



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA  
"TOR VERGATA"**

**FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA**

**DOTTORATO DI RICERCA IN  
DIRITTO PUBBLICO**

**XXII CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO**

**OCCUPAZIONE APPROPRIATIVA E USURPATIVA  
ALLA LUCE DELLE SENTENZE DELLA  
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

**CARLO EFISIO MARRE' BRUNENGGHI**

**A.A. 2009/2010**

**Docente Guida/Tutor: Prof. EUGENIO PICOZZA**

**Coordinatore: Prof. ANTONIO D'ATENA**



Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

*Dedico questo mio breve studio a una mia grande  
maestra , che mi ha fatto comprendere la differenza tra  
le cose piccole e le cose grandi: Cecilia Edith, mia figlia.*

<i>Indice</i>	<i>pag. 3</i>
<i>Introduzione</i>	<i>pag. 8</i>
<i>Parte prima</i>	<i>pag. 25</i>
<i>Parte seconda</i>	<i>pag. 56</i>
<i>Parte terza</i>	<i>pag. 100</i>
<i>Parte quarta</i>	<i>pag. 142</i>
<i>Conclusioni</i>	<i>pag. 156</i>
<i>Bibliografia</i>	<i>pag. 158</i>

INTRODUZIONE		Pag. 3
PARTE PRIMA	LE FONTI DEL DIRITTO DOMINICALE E DEL POTERE D'ESPROPRIO	Pag. 25
Capitolo 1	FONDAMENTI STORICO-GIURIDICI DEL DIRITTO DI PROPRIETA' E DEL POTERE D'ESPROPRIO	Pag. 26
	1. Fondamenti storico giuridici della proprietà	Pag. 26
	2. Fondamenti storico giuridici dell'espropriazione per pubblica utilità	Pag. 31
	3. Fondamenti costituzionali dell'espropriazione per pubblica utilità	Pag. 35
	4. Riepilogando. I passaggi mutanti: dallo Statuto Albertino al Trattato di Lisbona	Pag. 42
Capitolo 2	IL PROBLEMA DELLA COMPATIBILITA' CON LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO	Pag. 47
	1. Le condanne della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo	Pag. 47
	2. La portata precettiva dell'art. 1 del Primo Protocollo aggiuntivo alla Convenzione	Pag. 48
	3. Da "in dubio pro principe" a "in dubio pro homine"	Pag. 48
	4. Il principio di legalità secondo l'ordinamento di Strasburgo	Pag. 50
	5. La deprivation of possession è comunque un fatto illecito	Pag. 51
Capitolo 3	IL PROBLEMA DELLA COMPATIBILITA' CON I PRINCIPI DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO EX LEGE 241/90 E SUCC. MOD.	Pag. 53
	1. La mutilazione del procedimento amministrativo	Pag. 53
	2. L'antinomia con i principi della legge 8 giugno 1990, n° 241, come modificata dalla legge 1 febbraio 2005, n° 15	Pag. 54
PARTE SECONDA	L'ESPROPRIAZIONE SOSTANZIALE NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA	Pag. 56

## E NATURA GIURIDICA DELL'ILLECITO: DALL'ACCESSIONE INVERTITA ALL'OCCUPAZIONE ACQUISITIVA E USURPATIVA Pag. 57

1. La giurisprudenza anteriore al 1983: bene in proprietà del privato, ma indisponibilità ed illecito permanente Pag. 57
2. La prima svolta: Cass. Sez. Un., n° 1464/1983. Tesi dell'illecito istantaneo a effetti permanenti e prescrizione quinquennale dell'azione di risarcimento Pag. 59
3. Cass. Sez. Un., n° 3940/1988: la conferma del fatto illecito Pag. 63
4. L'art. 3 legge n° 458/1988: l'espressa conferma del fatto illecito Pag. 64
5. La seconda svolta: Cass., Sezione I, n° 10979/1992. Negazione della validità generale della legge n° 458/1988; diritto al controvalore e prescrizione decennale Pag. 65
6. La terza svolta: Cass. Sez. Un., n° 12546/1992. Ritorno alla tesi del fatto illecito e prescrizione quinquennale Pag. 67
7. I dubbi di legittimità sollevati dalla dottrina Pag. 69
8. La pronuncia della Corte costituzionale (n° 188/1995): conferma della legittimità costituzionale e superamento della costruzione di accessione invertita a favore di quella di occupazione acquisitiva Pag. 69
9. L'occupazione usurpativa Pag. 70
10. Le decisioni della Corte di Cassazione dal 1999 al 2002. Conferma della tesi dell'illecito contrattuale Pag. 72

## Capitolo 2

## LA QUANTIFICAZIONE DELL'INDENNIZZO DA OCCUPAZIONE E IL RAPPORTO CON L'INDENNIZZO DA ESPROPRIAZIONE Pag. 73

1. Il periodo fino al 1992 Pag. 73
2. L'iter legislativo in ordine al quantum debeatur a titolo di indennizzo nel caso di espropriazione Pag. 74
3. L'art.5-bis del D.P.R. n° 359/1992 (cd. legge Amato) e le pronunce della Corte costituzionale, sempre in merito alla quantificazione dell'indennizzo da espropriazione Pag. 77
4. Il procedimento per la quantificazione dell'indennizzo da espropriazione Pag. 81
5. L'indennità per l'occupazione d'urgenza Pag. 82
6. La legge Amato e la quantificazione dell'indennizzo da occupazione appropriativa Pag. 86
7. L'art. 1, comma 65 legge n° 549/1995 (cd. legge finanziaria del 1996) Pag. 86
8. L'incostituzionalità della legge finanziaria del 1996 Pag. 87
9. L'art. 3, comma 65 legge n° 662/1996 (cd. legge finanziaria del 1997) Pag. 89

