



**PRIME IMPRESSIONI A MARGINE DELLA
SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 293 DEL 2010,
IN TEMA DI ESPROPRIAZIONE INDIRETTA**

di

Filippo Patroni Griffi
(Presidente di sezione del Consiglio di Stato)

20 ottobre 2010

1 - PREMESSA - Con la sentenza n. 293 del 2010, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 43 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità (D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327).

L'articolo 43 disciplina l'istituto cd. dell'acquisizione sanante, i cui elementi fondamentali sono:

- a) in ogni caso di illegittima procedura espropriativa cui si accompagni l'utilizzazione di un immobile per scopi di interesse pubblico, l'autorità che utilizza il bene può disporre "che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile";
- b) in tal caso il privato ha diritto al risarcimento (integrale) del danno, comprensivo degli interessi moratori;
- c) il provvedimento di acquisizione comporta il passaggio di proprietà e va trascritto nei registri immobiliari;
- d) il risarcimento in luogo della restituzione può essere disposto dal giudice, su richiesta dell'amministrazione, anche nel corso del giudizio di impugnazione degli atti della procedura espropriativa.

La sentenza della Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma per eccesso di delega. Essa contiene peraltro riflessioni e spunti ricostruttivi sull'istituto in parola e sulla sua idoneità, nel merito, a superare il contrasto con l'articolo 1 del Protocollo addizionale 1 della Convenzione, più volte evidenziato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con riferimento alla legislazione e, soprattutto, alla giurisprudenza della Corte di cassazione (cui sostanzialmente si uniformava il Consiglio di Stato, pur nella varietà dei toni e nella incertezza dei corollari che ne derivavano) anteriori all'articolo 43.

Le ragioni che hanno portato alla dichiarazione di incostituzionalità per eccesso di delega sono forse opinabili, ma comprensibili. Non convincono, invece, la ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale, la valutazione dello stesso e gli spunti di riflessione sulla compatibilità di contesto della disposizione abrogata con i principi della CEDU. Di ciò occorre farsi carico, ancorché si tratti di considerazioni svolte problematicamente in una sorta di lungo *obiter*, in quanto gli *obiter* della Corte, specie in una sentenza dichiarativa d'incostituzionalità il cui dispositivo si fonda sulla violazione formale della delega, assumono una valenza che non può e non deve sfuggire al lettore. E sorge il seguente dubbio: il dubbio che una diversa e più consapevole, direi in punto di "fatti", ricostruzione del contesto da parte della Corte avrebbe potuto portare la Corte stessa a una diversa, forse meno ineccepibile sul piano tecnico, soluzione anche del profilo dell'eccesso di delega.

2 – L'ECCESO DI DELEGA – La Corte rileva che la delega al testo unico sulle espropriazioni (contenuta nella legge n. 59 del 1997, come integrata dalla legge n. 340 del 2000) consentiva il mero "riordino" formale delle disposizioni legislative e regolamentari oggetto dell'intervento (in materia di espropriazione, segnatamente la legge n. 2359 del 1865 e la legge n. 765 del 1971, oltre che gli altri provvedimenti legislativi e regolamentari connessi).

Poiché l'istituto dell'acquisizione sanante costituisce una "rottura" del previgente quadro normativo e giurisprudenziale in materia di espropriazioni indirette (formula comprensiva, e significativamente, per la giurisprudenza CEDU, dell'occupazione appropriativa e dell'occupazione usurpativa), la violazione dell'articolo 76 è individuata nella introduzione di una disciplina "marcatamente innovativa rispetto al contesto normativo positivo di cui era consentito un mero riordino".

La sentenza avrebbe potuto concludersi così. Con una soluzione e un'argomentazione difficilmente contrastabili sul piano della meccanica (in senso positivo, perché piana e lineare) applicazione dell'articolo 76 della Costituzione ai rapporti tra legge di delega e sua attuazione. Non vi è dubbio, infatti, che la legislazione oggetto di riordino formale non

contemplava affatto l'istituto dell'espropriazione indiretta e, quindi, nemmeno dell'acquisizione sanante, che costituisce una forma di disciplina positiva di quel fenomeno. Ma –come osserva la Corte- nemmeno l'unica disciplina possibile; ed è questa la considerazione più pertinente e, forse, insuperabile, della Corte. Purché, però, la si intenda nel senso che si possa introdurre una disciplina, per così dire, più favorevole al privato, nel senso della restituzione senza condizioni del bene illegittimamente espropriato, salvo a verificare l'applicabilità pratica di tale soluzione, e non certo di auspicare un ritorno alla situazione giurisprudenziale precedente o una positivizzazione della stessa.

