioni della Convenzione) necessariamente “mobile”⁹⁷.

A tale dottrina si ricorre, in particolare, laddove la “clausola di interferenza” prevista dalla stessa CEDU fa riferimento a nozioni di carattere generale quali l'«interesse pubblico», la «pubblica sicurezza» e simili⁹⁸.

di precisare, che la volontaria abdicazione/rinuncia del proprio diritto proprietà in favore della pubblica amministrazione, che pure abbia in precedenza illecitamente appreso il corrispondente oggetto, non sembra urtare con l'art. 1, primo protocollo CEDU.

⁹⁵ Salva, comunque, la possibilità per il proprietario di abdicare volontariamente al proprio diritto di richiedere il controvalore del bene ed il risarcimento dei danni.

⁹⁶ V., ad es., *Affaire Immobiliare Cerro s.a.s. c. Italie*, 23 febbraio 2006, dove (§ 77) si legge in particolare «que s'il est vrai que la jurisprudence a exclu, à compter de 1996-1997, que l'expropriation indirecte puisse s'appliquer lorsque la déclaration d'utilité publique a été annulée, il est également vrai que le Répertoire [art. 43, cit.] a tout dernièrement prévu qu'en l'absence de déclaration d'utilité publique, tout terrain peut être acquis au patrimoine public, si le juge décide de ne pas ordonner la restitution du terrain occupé et transformé par l'administration».

⁹⁷ Così, quasi letteralmente, F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, <http://archivio.rivistaic.it/materiali/convegni/copanello020531/donatimilazzo.html>.

⁹⁸ *Ibidem*.

Ora, per ciò che qui interessa, tra i requisiti che possono giustificare la privazione della proprietà, l'art. 1 del primo protocollo CEDU prevede, tra l'altro, la presenza di un "interesse pubblico" (rectius: di una causa di pubblica utilità); ed al riguardo la Corte EDU, «sulla considerazione del fatto che gli Stati contraenti god[ono] di un'ampia latitudine di apprezzamento in merito agli obiettivi di politica economica e sociale da realizzare», in sede di applicazione della disposizione da ultimo cit. in linea di principio «ritiene di non potere sostituire il proprio apprezzamento a quello delle autorità nazionali in merito alla realizzazione [appunto] di un fine di pubblica utilità, ad eccezione del caso in cui esso non si riveli 'manifestement dépourvu de base raisonnable'⁹⁹. Ed invero, almeno a far data della sentenza James¹⁰⁰, i giudici di Strasburgo, considerato che i singoli Stati si trovano nella *better position* ai fini della valutazione dell'interesse pubblico perseguito, in assenza di principi comuni tra gli Stati in tema di espropriazione, si limitano di regola ad un controllo meramente esteriore di tale interesse, circoscritto sostanzialmente alla verifica della sua sussistenza (o, il che è lo stesso, della sua palese insussistenza), e così, corrispondentemente, riconoscono in materia agli Stati un ampio margine di apprezzamento¹⁰¹.

Stando così le cose, ove l'occupazione del suolo privato avvenga malgrado l'insussistenza di un interesse pubblico - come avviene, in tesi, allorché manchi, specie *ab initio*, una valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità - ricorre giustappunto una delle eventualità nelle quali i giudici di Strasburgo si riconoscono il potere di esercitare un controllo penetrante sulle scelte del legislatore nazionale, il cui esito negativo, a causa della patente violazione dell'art. 1, Primo protocollo CEDU, è oltremodo probabile (se non certo).

Bene avrebbe fatto, allora, il legislatore a lasciare la cognizione di tali fattispecie al giudice comune, il quale, attraverso la normale attività ermeneutica (non euristica) avrebbe potuto rinvenire nel diritto comune le soluzioni coerenti con la sostanza della giurisprudenza di Strasburgo in materia (oltre che con la costituzione): restituzione del bene al proprietario con conseguente risarcimento del danno e riduzione in pristino, ovvero

⁹⁹ Così M.L. PADELLETTI, in S. BARTOLE, B. CONFORTI – G. RAIMONDI, *Sub Protocollo 1, art. 1, Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 811.