	giatura dell'istituto da parte della Corte dei Diritti dell'Uomo	Pag. 89
Capitolo 3	<b>L'OCCUPAZIONE PROVVEDIMENTALE (art. 43 D.P.R. 327/2001)</b>	Pag. 91
	1. L'art. 43 come prodotto delle sentenza Belvedere e Carbonara della Corte EDU	Pag. 91
	2. Ratio della formulazione normativa	Pag. 92
	3. Gli elementi costitutivi della fattispecie	Pag. 94
	4. Il quantum risarcitorio	Pag. 96
	5. La decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 29 aprile 2005, n° 2	Pag. 98
	6. La posizione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo	Pag. 98
<b>PARTE TERZA</b>	<b>L'ESPROPRIAZIONE SOSTANZIALE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLA GRANDE CHAMBRE</b>	Pag. 100
Capitolo 1	<b>PROPRIETÀ, COSTITUZIONE E CONVENZIONE</b>	Pag. 101
	1. Carta costituzionale, proprietà e occupazioni illegittime	Pag. 101
	2. Proprietà e diritti umani	Pag. 102
	3. Diritti fondamentali e tutele multilivello	Pag. 105
	4. La tutela sovranazionale del diritto di proprietà: la C.E.D.U. e il Protocollo n° 1	Pag. 107
Capitolo 2	<b>CONVENZIONE E OCCUPAZIONE ACQUISITIVA</b>	Pag. 110
	1. Corte EDU, 30 maggio 2000, Belvedere Alberghiera c/ Italia	Pag. 110
	2. Corte EDU, 30 maggio 2000, Carbonara e Ventura c/Italia	Pag. 112
	3. Corte EDU, 30 ottobre 2003, Belvedere Alberghiera c/Italia	Pag. 114
	4. Corte EDU, 11 dicembre 2003, Carbonara e Ventura c/ Italia	Pag. 116
	5. Corte EDU, 29 luglio 2004, Scordino e altri c/ Italia	Pag. 118
Capitolo 3	<b>RAPPORTI TRA C.E.D.U. E PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO COMUNITARIO</b>	Pag. 122
	1. I diritti umani come principi generali del diritto comunitario	Pag. 122
	2. I rapporti tra diritti fondamentali di diversa matrice (costituzionale, convenzionale, comunitaria)	Pag. 124
	3. La giurisprudenza comunitaria sul diritto di proprietà	Pag. 127
	4. La Carta di Nizza e il diritto di proprietà. Il passaggio dalla Carta di Nizza al Trattato di Lisbona	Pag. 130

	nazionale come giudice dei diritti umani	Pag. 134
Capitolo 4	LE «SYSTEMIC VIOLATION OF HUMAN RIGHTS»	Pag. 137
	1. La giurisprudenza della Corte EDU sulle violazioni di sistema	Pag. 137
	2. Il caso Broniowski c/ Polonia	Pag. 138
	3. Il caso Sejdovic c/ Italia	Pag. 140
PARTE QUARTA	TENDENZE ATTUALI E NUOVE PROSPETTIVE	Pag. 142
Capitolo 1	ULTIMI ARRESTI GIURISPRUDENZIALI IN TEMA DI OCCUPAZIONE ACQUISITIVA, USURPATIVA E IN SANATORIA	Pag. 142
	1. Occupazione appropriativa: si tratta di un istituto non più vigente nel nostro ordinamento (commento a T.A.R. Puglia, Bari, Sezione III, 18 marzo 2009, n° 603)	Pag. 143
	2. Risarcimento danni: natura permanente e termine prescrizione della relativa azione (commento a Consiglio di Stato, sezione IV, 26 settembre 2008, n° 4660)	Pag. 145
	3. Occupazione usurpativa: perdita della proprietà per “abbandono” e risarcimento danni per equivalente (commento a Consiglio di Giustizia Amministrativa, 18 febbraio 2009, n° 51 e Consiglio di Giustizia Amministrativa, 25 maggio 2009, n° 486)	Pag. 147
	4. Acquisizione sanante: art. 43 D.P.R. 8 giugno 2001, n° 327 e tramonto dell’occupazione appropriativa (commento a T.A.R. Sicilia, Catania, sezione III, 29 aprile 2009, n° 813)	Pag. 149
Capitolo 2	NUOVE PROSPETTIVE: IL DANNO MORALE DA VIOLAZIONE DELLA PROPRIETA’ PRIVATA	Pag. 151
	1. Esiste nel diritto interno il danno morale da lesione della proprietà?	Pag. 151
	2. La dimensione giusnaturalistica della proprietà privata come limite al risarcimento del danno non patrimoniale	Pag. 152
	3. Una recente decisione delle Sezioni Unite sulla giurisdizione nei confronti dell’Argentina in tema di bond: la proprietà privata non sembra essere un diritto inerente la dignità umana (commento a Cass., Sez. Un., n° 11225/2005)	Pag. 154
CONCLUSIONI		Pag. 156
BIBLIOGRAFIA		Pag. 158



Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

*“La proprietà appare come mezzo riguardo al bisogno; ma dal punto di vista della libertà, essa è la sua prima forma di esistenza, e quindi è per se stessa essenzialmente fine”.*

G.F.W.Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1821, par. 41

Da anni ormai l'istituto dell'espropriazione sostanziale è al centro del dibattito giuspubblicistico, crocevia di scambio dei delicati rapporti esistenti tra situazioni proprietarie e ordinamento giuridico.

La meditazione per lo studioso della materia è offerta dal nuovo sistema ordinamentale multilivello che rimette al centro di ogni riflessione la necessità di un ripensamento della proprietà privata rendendo ragione, così a distanza di anni, della definizione che ne diede la penna autorevole del Prof. Stefano Rodotà quale "terribile diritto".

Di questo diritto, oggi, sembra restare ben poco.

Già nel Codice Civile del 1942 la proprietà privata non è più l'espressione di una libertà inalienabile. Il riflesso che il positivismo giuridico ebbe sulla tutela civile dei diritti fu di derivare la libertà dei privati dalle loro manifestazioni di volontà. Se questo continua ad essere in parte vero per le vicende obbligatorie (art. 1322 cod. civ.), per le vicende traslative il discorso è diverso. Infatti, già l'idea che col consenso si potessero *trasferire* i diritti dominicali (art. 1376 cod. civ.), fu per certi versi una novità dirompente. A parte i profili causali, ciò che al nostro fine importa rimarcare è che l'autonomia dei privati non può spingersi al punto di creare nuove situazioni proprietarie oltre quelle tipizzate dal legislatore, perché ciò porrebbe un problema non solo in termini di tipicità, ma anche di esclusività della fonte e della relativa disciplina.

Con l'avvento della Costituzione repubblicana i termini del problema si acuiscono. In particolare, il riconoscimento costituzionale della funzione sociale della proprietà privata (art. 42,3° Cost.) si è tradotto negli anni in una compressione delle ragioni proprietarie, ancorché legittima. L'interesse pubblico che legittima la procedura di esproprio non è soddisfatto esclusivamente dalla gradazione delle fonti, a fronte di un coacervo di situazioni sostanziali ed effettive da cui il diritto pubblico non può prescindere perché, in



situazione come le altre, ma il diritto dominicale su un

Il tema è oggi ancora più delicato atteso che, nel nuovo sistema ordinamentale multilivello, risultato ultimo del processo di integrazione europea, le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso, hanno riportato il baricentro del discorso dal versante pubblicistico a quello privatistico.

In tale congerie, l'istituto dell'espropriazione sostanziale assume oggi un'importanza centrale. Esso abbraccia un fascio di rapporti giuridici diversi e diviene il contenitore di una serie di questioni che sono tuttora irrisolte e che vanno, esemplificativamente, dalla qualificazione giuridica dell'istituto alla giustificazione causale dell'operazione economica, dal profilo indennitario a quello risarcitorio, senza dimenticare le questioni preliminari di radicamento della giurisdizione: tema sul quale si sono contrapposte numerose decisioni del Consiglio di Stato e della Suprema Corte di Cassazione.

Procediamo con ordine.