Ma forse è proprio questo il punto da cui occorre muoversi per un più ragionato esame della complessa vicenda: l'assenza di una disciplina positiva dell'espropriazione indiretta e la presenza di un diritto vivente fondato sugli istituti, di creazione giurisprudenziale, dell'occupazione appropriativa e dell'occupazione usurpativa. Questi, a partire dalla celebre sentenza delle Sezioni unite della Cassazione 26 febbraio 1983 n. 1464, hanno arricchito i repertori giurisprudenziali e le pagine delle riviste, dando luogo a un quadro normativo di tale incertezza, dogmatica ma soprattutto applicativa, che è impossibile ignorare e che ha ripetutamente e univocamente condotto la CEDU a ritenere –contrariamente a quanto asserito dalla Cassazione in alcune sue decisioni (*ex multis*: Cass. 14 aprile 2003 n. 5902)- la situazione italiana in aperta violazione della Convenzione.

Allora il dubbio che residua al lettore è se l'attuazione di una delega -avente ad oggetto il riordino formale della legislazione che in sede applicativa aveva dato luogo, per il combinato disposto della lacuna normativa e del diritto giurisprudenziale vivente, a una situazione di illecito dell'Italia rispetto alla Convenzione europea- consenta o meno l'introduzione di una disciplina volta, in tesi, a superare quel quadro complessivo di incompatibilità con la Convenzione europea.

Il dubbio, per la verità, lo ingenera la stessa sentenza della Corte, la quale –come si è detto- non si limita a rilevare l'eccesso di delega mediante un mero raffronto tra oggetto, criteri e principi della delega, da un lato, e contenuto del decreto legislativo dall'altro; ma introduce considerazioni da cui si evincono perplessità sul piano del merito della scelta legislativa, rispetto al quadro previgente; tanto che viene da chiedersi se la soluzione sarebbe stata differente ove diversa fosse stata la valutazione della Corte sul quadro previgente e sulla scelta legislativa adottata rispetto a esso; anche in relazione alla copiosa giurisprudenza del Consiglio di Stato successiva al testo unico sulle espropriazioni, giurisprudenza non menzionata nella sentenza della Corte ma costantemente richiamata nelle più recenti decisioni della CEDU.

3 – IL QUADRO ANTERIORE ALL'ARTICOLO 43 – Non è possibile ripercorrere in questa sede il complesso cammino, intrapreso con la richiamata sentenza del 1983, volto a far fronte a quel fenomeno, unitariamente denominato, specie in sede CEDU, dell'espropriazione indiretta, comprensivo di quelle ipotesi di illegittimità o illiceità della procedura espropriativa che la Corte di cassazione, a un certo punto, ha raggruppato nelle due distinte categorie dell'occupazione appropriativa (da cui si era partiti) e dell'occupazione usurpativa.

La prima –secondo l'esposizione sintetica che ne fa la stessa Corte- era caratterizzata dalla presenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità, cui non faceva seguito una regolare procedura espropriativa, e determinava un acquisto a titolo originario del fondo in capo all'amministrazione a seguito della irreversibile trasformazione del fondo, in forza di una inversione logica, peraltro difficile da rinvenire nel dato positivo, della fattispecie civilistica dell'accessione (cd. accessione invertita); l'occupazione usurpativa, invece, caratterizzata dall'assenza di una dichiarazione di pubblica utilità, non determinava l'effetto acquisitivo in favore della pubblica amministrazione, bensì un obbligo di restituzione del bene, assoluto in teoria, ma che inevitabilmente nella pratica, in caso di intervenuta costruzione dell'opera pubblica, poneva una serie di problemi in tema di risarcimento per equivalente e di sua quantificazione, quanto: a periodo temporale di riferimento (in effetti, trattavasi di illecito permanente), a decorrenza del termine di prescrizione del diritto al risarcimento e, infine, a situazione proprietaria dell'opera e dell'immobile su cui esso insisteva. In più, la spesso incerta e dibattuta riconduzione di alcune fattispecie all'occupazione appropriativa o usurpativa (dichiarazione di pubblica utilità esistente ma annullata, decreto di esproprio emesso oltre i termini indicati nella dichiarazione di pubblica utilità) risentiva di un approccio per la verità obsoleto ai concetti di carenza e cattivo uso del potere e facevano applicazione, spesso inappropriata, dello schema della degradazione del diritto (affievolimento del diritto, annullamento del provvedimento, riespansione del diritto) che è facile immaginare quanto fosse di facile intelligibilità in sede CEDU.