¹⁰⁰ V. *Affaire James et autres c. Royaume Uni*, dove al § 46 si legge: «Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est "d'utilité publique". Dans le système de protection créé par la Convention, il leur échoit par conséquent de se prononcer les premières tant sur l'existence d'un problème d'intérêt public justifiant des privations de propriété que sur les mesures à prendre pour le résoudre ... Dès lors, elles jouissent ici d'une certaine marge d'appréciation, comme en d'autres domaines auxquelles s'étendent les garanties de la Convention. De plus, la notion d'"utilité publique" est ample par nature. En particulier, la décision d'adopter des lois portant privation de propriété implique d'ordinaire, ainsi que le relève la Commission, l'examen de questions politiques, économiques et sociales sur lesquelles de profondes divergences d'opinions peuvent raisonnablement régner dans un États démocratique. Estimant normal que le législateur dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale, la Cour respecte la manière dont il conçoit les impératifs de l'"utilité publique" sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable. En d'autres termes, elle ne saurait substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, mais elle doit contrôler au regard de l'article 1 du Protocole no 1 (P1-1) les mesures litigieuses et, à cette fin, étudier les faits à la lumière desquels lesdites autorités ont agi».

¹⁰¹ M. L. PADELLETTI, *op cit.*, p. 811 ss.

liquidazione dei danni (eventualmente anche di quelli non patrimoniali) ove lo stesso proprietario mostri di preferirlo¹⁰².

In senso diverso, si potrebbe, invece, argomentare con riferimento alle ipotesi in cui l'occupazione e la manipolazione del suolo privato, grazie alla presenza della dichiarazione di pubblica utilità, risultano effettuate in vista della realizzazione di un interesse pubblico vero e proprio, ed il vizio della procedura espropriativa consista nella mancata emanazione di un valido ed efficace decreto di espropriazione.

In questi casi, la mancanza del formale decreto di espropriazione o la sua mancata tempestiva emanazione, non può far venir meno il fatto che l'occupazione e la modificazione del bene privato è, comunque, avvenuta in vista della realizzazione di un interesse pubblico; sicché se si tiene conto del rapporto che esiste nel nostro ordinamento tra dichiarazione di pubblica utilità e decreto di espropriazione (sul punto v. subito a presso), il legislatore, avvalendosi della dottrina del margine di apprezzamento, probabilmente potrebbe fondatamente rivendicare nei confronti di Strasburgo la possibilità di rimediare alla violazione della procedura espropriativa (che, comunque, sarebbe posta in essere) attraverso una ben congegnata sanatoria.

Più in particolare, con specifico riferimento alla vigente disciplina della espropriazione per pubblica utilità, una volta dichiarata la pubblica utilità dell'opera (e, dunque, in tesi, apposto anche il vincolo preordinato all'esproprio), la fase successiva del procedimento espropriativo, ed in particolare, l'emanazione del decreto di espropriazione è essenzialmente attuativa delle scelte amministrative pregresse¹⁰³.

Naturalmente in tal modo non si intende affatto negare rilievo alla funzione del decreto di espropriazione nel procedimento ablatorio, non foss'altro perché è proprio in forza di tale decreto che la pubblica amministrazione acquista legittimamente e formalmente la proprietà del bene privato, necessario per la costruzione dell'opera pubblica.

Non può, però, non rilevarsi che, una volta disposta la dichiarazione di pubblica utilità, l'interesse pubblico che la futura costruzione dovrà soddisfare risulta compiutamente individuato ed il bene del privato è ormai definitivamente asservito e destinato ad essere "trasformato" in opera pubblica, sicché, come si è appena detto, il decreto di espropriazione non può che assolvere ad una funzione attuativa delle scelte già compiute.

D'altronde, la diversa rilevanza che assumono nell'ambito della procedura espropriativa, da una parte, la dichiarazione di pubblica utilità, unitamente all'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio, e, dall'altra, il decreto di espropriazione emerge con evidenza dalla circostanza che mentre per le prime due fasi, in considerazione della loro connotazione immediatamente lesiva delle situazioni giuridiche dei privati, è prevista la garanzia partecipativa del contraddittorio procedimentale (v. artt. 11 e 16, d.p.r. n. 327/2001), tale garanzia non è, invece, prevista al momento della emanazione del decreto di espropriazione; e tale esclusione si giustifica, appunto, alla luce della sua peculiare natura giuridica, qui sopra richiamata¹⁰⁴.

¹⁰² Ferma restando, naturalmente, la possibilità che autorità occupante e proprietario preferiscano addivenire direttamente al trasferimento del bene, o eventualmente ad altro assetto dei rispettivi interessi, per via negoziale.

¹⁰³ Legittimamente assunte giusto attraverso l'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio e la dichiarazione di pubblica utilità.

¹⁰⁴ Per una sintesi dei problemi relativi alla partecipazione del proprietario nel procedimento espropriativo nel periodo antecedente l'emanazione del d.p.r. n. 327/2001, v. L. MARUOTTI, *sub art 8*, in F. CARINGELLA, G. DE MARZO, R. DE NICTOLIS, L. MARUOTTI, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2002, p. 82 ss.