Come noto, l'espropriazione sostanziale è una figura di conio giurisprudenziale che si basa sulla non applicazione dell'art. 934 cod. civ. e su di una applicazione fortemente analogica dell'art. 938 cod. civ., in base al quale viene rovesciato dai giudici il principio *quod solo aedificatur solo cedit* - che nella nuova formulazione diviene: *il suolo privato accede alla proprietà pubblica della costruzione*.

Ora, a parte l'ovvio rilievo di avere introdotto un nuovo modo di acquisto a titolo originario della proprietà - per accessione invertita (non presente tra quelli enucleati dal legislatore ordinario, e di avere quindi rotto *ex abrupto* il principio del numero chiuso dei diritti reali non solo con riferimento al loro contenuto, ma anche rispetto all'esclusività della fonte) - sono le ragioni che ha giustificato questa operazione, affascinante quanto smaliziata, a destare quanto meno curiosità.

I giudici infatti, agli albori dell'istituto, verso la fine degli anni '70 del secolo scorso, si sono inizialmente serviti di un principio tipico delle vicende traslative (*res perit domino*) per

della pubblica amministrazione all'interno di una

La genesi dell'espropriazione sostanziale va rinvenuta nell'occupazione preordinata all'esproprio, che diviene illegittima per il mancato rispetto dei termini all'uopo fissati per la definizione della vicenda ablatoria, o del subprocedimento d'urgenza, o per la mancata emanazione del decreto d'esproprio. Quale che sia, è sempre stato stretto il legame col profilo di legittimità che consente la previa occupazione del suolo privato quale momento sostanziale e prodromico all'ablazione formale del fondo.

Come ricorda Vincenzo Carbone nella prefazione a una monografia sul tema "*era accaduto che, per l'ampliamento della via Flacca da Roma verso Formia, all'occupazione preordinata all'esproprio fosse seguita una fortissima mareggiata che cagionò il perimento del fondo sottraendolo al proprietario*".

«Res perit domino» - scrissero i giudici, di fatto aprendo la strada al nuovo istituto e statuendo l'impossibilità della restituzione del fondo occupato al privato proprietario e legittimando *ex post* la destinazione pubblica dell'immobile così acquisito. La giurisprudenza italiana, investita della questione per decenni, ha offerto risposte spesso contrastanti, anche a distanza di brevi mesi l'una dall'altra decisione.

Fino al 1983, la giurisprudenza distingueva tra due fattispecie: l'occupazione *ab initio* illegittima (concretatasi in una attività materiale della PA, fonte di illecito permanente e imprescrittibile) e l'occupazione illegittima per mancanza del decreto di esproprio (nel qual caso, il decreto tardivo sanava l'occupazione *medio tempore* illegittima e il ristoro patrimoniale comprendeva due voci: i danni per mancato godimento del bene nel periodo intermedio e l'indennizzo per l'esproprio nuovo e tardivo).

Con una storica decisione del 1983 (Cass., Sez. Un. n° 1464), i giudici di legittimità operano un primo cambio di rotta. Statuiscono infatti che l'occupazione la quale si sia protratta oltre i termini fissati nel decreto d'esproprio è per ciò solo *sine titulo*, le cui ricadute ordinamentali dipenderanno dalla intervenuta, o meno, "*irreversibile*

così elemento costitutivo della nuova fattispecie acquisitiva. Irreversibile trasformazione del bene come irreversibile destinazione al fine della costruzione dell'opera pubblica, che si realizza solo quando il manufatto è delineato nelle sue componenti essenziali: tanto basta a definire la radicale trasformazione del fondo occupato e l'estinzione del diritto di proprietà.

Evidenti le conseguenze: l'occupazione *sine titulo* diviene fonte di illecito (istantaneo a effetti permanenti); l'azione risarcitoria è soggetta a prescrizione quinquennale decorrente dall'irreversibile trasformazione. Mentre il decreto d'esproprio tardivo è nullo per impossibilità dell'oggetto. Invece, se l'irreversibile trasformazione non si è compiuta, il privato – ottenuta la sospensiva – vanta un'azione possessoria per bloccare i lavori. La decisione è confermata da Cass. Sez. Un. n° 3940/1988 che, in particolare, ritiene da un lato la dichiarazione di pubblica utilità quale indefettibile presupposto e punto di partenza e, dall'altro, la realizzazione dell'opera pubblica quale indefettibile compendio e punto di arrivo, per cui ogni deviazione dal modello legale diventa per ciò stesso fonte di illecito. In altri termini, l'acquisto del bene da parte della pubblica amministrazione trova nell'illecito compiuto la sua *occasione*, ma la sua *causa* resta – e deve restare l'ultimazione dei lavori pubblici.

Puntuale arrivò la conferma legislativa: l'art. 3 della legge 458/1988, in materia di edilizia residenziale pubblica, definisce l'occupazione che si protrae oltre il termine come "occupazione illecita". Sennonché la norma non si presta ad una lettura generalizzata dell'istituto, sia per la settorialità dell'intervento che per l'atecnicismo della disposizione.

Giunge così la seconda svolta delle Sezioni Unite.

Nel 1992 (Cass., Sez. Un., n° 10979), la Suprema Corte precisa l'ambito della discussione. Chiarisce anzitutto che la legge 458/1988 non ha portata generale ed estende impropriamente i principi dell'accessione invertita a fattispecie che ne restano escluse. In secondo luogo, che la fattispecie dell'accessione invertita, per avere valenza generale, deve essere interpretata alla luce di un *obiter dictum* di una precedente sentenza delle Sezioni Unite sul tema (Cass., Sez. Un. n° 7519/1985).

te, avevano detto che se l'esproprio sostanziale è un modo di acquisto della proprietà (sia pure a titolo originario e per *factio iuris*), se c'è acquisto, deve pure esserci un diritto di credito al controvalore venale del bene illegittimamente espropriato: conseguentemente, la prescrizione per far valere il relativo diritto è decennale. In altri termini, la Suprema Corte ha disgiunto la vicenda possessoria, in cui l'occupazione è fonte dell'illecito, dalla vicenda traslativa, in cui l'acquisto in seguito a irreversibile trasformazione è fonte del diritto di credito (pagamento del corrispettivo). Pertanto, viene confermato l'assunto del 1988, ma secondo una diversa ricostruzione: la "irreversibile trasformazione" non funge più da spartiacque dell'unica vicenda acquisitiva o meno, perché è da distinguersi l'occupazione (*post hoc*) dall'acquisto (*propter hoc*).

Appena tre mesi dopo, altra svolta.

Secondo Cass. Sez. Un. n° 12546/1992, non si può distinguere tra occupazione e acquisto. Un bene pubblico non può essere nella disponibilità dei privati; ne va che dichiarazione di pubblica utilità, occupazione e acquisto sono coelementi necessari di una fattispecie complessa. Conseguentemente: l'azione risarcitoria si prescrive in cinque anni, come tutte le azioni fondate su un illecito aquiliano.