Il quadro giurisprudenziale e lo stesso dibattito dottrinale erano tanto incerti e variegati, anche in considerazione della varietà dei casi concreti, che questa situazione è stata all'origine delle ripetute condanne dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha, tra l'altro, sempre rifiutato la rilevanza, quanto all'effetto di violazione della Convenzione, tra occupazione appropriativa ed occupazione usurpativa, ricomprendendo entrambe nel genere indifferenziato dell'espropriazione indiretta. Questa, in sintesi, è contrassegnata dall'assenza di una base legale e da una illegittima compressione del ristoro

economico e, più in generale, proprio alla luce della giurisprudenza nazionale, da un quadro privo di una “regolamentazione stabile, concreta e prevedibile”.¹

4- L'ARTICOLO 43 E GLI SVILUPPI SUCCESSIVI - L'articolo 43 e, con esso, l'istituto della cd. acquisizione sanante mirano a superare il contrasto del sistema italiano con la Convenzione europea. Al di là di evidenti elementi di criticità del sistema introdotto², la disposizione, nell'interpretazione che ne è seguita alla decisione n. 2 del 2005 dell'Adunanza plenaria, si caratterizza per i seguenti elementi:

- a) la perdita della proprietà non si verifica più in conseguenza di un “fatto” (trasformazione del bene conseguente alla realizzazione dell'opera pubblica), ma trova la propria “base legale” in un provvedimento amministrativo tipico, cioè previsto dalla legge; in altre parole, proprio grazie all'articolo 43, l'area viene restituita pur in presenza di quegli eventi (irreversibile trasformazione del fondo) che, con la precedente giurisprudenza, avrebbero impedito di fatto (occupazione usurpativa) o addirittura in diritto (accessione invertita) la restituzione, sancendo addirittura (quanto meno) nel secondo caso il trasferimento della proprietà, in assenza di base legale, dal privato all'amministrazione;
- b) il provvedimento in questione ha efficacia *ex nunc*: e quindi, a differenza di quanto sostiene la Corte, a sostegno delle perplessità riferite in *obiter* all'istituto, non vi è “un'efficacia sanante retroattiva” e non “si prevede un generalizzato potere di sanatoria, attribuito alla stessa amministrazione che ha commesso l'illecito”; la sanatoria, infatti, ha intrinseca efficacia retroattiva, evenienza questa ripetutamente esclusa dalla giurisprudenza che ha applicato l'articolo 43;
- c) vi è invece un nuovo provvedimento amministrativo, a carattere discrezionale, che però “non può costituire una mera alternativa alla procedura ordinaria”³, tanto che si fonda su presupposti diversi e richiede una motivazione *ad hoc*, differenti da quelli previsti per la procedura ordinaria, e, sotto entrambi i profili, è sindacabile dal giudice;

¹ Difficile pertanto convenire con la Corte costituzionale quando definisce il diritto giurisprudenziale all'epoca vivente come “orientamenti di giurisprudenza che, in via interpretativa, erano riusciti a porre un certo rimedio ad alcune gravi patologie emerse nel corso dei procedimenti espropriativi”: quegli orientamenti hanno determinato la costante condanna dell'Italia, mentre l'introduzione dell'articolo 43 e la relativa giurisprudenza applicativa hanno determinato, quanto meno, come si dirà, una positiva attenzione della CEDU e del Comitato dei ministri del Consiglio di Europa.

² In particolare, ci si riferisce al comma 5, che estende l'istituto dell'acquisizione sanante al diritto di servitù, e al comma 3, che sembra attribuire al giudice, su richiesta dell'amministrazione, il potere di scelta tra restituzione e risarcimento. A tale ultimo proposito, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia ha proposto un'interpretazione “adeguatrice” nel senso che anche in quel caso occorre un provvedimento dell'amministrazione, sindacabile dal giudice (decisioni n. 934 del 2005 e nn. 440-442 del 2006)

³ Espressione tratta da Ad. Plen. N. 2 del 2005 citata, e ribadita dalla successiva giurisprudenza del Consiglio di Stato: *ex multis*, IV, 28 aprile 2006 n. 2402; IV, 26 febbraio 2009 n. 1136; VI, 9 giugno 2010 n. 3655

- d) è determinato con certezza l'effetto traslativo della proprietà, ove il provvedimento risulti legittimo;
- e) è in ogni caso assicurato l'integrale risarcimento del danno. In particolare, è lasciato intatto il risarcimento integrale del danno per il periodo intercorrente dalla sottrazione del bene alla disponibilità del privato fino all'emanazione del provvedimento di acquisizione (e anche oltre ove tale provvedimento sia successivamente annullato): e tale provvedimento ha data certa (e quindi dà certezza giuridica) a differenza di quanto accadeva prima (e di quanto accadrà dopo la sentenza della Corte) quando la giurisprudenza non riusciva a partorire un indirizzo ragionevolmente univoco sul momento cui ancorare il trasferimento della proprietà o l'impossibilità della restituzione dell'area.