Con buona probabilità, è proprio muovendo da un analogo ordine di idee che la giurisprudenza pregressa era giunta all'elaborazione dell'occupazione acquisitiva, la cui caratteristica strutturale, attraverso una sorta di meta-osservazione sistemica, in fondo, si potrebbe cogliere in ciò, che essa parifica sostanzialmente all'efficacia attuativa delle pregresse scelte pubblicistiche, propria del decreto di espropriazione, l'attuazione di fatto delle medesime scelte attraverso la costruzione dell'opera pubblica¹⁰⁵. Conclusione questa che sembra rafforzarsi alla luce della tesi sostenuta prima dell'entrata in vigore del d.p.r. n. 327/2001 (quando, appunto, è stata elaborata l'occupazione acquisitiva) secondo la quale il decreto di espropriazione assumeva natura di atto dovuto allorché la pubblica amministrazione si fosse immessa nel possesso del bene in forza del provvedimento di occupazione preliminare d'urgenza, iniziando a costruire l'opera pubblica¹⁰⁶.

Tale idea è stata, però, tradotta dalla giurisprudenza in regole operazionali molto discutibili sotto il profilo della tutela delle ragioni del privato, specie, come si è detto nella Parte prima, per ciò che attiene alla individuazione del *dies a quo* del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno¹⁰⁷. E forse non è un caso che la fattispecie esaminata in una delle due sentenze “quasi gemelle” con la quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha avviato il corso giurisprudenziale di condanna dell'occupazione acquisitiva avesse ad oggetto proprio tale questione¹⁰⁸.

La giurisprudenza, anche questo è stato detto, ha cercato, attraverso vari accorgimenti, di ovviare a tale problema, senza, però, riuscire a superare, per sua espressa ammissione, i tre principali rilievi mossi dalla Corte di Strasburgo all'occupazione acquisitiva e cioè: che tale istituto (*a*) rappresenta un ostacolo giuridico che impedisce sistematicamente e per principio la restituzione del terreno al legittimo proprietario, (*b*) non assicura un sufficiente grado di certezza giuridica e (*c*) consente all'amministrazione di utilizzare a proprio vantaggio una situazione di fatto derivante da azioni illegali da essa

¹⁰⁵ Al riguardo si è, però, obiettato che nella fattispecie dell'occupazione acquisitiva, grazie alla presenza della dichiarazione di pubblica utilità, non seguita, però, dal decreto di esproprio, si potrebbe intravedere, tutt'al più, «un barlume illanguidito di potere autoritativo», non sufficiente, però, ad escludere la natura “usurpativa” anche di tale fattispecie. Così S. ALECCI, *Il crepuscolo dell'occupazione acquisitiva. Un paio di considerazioni a margine di una sentenza non più differibile*, in *Dir. civ. cont.*, 30.1.2015, www.dirittoci.vilecontemporaneo.com. Si tratta, però, di un giudizio, a mio parere, eccessivamente severo, che, riflette la rigida (se non meccanica) interpretazione del principio di legalità in materia di espropriazione accolta dai giudici di Strasburgo e, come si è visto nella Parte prima, interamente condivisa dalle s.u. nella sentenza n. 735/2015.

¹⁰⁶ V. L. MARUOTTI, *op. cit.*, p. 84.

¹⁰⁷ Ma non solo. Quelle regole operazionali apparivano discutibili anche sotto altri profili. In particolare, più di un dubbio aveva sollevato, pure presso la giurisprudenza, la configurazione del ristoro riconosciuto al proprietario alla stregua di un risarcimento del danno, e non, alla luce dei principi desumibili dall'art. 934 c.c. ss., alla stregua di una indennità per l'ingiustificato arricchimento della pubblica amministrazione, cui, eventualmente, sommare il risarcimento dei danni (veri e propri) risentiti dallo stesso proprietario in conseguenza dell'illecito.