La decisione venne aspramente criticata, essenzialmente per tre ragioni. Perché viene travisato l'istituto della "accessione invertita"; perché viene introdotto un nuovo modo di espropriazione non previsto né dalla Costituzione né dal legislatore ordinario; perché infine è strano come un fatto illecito possa comportare un vantaggio per chi lo commette.

Da tali premesse, si perviene alla decisione n° 188 del 1995 della Corte costituzionale, La quale abbandona l'equivoca terminologia "accessione invertita" ed espressamente parla di "occupazione acquisitiva". Il suolo prima viene occupato, poi viene trasformato, infine viene acquistato il bene. In altri termini, l'occupazione è l'antecedente logico della trasformazione, non dell'acquisto – che dunque è *post hoc, non propter hoc*! Ciò che passa alla PA è un bene diverso dall'originario bene privato. Invece tutte le volte in cui l'occupazione sia *ab origine* viziata (es., per assenza della dichiarazione di pubblica utilità), la fattispecie andrà qualificata come *occupazione usurpativa*.

to proprietario che subisce gli effetti di un esproprio  
con la sola tutela per equivalente economico.

La quantificazione del ristoro diviene così il vero *punctum pruriens* della questione, alla quale vanno aggiunti gli ulteriori effetti che dall'annullamento degli atti della procedura espropriativa derivano, non solo sulla reintegrazione dei diritti reali lesi, ma sulla stessa giurisdizione anche in considerazione dei caratteri del giudicato amministrativo: sempre meno impugnatorio e sempre più devolutorio. Senza contare le conseguenze derivanti dall'ottemperanza o meno al giudicato.

Fin dal 1992, la giurisprudenza aveva calcolato, sia nel caso di espropriazione legittima sia nel caso di occupazione acquisitiva, lo stesso indennizzo, operando una parificazione verso l'alto in cui il valore d'esproprio era pari al valore venale.

Successivamente, l'art. 5-bis, 6° della legge n. 359 del 1992 (c.d. Legge Amato) aveva invece designato un'apposita voce per l'indennizzo da esproprio calcolato secondo il valore corrispondente alla semisomma tra il valore venale e il reddito dominicale del terreno ridotta del 40%, mentre l'indennizzo da accessione invertita veniva calcolato secondo il valore venale del bene.

In seguito, la legge finanziaria per il 1996, modificando la disposizione della legge Amato, ha liquidato l'indennizzo da accessione invertita su quello da esproprio, operando così una parificazione verso il basso, perché ora era il valore venale a venire espunto.

La Corte costituzionale (n° 369/1996) sancì quindi l'illegittimità della norma per violazione dell'art. 3 Cost., per la diversità radicale esistente tra esproprio legittimo (indennizzo da atto lecito) ed esproprio illegittimo (risarcimento danni da fatto illecito); per violazione dell'art. 97 Cost., perché si incentiva la PA a un comportamento *contra legem*; e infine per violazione dell'art. 42 Cost., perché non è esclusa la possibilità che in futuro il legislatore riduca il risarcimento del danno da occupazione acquisitiva al di sotto del valore venale del bene.

nalità, la legge finanziaria per il 1997 aveva così  
cassino, da un lato, le occupazioni acquisitive intervenute prima del 30 giugno 1996, che  
vengono liquidate secondo il valor d'esproprio non ridotto del 40% e aumentato del 10%;  
dal'altro, le occupazioni intervenute successivamente a tale data, che vengono liquidate  
secondo il valore venale del bene.

Su questa impalcatura di riferimento normativo è caduta la scure della giurisprudenza  
europea, la quale – interpretando il diritto di proprietà alla luce dell'art. 1 del Primo  
protocollo alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo firmato a Parigi il 20  
marzo 1952, ha aperto il dibattito a nuove prospettive. Nelle pagine della giurisprudenza  
transalpina, sono individuabili tre momenti storici di riferimento.

Nelle prime pronunce – Corte EDU, 9 dicembre 1994 *Les Saintis Monasteres c/ Grecia*;  
Corte EDU, 25 marzo 1999 *Papachelas c/ Grecia* – la *Grande Chambre* non avverte un  
significativo contrasto con l'art. 1 del Primo Protocollo allegato alla Convenzione, posto  
che l'articolo in discorso non prevede come automatico il risarcimento integrale del danno  
subito, dal momento che “ragioni di pubblica utilità” possono essere anche quelle che  
perseguono obbiettivi di riforma economica e giustizia sociale, tali da indurre un ristoro  
inferiore al valore venale dell'immobile. La norma peraltro esige la previsione di un giusto  
indennizzo che dia contezza di un giusto equilibrio tra gli interessi in conflitto. Di  
conseguenza, di fronte a espropri illegittimi, il pagamento di un'indennità *equitable* è  
sufficiente a garantire la tutela del diritto dominicale del soggetto. Invece, con riferimento  
alle espropriazioni illegittime, i giudici di Strasburgo non si pronunciano sulla  
impossibilità per il privato di rientrare nella disponibilità del proprio bene, pur se  
acquistato in seguito a una condotta illecita della pubblica amministrazione. Le critiche  
muovono allora non tanto sulla struttura della fattispecie, quanto sul superamento dei  
termini entro cui la pretesa risarcitoria può essere fatta valere. La conclusione è che  
qualora non fosse possibile la restituzione integrale del bene, al privato è dovuta una  
somma corrispondente al valore attuale dei beni perduti.

0 maggio 2000 Carbonare e Ventura c/Italia; Corte

Alberghi c/Italia – i giudici europei sanciscono la contrarietà dell'occupazione appropriativa rispetto all'art.1 del Primo Protocollo della CEDU.

La censura muove dalla *rottura* del principio di legalità per l'inesistenza di norme di diritto interno che siano sufficientemente chiare, precise e prevedibili. Anzi, dalle decisioni che si sono succedute nel tempo, emergono tali e tanti profili di contraddittorietà, da non rendere affatto prevedibile alcuna soluzione certa per la definizione del contenzioso tra privato e pubblica amministrazione. Di qui, il *vulnus* alla certezza del diritto, il rispetto del quale è questione di legittimità pregiudiziale a qualunque ingerenza autoritativa nell'altrui sfera giuridica.

L'intervento della Corte EDU – fondato sull'esigenza di ripristino della legalità più che sulla ragionevole durata dei processi – fece da propulsore a un radicale ripensamento dell'istituto all'interno del nostro ordinamento, culminato con la positivizzazione della figura del nuovo art. 43 del DPR 327/2001 (cd. Testo Unico delle espropriazioni), a fronte del quale viene superata la distinzione tra occupazione appropriativa e usurpativa in favore della nuova *occupazione in sanatoria*. L'istituto - «utilizzazione senza titolo di un bene per scopo di interesse pubblico» prevede che, valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizzi un immobile per scopi di interesse pubblico modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, possa disporre che il bene vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni.