Il mutamento del quadro normativo e giurisprudenziale, conseguente all'introduzione dell'articolo 43 e alla sua applicazione giurisprudenziale, è stato colto dalla CEDU e, soprattutto, dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. La Corte europea, pur non essendo ancora stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità dell'articolo 43 con la Convenzione europea (e ormai potrà farlo solo se e quando disposizioni di contenuto analogo verranno reintrodotte con legge), ha sempre richiamato nelle proprie decisioni la norma e la giurisprudenza amministrativa che ne ha fatto applicazione⁴. Il Comitato dei Ministri, con la risoluzione n. 3/2007⁵, che in allegato reca le informazioni rese dal Governo italiano, resa nel corso del procedimento di supervisione sull'esecuzione delle sentenze della CEDU in tema di espropriazione indiretta, ha riconosciuto il valore di rottura che assume l'istituto dell'acquisizione sanante nei confronti della prassi delle espropriazioni indirette e ha auspicato che il rigoroso indirizzo giurisprudenziale emergente dalle prime pronunce dei giudici amministrativo sia seguito e ulteriormente sviluppato.

5 – LE PROSPETTIVE

E' certo che il legislatore debba ora intervenire. Non è possibile che si crei un nuovo quadro di totale incertezza giuridica e di fatto. E che, in particolare, si torni a discutere di occupazioni di ogni tipo, di momento in cui l'opera possa ritenersi realizzata, di decorrenza di termini di prescrizione e via dicendo.

Perciò non credo che sia cosa saggia intervenire ponendosi nella scia concettuale degli istituti (?) dell'occupazione acquisitiva e dell'occupazione usurpativa, istituti a dir poco

⁴ Da ultimo, v. pronuncia della Grande Camera 22 dicembre 2009, caso Guiso-Gallisay c/ Italia

⁵ La si ritrova nella Relazione del Governo al Parlamento del 2006, sull'esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato italiano (legge n. 12 del 2006). Ivi ulteriori informazioni sulla vicenda.

di incerta definizione, più volte esplicitamente rifiutati dalla Corte europea e dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa; istituti rispetto ai quali si denota un uso di consolidati concetti del diritto civile (e segnatamente dei modi di acquisto della proprietà) in modo quanto meno singolare, se non disinvolto, e che utilizzano categorie dogmatiche e concettuali del diritto amministrativo verso le quali oramai da tempo la dottrina amministrativistica e la stessa giurisprudenza mostrano crescente fastidio per l'inadeguatezza di tali categorie (carenza e cattivo uso del potere, che proprio nel settore dell'espropriazione si dimostrano da tempo inappropriate) e che, soprattutto, non danno alcuna certezza giuridica ai rapporti tra privati e amministrazioni pubbliche.

In definitiva, si ritiene che l'istituto dell'acquisizione sanante vada ripreso, ma con alcune modifiche rispetto al testo dichiarato incostituzionale dalla Corte.

In primo luogo, andrebbe espunta la riferibilità dell'istituto ai diritti di servitù e probabilmente a quelle opere diverse dalle opere pubbliche in senso stretto, cioè alle opere di pubblica utilità realizzabili dai privati (in tale ottica non andrebbe riprodotto il comma 5 e andrebbe delimitato l'ambito applicativo dell'istituto).

Andrebbe poi espunto il comma 3, a meno di non volerlo precisare nei termini chiariti, e sopra richiamati, dal Consiglio di giustizia amministrativa.

Potrebbero poi essere inseriti nella norma alcuni degli assunti interpretativi chiariti dalla giurisprudenza, in particolare sull'efficacia *ex nunc* del provvedimento di acquisizione (che nemmeno andrebbe definito "sanante"), sulla sua diversità rispetto alla procedura ordinaria, sul particolare onere di motivazione gravante sull'amministrazione. E magari, già che ci si è, si potrà chiarire l'ambito temporale di efficacia dell'istituto rispetto alle procedure espropriative in atto, tenuto conto del contrasto di giurisprudenza al riguardo esistente tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato⁶.

Qualunque soluzione richiede chiarezza di linguaggio normativo e linearità e semplicità dell'istituto da adottare: perché lo richiedono i cittadini e le amministrazioni, alla ricerca di certezze; perché ce lo impone la Corte europea, che difficilmente ci segue su impervie ricostruzioni giurisprudenziali "non stabili né prevedibili".

⁶ A titolo di esempio, Cass. 4 maggio 2006 n. 10222 Cons. Stato, Ad. Plen. N. 2 del 2005