¹⁰⁸ Più in particolare, nella vicenda *Carbonara e Ventura* i giudici italiani avevano negato qualsiasi forma di ristoro ai proprietari “vittime” di una acquisizione acquisitiva a causa della intervenuta prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento del danno, e ciò nonostante la irreversibile trasformazione del loro terreno in opera pubblica fosse avvenuta più di un decennio prima che la giurisprudenza “creasse” il nuovo modo di acquisto della proprietà e, dunque, quando la stessa giurisprudenza era ancora ben lungi dal formalizzare l'idea che la mera costruzione di un'opera pubblica, assistita dalla dichiarazione di pubblica utilità, potesse dar luogo al noto effetto estintivo-acquisitivo. In tal modo, i giudici italiani avevano attribuito efficacia retroattiva alle norme regolatrici dell'occupazione acquisitiva, senza minimamente curarsi né del fatto che si trattava, comunque, dell'applicazione retroattiva di regole giuridiche che compromettevano gravemente i diritti dei privati, né, fatto ancora più grave, che tali regole non erano neanche di origine legislativa, ma giurisprudenziale!

stessa poste in essere, con la conseguenza che in nessun caso tale forma di espropriazione potrebbe costituire un'alternativa ad un'espropriazione adottata secondo buona e debita forma¹⁰⁹.

A tali inconvenienti potrebbe, invece, ovviare un accurato intervento legislativo che predisponesse una procedura diretta, in primo luogo, ad accertare la persistenza dell'interesse pubblico nella occupazione e modificazione del suolo privato posta in essere in attuazione di una valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità, ma in mancanza della tempestiva emanazione del decreto di espropriazione; e, in secondo luogo, nel caso in cui tale accertamento abbia dato esito positivo, a consentire alla pubblica amministrazione di esercitare il vero e proprio potere ablatorio, attraverso, appunto, l'adozione di un decreto di espropriazione, anche se tardivo rispetto all'originario procedimento espropriativo. Siffatta procedura dovrebbe naturalmente, prevedere altresì la sollecita corresponsione dell'indennità di espropriazione unitamente al risarcimento degli eventuali danni risentiti dal proprietario a causa della violazione della procedura espropriativa e dovrebbe, inoltre, essere disciplinata in modo tale da garantire allo stesso proprietario un elevato grado di certezza giuridica circa i tempi entro i quali l'amministrazione può esercitare le proprie valutazioni e, comunque, da evitargli defatiganti iniziative giudiziarie per ottenere la restituzione del suolo ovvero la corresponsione dell'indennizzo e dell'eventuale risarcimento dei danni.

Una soluzione del genere, se si tiene conto che nei casi ora in esame, da un lato, l'occupazione e la trasformazione del bene privato è, comunque, avvenuta in vista della realizzazione di un interesse pubblico, e, dall'altro lato, che lo scostamento dal principio di legalità atterrebbe solo alla non tempestiva emanazione del decreto di espropriazione (cui la successiva procedura "in sanatoria" dovrebbe porre rimedio con solerzia), probabilmente, potrebbe incontrare un giudizio benevolo della Corte EDU.

Fermo restando, però, che, come si è già detto, il senso dei moniti di quest'ultima va ricercato, comunque, nella necessità che la nostra pubblica amministrazione decida finalmente di coordinare in modo efficiente mezzi e fini nello svolgimento delle espropriazioni per pubblica utilità, riducendo così veramente a rare eventualità l'esigenza di ricorrere a sanatorie di sorta. Ed in questa prospettiva, vien fatto di chiedersi, se, come suggeriscono alcuni Autori francesi¹¹⁰ con riferimento ai casi di irregolare svolgimento della procedura espropriativa nel proprio Paese, non sia il caso di affidare la soluzione di tali eventualità alla *prudencia* dei giudici piuttosto che a complicati interventi legislativi. Giudici, però, capaci di dimostrarsi sensibili alle ragioni del pubblico almeno quanto a quelle del privato, magari abbandonando quella «nostra raffinatezza giuridica nella elaborazione della occupazione appropriativa»¹¹¹, prodotto di categorie giuridiche non propriamente familiari ai giudici di Strasburgo, che a giudizio di taluno, sia pure provocatoriamente (ma si tratta davvero di una provocazione?) sarebbe la vera ragione per cui la Corte EDU si è "accanita" solo nei nostri confronti, nonostante analoghi problemi si pongano in altri Paesi, anche a noi vicini, come Francia, Spagna e Germania¹¹².

¹⁰⁹ Così Cass. ss. uu. n. 735/2015, che in proposito richiama, tra l'altro, *Affaires Scordino c. Italie* n. 3, 6 marzo 2007; *Sciarrotta c. Italie*, 12 gennaio 2006 e *Carletta c. Italie*, 15 luglio 2005, e Corte cost. n. 293/2010

¹¹⁰ V. nota 50.

¹¹¹ Così M. L. MADDALENA, *La disciplina della espropriazione*, cit., p. 640.

¹¹² V. ancora M. L. MADDALENA, *op. e loc. cit.*, e *passim*.