Il legislatore ha così eliminato ogni sorta di automatismo tra l'irreversibile trasformazione del fondo e la vicenda traslativa, legittimando l'acquisizione del bene con la sola presenza di un formale provvedimento della autorità espropriante. Nonostante talune perplessità manifestate in dottrina, in particolare sul persistente contrasto tra principio di legalità e legittimazione successiva, le Sezioni Unite della Cassazione (n° 5902/2003) hanno affermato che i vizi censurati dalle decisioni europee devono ora considerarsi superati e

ius receptum con connotati sufficientemente chiari, precisati e concretizzati. In considerazione non dissimili giunge l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n° 2 del 29 aprile 2005.

I giudici di Palazzo Spada, in particolare, evidenziano tre aspetti della questione.

Il primo è che a realizzazione del manufatto pubblico costituisce impedimento alla restituzione dell'area illegittimamente espropriata, a prescindere dalla qualificazione dell'occupazione come appropriativa o usurpativa, in armonia con quanto detto dai giudici della Corte EDU. Il secondo è che la perdita della proprietà privata e l'acquisto in capo all'amministrazione possono discendere unicamente da un provvedimento formale nel rispetto dei principi di legalità e certezza del diritto. Il terzo – su cui invece si concentrerà la successiva giurisprudenza comunitaria – è che, con l'istituto dell'art. 43 DPR 327/2001, al privato viene assicurato il risarcimento del danno, mentre, in assenza del formale provvedimento, la restituzione del bene non può essere impedita se non per scelta autonoma del privato.

Su quest'ultimo punto, la questione ha assunto un rilievo specifico.

I giudici italiani hanno a più riprese affermato che la restituzione del bene in tanto può essere concessa in quanto il privato, in armonia col principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 cod. proc. civ.), ne abbia fatto richiesta in via principale nell'atto introduttivo del giudizio [quando però tale possibilità era inibita dal silenzio legislativo], e non successivamente in sede di ottemperanza: in questo secondo caso, a rigore, l'iniziale *petitum* risarcitorio andrebbe qualificato come *rinuncia tacita* al diritto di proprietà.

Con la decisione del 29 marzo 2006 (Scordino ed altri c/ Italia) i giudici europei fondano la loro decisione sul rilievo assolutamente preminente che il diritto di proprietà ha all'interno del Primo Protocollo alla Convenzione del 1952. Per cui – scrivono a Strasburgo – al privato illegittimamente espropriato spetta la *restituzione integrale del bene*. E comunque, ove ciò non sia possibile, il *risarcimento integrale del danno commisurato al valore venale del bene*, essendo il criterio indennitario stabilito dall'art. 5-bis della legge Amato in contrasto



Si è aggiunto che l'ammontare fissato dalla legge Amato veniva ulteriormente ridotto per effetto della trattenuta fiscale del 20% di cui all'art. 11 della legge 413/1991.

Ma i ricorrenti deducevano anche la violazione del loro diritto a un equo processo, tutelato dall'art. 6, paragrafo 1 della Convenzione in relazione al fatto che l'art. 5-bis della legge Amato, avendo efficacia retroattiva anche in relazione ai giudizi in corso, pregiudicasse l'esito del giudizio di opposizione alla stima in senso favorevole all'autorità espropriante.

Lo Stato italiano, in vero, adeguandosi alla normativa europea, ha espressamente riconosciuto il diritto alla ragionevole durata del processo, sacralizzandone il principio informatore prima a livello costituzionale (art. 111, 2° Cost.), poi a livello ordinario (legge n° 89/2001 – cd. legge Pinto). In altri termini, con la nuova disposizione, chi si ritiene leso nel suo diritto a una ragionevole durata del processo, potrà adire la Corte d'Appello competente, eventualmente la Corte di Cassazione, a fine di ottenere subito un'equa riparazione del danno subito, patrimoniale o meno, anche se il processo sia ancora in corso.

Nel caso Scordino e altri c/Italia, la Corte di Strasburgo, all'unanimità, ha concluso per la violazione dell'articolo 6§1 della Convenzione a causa della durata eccessiva delle singole procedure, ponendo a carico dello Stato italiano una liquidazione supplementare, oltre quella prevista dalla legge Pinto. Non solo: la violazione dell'art. 1 del Primo Protocollo allegato alla Convenzione – *“diritto al rispetto dei propri beni”* – assume carattere strutturale in quanto derivante da singole disfunzioni dell'ordinamento italiano per cui, al privato che sia stato illegittimamente espropriato di un suo bene, *la misura indennitaria prevista dalla legge Amato, ulteriormente decurtata del 20% dalla legge 413/91, viola il diritto di proprietà perché in irragionevole rapporto col valore venale del bene.*

Dalle decisioni dei giudici europei che si sono succedute nel tempo emerge, con chiarezza, un dato: che le ragioni che possono giustificare la *misura indennitaria* da espropriazione legittima costituiscono un'eccezione che può trovare spiegazione nelle riforme economiche

enti del sistema costituzionale. Ma qui si tratta di

La regola posta dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è che sia l'espropriazione legittima che quella illegittima sono fonti di un danno: da atto lecito indennizzabile o da fatto illecito risarcibile, quale che sia, la sua riparazione va comunque commisurata al *valore venale* del bene.

Questa conclusione è tutt'altro che pacifica e lungi dallo spiegare immediati riscontri positivi nel nostro "rinnovato" ordinamento interno, perché fa emergere, in tutta la sua realtà, nodi irrisolti e di non facile soluzione, a cominciare dal rapporto tra la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e il nostro ordinamento costituzionale, con particolare riguardo ai riflessi sul potere legislativo (es., sulla costituzionalità dell'art. 5-bis della legge Amato alla luce dei nuovi artt. 111 e 117 della Costituzione) e giudiziario (es., sulla possibilità o meno per il giudice nazionale di disapplicare una legge vigente dello Stato al di là delle sole ipotesi di cui agli artt. 15 disp. prel. cod. civ. e 136 della Costituzione).

Su queste premesse, la Corte di Cassazione ha denunciato alla Consulta l'illegittimità costituzionale delle misure indennitarie previste dalla legge Amato (trasfuse negli artt. 37 e 55 del DPR 327/2001), prima con l'ordinanza del 20 maggio 2005, n° 1187; poi con l'ordinanza del 29 maggio 2006, n° 12810.

La Corte, pur affermando l'incostituzionalità della norma censurata, non si pronuncia sulla compatibilità dell'istituto dell'occupazione acquisitiva in quanto tale con l'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, in quanto il *thema decidendum* "posto dalla questione di costituzionalità è solo il profilo della compatibilità di tale ricaduta patrimoniale disciplinata dalla norma censurata con la disposizione convenzionale" (C.C. n° 349/2007).

Per completezza, va fatto cenno ai riflessi processuali che la tutela delle ragioni proprietarie ha avuto sulle questioni preliminari di giurisdizione.

...a al regime del doppio binario di giurisdizione. Il privato illegittimamente espropriato doveva rivolgersi, prima al giudice amministrativo e ottenere la declaratoria di annullamento degli atti della procedura espropriativa e, poi al giudice ordinario per il risarcimento dei danni subiti. Contrasti si evidenziavano per le ipotesi di mancanza della dichiarazione di pubblica utilità, ovvero per il mancato rispetto dei termini finali delle espropriazioni e dei lavori: ipotesi queste che, per la giurisprudenza della Cassazione, erano espressive di *carezza di potere in concreto* (cioè mancanza dei presupposti per l'emanazione formale dell'atto da annullare) e che pertanto legittimavano il sindacato giurisdizionale ordinario a prescindere dal previo annullamento del giudice amministrativo. Il Consiglio di Stato, invece, qualificava le fattispecie come *carezza di potere in astratto*, conseguentemente attratta al plesso giurisdizionale amministrativo.

L'architettura fondata sul doppio binario di giurisdizione cambia radicalmente con l'art. 34 Dlgs. 80/98, applicabile alle controversie instaurate dopo il 30 giugno 1998. La norma devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «*le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in materia di urbanistica ed edilizia*». Dichiarata incostituzionale (C.C. n° 282/2000) per eccesso di delega, la norma è stata formalmente tradotta nell'art. 7 della legge 21 luglio 2005, n° 205, ma i problemi sostanziali che essa aveva sollevato erano tutt'altro che risolti.

Si trattava adesso di stabilire i *limiti esterni* alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: in particolare, se vi rientrasse la materia espropriativa, atteso che per "materia urbanistica" si intende la materia che concerne tutti gli aspetti dell'uso del territorio, e per "materia edilizia" quella concernente la trasformazione del territorio.

Sul punto, la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato hanno dato una lettura contrapposta del fenomeno.

I giudici di Palazzo Spada si sono espressi a favore della giurisdizione esclusiva in materia di esproprio formale quanto sostanziale, essenzialmente per tre ragioni: la prima è che l'art. 34, 2° Dlgs. 80/98 dà una definizione assai lata della materia urbanistica; la seconda ragione è che assai difficilmente da tale giurisdizione verrebbero escluse le questioni da

le fattispecie escluse dall'art. 34, 3° del decreto sono solo quelle riguardanti la determinazione e corresponsione delle indennità consequenziali all'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa); la terza ragione, infine, è che l'art. 35, 1° del Dlgs 80/98 attribuisce al giudice amministrativo la potestà di disporre, nelle materie attribuite alla sua giurisdizione esclusiva, il risarcimento del danno ingiusto, che è il *petitum* di ogni controversia in materia di occupazione acquisitiva.

Di contro, i giudici di Piazza Cavour hanno evidenziato: che l'espropriazione è sempre stata un fenomeno diverso dall'urbanistica e dall'uso del territorio; che tra le fattispecie escluse dalla giurisdizione esclusiva va ricompresa anche la materia dell'occupazione acquisitiva in quanto riconducibile alla procedure ablativo reali; infine, che la materia espropriativa non risulta espressamente tra quelle indicate dal legislatore delegato come devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In particolare, il dibattito ha riguardato l'inclusione o meno della procedura d'esproprio nell'ambito della nozione "uso del territorio".

Il Consiglio di Stato, nel dare risposta positiva al quesito, ha solo escluso i casi di *occupazione usurpativa pura*, che rinvergono quando manchi del tutto la dichiarazione di pubblica utilità, nel quale caso la giurisdizione è sempre del giudice ordinario, perché l'occupazione rileva come *fatto giuridico* fonte di obbligazione risarcitoria ai sensi dell'art. 1173 cod. civ.

Non così nei casi di *occupazione usurpativa spuria*, che rinvergono in conseguenza dell'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità.

Secondo l'orientamento dei giudici della Cassazione, invece, a fare difetto non è tanto e non solo la giurisdizione esclusiva, ma la stessa giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, sul rilievo che non è in discorso una questione risarcitoria, o patrimoniale consequenziale (art. 7, 3° legge 1034/1971 come riscritto dall'art. 7, 3° lett. c) della legge 205/2000), ma azioni restitutorie, risarcitorie ovvero possessorie – tutte

ietà privata, la cui tutela, in assenza di una norma espressiva, è demandata al giudice ordinario.

La questione pareva essere stata risolta definitivamente dall'esplicita indicazione normativa di cui all'art. 53 del DPR 327/2001, che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa *“le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti ad esse equiparati, conseguenti all'applicazione delle disposizioni del testo unico”*.

Senonché, a rimettere in gioco il dibattito, sono intervenute due sentenze della Corte costituzionale.

Con la decisione n° 281/2004, la Consulta ha dichiarato illegittimo per eccesso di delega il testo originario dell'art. 34 Dlgs. 80/98 «nella parte in cui istituisce una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di urbanistica ed edilizia, anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali a materie già di competenza del medesimo giudice».

Veramente dirompente è stata però la decisione n° 204/2004 che ha ridisegnato i *limiti interni* alla giurisdizione esclusiva, tacciando di incostituzionalità l'art. 34, Dlgs 80/98 in quanto la sua formulazione si pone in contrasto con l'art. 103 della Costituzione, nella parte in cui, comprendendo nella giurisdizione esclusiva anche i *«comportamenti»* delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica ed edilizia, la estende pure a controversie in cui la P.A. non esercita – neppure mediatamente, cioè con strumenti privatistici – alcuna potestà pubblica.

In altri termini, la Consulta ha affermato che il legislatore ordinario può ben ampliare l'area della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, purché ivi rientrino *materie* che, in assenza di tale ampliamento, sarebbero pur ricomprese nella giurisdizione generale di legittimità. E tali non sono, per quanto qui interessa, né il risarcimento del danno, che



**PDF Complete**  
Your complimentary use period has ended.  
Thank you for using PDF Complete.

[Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features](#)

colare materia» ma «strumento di tutela ulteriore»,

Sulle ricadute ordinamentali della pronuncia della Consulta, si sono nuovamente contrapposti il Consiglio di Stato e la Cassazione.

Secondo la Corte di Cassazione, la sentenza segna un ritorno al passato, espungendo dalla giurisdizione esclusiva tutti i comportamenti della pubblica amministrazione, restando al giudice amministrativo le questioni in cui l'annullamento giurisdizionale sia il presupposto di una domanda risarcitoria fondata su di un diritto soggettivo. Ne consegue che le questioni risarcitorie e patrimoniali consequenziali all'annullamento del decreto d'esproprio o del decreto d'occupazione rientrano nella giurisdizione esclusiva (cioè impugnatoria e risarcitoria) del giudice amministrativo; invece, la mancanza del decreto d'esproprio o la sua tardività, o la mancata apposizione dei termini finali non sono idonei a degradare il diritto soggettivo in interesse legittimo e, conseguentemente, sulle vertenze risarcitorie sarà competente il giudice ordinario.

Secondo il Consiglio di Stato, invece, la decisione della Corte costituzionale non rappresenta affatto un ritorno al passato, ma una conferma di tutta quella giurisprudenza amministrativa che ha ricondotto nell'alveo della giurisprudenza esclusiva i *comportamenti amministrativi* della pubblica amministrazione. Secondo i giudici amministrativi, infatti, la decisione della Consulta ha espunto dal plesso giurisdizionale esclusivo solo i *meri comportamenti*, non anche quelli in cui l'azione amministrativa sia pur sempre riconducibile alla pubblica amministrazione in veste di autorità (CdS, Ad. Pl. 16 novembre 2005, n° 9). A favore di questa conclusione si sono pronunciate, peraltro, anche le Sezioni Unite della Cassazione, con l'ordinanza n° 21944/2004 e con la sentenza n° 6745/2005.

Sull'ulteriore problema della sopravvivenza, o meno, della giurisdizione esclusiva in materia di occupazioni sananti ex art. 43 DPR 327/2001, si sono allo stato registrate due posizioni da parte dei giudici amministrativi di primo grado.

AR Calabria, n° 697/2004; TAR Sicilia, sez. I, n°

212/2004), la decisione della Corte costituzionale è destinata a travolgere anche la disposizione dell'art. 53 del Testo Unico; secondo altri (TAR Abruzzo, ordinanza n° 868/2004), invece, deve essere sollevata apposita questione di legittimità costituzionale dell'art. 53 rispetto all'art. 103 della Costituzione.

\*\*\*

Il presente lavoro intende fare luce sulle non poche questioni qui sommariamente riassunte. In particolare, l'indagine è condotta su quattro livelli.

La prima parte è dedicata alla collocazione del diritto di proprietà all'interno della eterogeneità delle fonti normative. In particolare, verranno esaminati i nuovi rapporti tra fonti internazionali, ordinamento comunitario e diritto interno rispetto alla proprietà privata.

La seconda parte è dedicata all'evoluzione dell'istituto dell'espropriazione sostanziale nella giurisprudenza italiana, dalla prime pronunce degli anni '80 del secolo scorso fino alle pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 2003 e delle Adunanze Plenarie del Consiglio di Stato del 2005.

La terza parte è dedicata allo studio delle decisioni della Corte EDU e della Grande Chambre e costituisce l'epicentro del presente lavoro. Verranno esaminati in particolare i casi Carbonara e Ventura e Società Belvedere Alberghiera del 30 maggio 2000, oltre il caso Scordino del 29 marzo 2006. Ulteriore campo di indagine sarà offerto dalle cd. «violazioni di sistema».

La quarta e ultima parte esamina gli ultimi arresti giurisprudenziali, con apertura a nuove prospettive, come ad esempio quella suggerita dalla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ. che potrebbe anche non escludere la possibilità di un danno morale da violazione della proprietà privata.

Sperando di offrire un contributo agli operatori della materia.



**PDF**  
Complete

*Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)





PARTE PRIMA

## LE FONTI DEL DIRITTO DOMINICALE E DEL POTERE D'ESPROPRIO

### Capitolo 1

#### FONDAMENTI SOTTRICO-GIURIDICI DEL DIRITTO DI PROPRIETA' E DEL POTERE D'ESPROPRIO

### Capitolo 2

#### IL PROBLEMA DELLA COMPATIBILITA' CON LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO

### Capitolo 3

#### IL PROBLEMA DELLA COMPATIBILITA' CON I PRINCIPI DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO EX LEGE 241/90 E SUCCESSIVE MODIFICAZIONI

## FONDAMENTI STORICO GIURIDICI DEL DIRITTO DI PROPRIETA' E DEL POTERE D'ESPROPRIO<sup>1</sup>

1. Fondamenti storico giuridici della proprietà. 2. Fondamenti storico giuridici dell'espropriazione per pubblica utilità. 3. Fondamenti costituzionali dell'espropriazione per pubblica utilità. 4. Riepilogando. I passaggi mutanti: dallo Statuto Albertino al Trattato di Lisbona.

### 1. *Fondamenti storico-giuridici della proprietà.*

Le istituzioni giuridiche, al pari delle altre categorie del pensiero, appaiono agli studiosi sotto un duplice profilo, quello storico e quello coevo, variamente considerati secondo il loro apparire nella società, la loro trasformazione e la loro evoluzione, oltre che secondo la pietra miliare di un determinato momento storico.

Così, la moderna divisione della differenti discipline consente oggi di tenere perlopiù distinti i vari aspetti di un medesimo ordinamento, cosa che tendenzialmente non avveniva in passato, quando i vasi comunicanti tra i diversi rami del diritto, non essendo ancora pervenuti al moderno tecnicismo giuridico, consentivano una trattazione unitaria della materia, o delle materie.

Gli studi sulla proprietà hanno riflesso questa duplicità di fondo tra analisi storica e disciplina positiva e, anche se i giuristi hanno sempre mostrato una certa propensione per il secondo metodo, mai ci si è sottratti al bisogno di ricorrere a una nozione ideale dell'istituto.

Nei secoli passati, la proprietà fu concepita diversamente a seconda della diversa fonte di riferimento. Le varie teorie sulla legittimazione della proprietà privata (teoria *teista*, *regalista*, *naturalistica* o *razionalistica*) teorizzavano ad un tempo la nascita della proprietà e la sua essenziale natura.

---

<sup>1</sup> Per un significativo approfondimento del tema, in particolare, F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2006, 763 e ss.

La proprietà era considerata un diritto puro di godere e di amministrare le cose le quali appartengono a Dio, *dominus* di tutto il mondo e giudice supremo del modo in cui l'uomo usa le cose a lui affidate; per i giuristi la proprietà sorge nel *ius gentium* contro il quale l'autorità sovrana non può andare e si trattava dunque di un diritto limitabile eccezionalmente da parte dello Stato. Un diritto essenzialmente libero nel suo contenuto<sup>2</sup>.

In origine, il concetto di proprietà non era noto: il pensiero antico era infatti dominato dal mito dell'età dell'oro, il quale perpetuava il ricordo di un'epoca felice e pacifica in cui gli uomini erano uguali ed i beni erano comuni. Il pensiero giuridico più antico e pieno del ricordo di questa età felice che non conosceva il dominio dell'uomo sull'uomo e la divisione dei beni, vale a dire gli istituti della schiavitù e della proprietà. La divisione dei beni comincia appunto dopo la (mitica) età dell'oro. Il mito dell'età dell'oro era stato coniato dagli stoici i quali, partendo dall'uguale natura razionale degli uomini e dalla naturale libertà e uguaglianza di tutti, concepivano un'umanità senza istituzioni giuridiche, ove tutti è di tutti e di ciascuno, dove gli uomini usano e godono in comune di tutte le cose. Si tenga a mente che giusto la filosofia stoica vedeva nella proprietà privata qualcosa di innaturale, di non spontaneo né originariamente esistente, bensì artificiosamente creato dall'uomo.

Quando tuttavia il mondo conobbe la *corruzione*<sup>3</sup>, non si rese più possibile il pacifico uso comune dei beni, poiché ognuno iniziò, *nel proprio spirito corrotto*, a non usarne soltanto, ma ad appropriarsene definitivamente: nacque così la delimitazione dei beni di appartenenza, ossia la proprietà privata.

La tradizione ricorda frequentemente che la divisione dei beni esisteva già presso gli antichi popoli istituzionalmente organizzati, a riprova della primitiva comunione dei beni vigente nella stato di natura; e tuttavia si trattava di una divisione della proprietà pur sempre collettiva in proprietà distinte ed individuali e

<sup>2</sup> U. Nicolini, *La proprietà, il principio e l'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 1940, 2 e ss.

<sup>3</sup> U. Nicolini, *La proprietà, il principio e l'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 1940, 5 e ss.

proprietà collettiva, che è pur sempre proprietà, con la primitiva comunione di beni (*communis negativa*, secondo l'espressione degli scrittori intermedi).

Anche il diritto romano conobbe l'influsso dell'egualitarismo stoico, assieme a quello derivante dalla concezione di una primitiva comunione dei beni: alieni da speculazioni astratte e variamente influenzati dalla filosofia greca prima, e dai concetti cristiani poi, i romani non ebbero una visione chiara ed omogenea del diritto naturale e del diritto delle genti.

Secondo Gaio, il diritto si distingue, come noto, in *ius civile* e *ius gentium*, dove quest'ultimi, comune a tutte le genti e fondato sulla naturale *ratio*, avrebbe generato la proprietà, mentre per altri giuristi v'è una tricotomia in *ius naturale*, *ius civile*, *ius gentium*.

In seguito, i giuristi moderni avevano trovato conferma nella fonti giustinianee di quanto nel pensiero storico e patristico era un principio politico fondamentale: *la proprietà era stata introdotta dal diritto delle genti. In particolare, il pensiero patristico, continuatore di quello stoico, aveva ripetuto il concetto della convenzionalità e della innaturalità delle istituzioni. La proprietà era considerata un istituto innaturale in quanto creato dopo la caduta dell'uomo dallo stato d'innocenza, nel quale tutti i beni erano stati creati invece comuni. Nonostante ciò, la proprietà veniva riconosciuta utile e legittima allo stesso tempo.*

La Patristica, secondo la quale *omnia sunt communia* per diritto naturale, non poteva considerare la proprietà privata come un istituto del diritto naturale e allora la inquadrava quale istituto del diritto positivo, introdotto dall'uomo e basato su una legge umana che viene genericamente contrapposto a quella primitiva insita nella natura per volontà divina. Tuttavia, Isidoro da Siviglia scriveva che la *communis omnium possessio* appartiene altresì al diritto naturale perché vige nello stato di natura; mentre la *servitus* e la *medium occupatio*, la quale ultima porta al costituirsi della proprietà privata, sono istituti del diritto delle genti.

tura, vale a dire di quella concezione retta soltanto dal diritto naturale, non compose però alla scomparsa di quest'ultimo e non lasciò campo esclusivo al diritto positivo: concepito infatti il diritto naturale come una parte del diritto divino, non si poteva certamente pensare che il diritto naturale, impresso nella natura umana, non fosse più obbligatorio per l'uomo. Occorreva allora sanare il contrasto tra la naturalità del *ius gentium* e la sua affermata convenzionalità: si perveniva così ad affermare una divisione profonda in seno al diritto naturale. Infatti, le leggi di natura non erano uguali nello stato di natura come in quello successivo di organizzazione giuridica: si parlava così di un *diritto naturale primario* – originario e sempre valevole – e di un *diritto naturale secondario* che aveva per presupposto l'organizzazione giuridica (e dunque *il peccato*) e che dettava i principi in sé fissi, ma relativi alle diverse istituzioni introdotte nel tempo per regolare la vita della società e dell'umanità (caduta dalla originaria innocenza). La conciliazione tra elemento convenzionale ed elemento naturale viene pienamente raggiunta grazie all'opera di San Tommaso, secondo il quale si devono distinguere nel diritto naturale i *prima principia* dai *precepta secundaria*: gli uomini, per diritto naturale, hanno uguali diritti sulle cose, tuttavia proprio attraverso il diritto naturale si giustifica l'*occupazione*, va a dire la *proprietà privata*.

Così, affermare che il diritto naturale conosce la *communis omnium possessio*, e non la divisione dei beni, non implica che questa sia contraria al diritto naturale, cui il diritto positivo umano si sovrappone storicamente, ma non logicamente: in definitiva, il diritto delle genti, da cui ha origine il moderno diritto civile e a cui si deve l'introduzione della proprietà privata, si distingue dal diritto naturale, ma è pur vero che gli è vicino in quanto ha anch'esso un carattere di naturalità: *n quanto rationale è naturale nell'uomo che è animale ragionevole*<sup>4</sup>.

Nella dottrina giuridica moderna, la proprietà è chiaramente riconosciuta come un istituto del *diritto delle genti*: i giuristi di età intermedia avevano trovato nel diritto romano e in quello canonico tale concorde affermazione.

<sup>4</sup> U. Nicolini, *La proprietà, il principio e l'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 1940, 18 e ss.

ve anzitutto precisare che nel linguaggio giuridico internazionalista la proprietà veniva designata col *dominium*: questo termine, nel diritto romano, ha il significato vago e comprensivo di signoria e potestà, oltre che quello più stretto di proprietà. Anzi, sembra proprio che il diritto di proprietà venga designato così in quanto è concepito come la signoria per antonomasia nell'universo dei rapporti privati.

Il *dominium* del diritto romano diventa talvolta *proprietas* delle fonti giustiniane, termine che mette in chiara evidenza l'appartenenza della cosa al proprietario. Si arriva infine ad una pacifica e ricorrente parificazione dell'un termine all'altro che, per indicare la contrapposizione al godimento od usufrutto, porta a parlare non già di *proprietas*, ma di *nuda proprietas*.

Tuttavia, il diritto romano solitamente poco avvezzo alle definizioni, non ne ha lasciato una compiuta del diritto di proprietà, tanto più che essa aveva avuto storicamente diversi aspetti; sicché sarebbero occorse molteplici definizioni per le varie forme di proprietà, non essendo affatto agevole formulare una definizione che le ricomprendesse tutte. Tanto perché quando si vuole fornire una definizione della proprietà solitamente se ne mettono in evidenza uno o più aspetti particolari. (Così, ad esempio, per Baldo degli Ubaldi, il dominio si caratterizza per l'*alienandi potestas*, mentre per il giurista Bartolo da Sassoferrato invece l'essenza della proprietà è nel *ius disponendi*).

Certo è che la dottrina intermedia, nel tentativo di ridurre la proprietà ai suoi elementi essenziali, ha fornito le basi fondamentali della dottrina giuridica moderna, la quale per lungo tempo ha continuato ad appellarsi alle definizioni degli autori di diritto comune.

Dalle origini del diritto di proprietà deve passarsi alla considerazione dei suoi limiti. Dunque, sulla scorta di questo primo inquadramento storico, occorre affrontare il problema del rapporto col pubblico potere, muovendo dall'antico principio che l'imperatore non poteva apportare alcuna modifica al così detto *diritto delle genti* – e dunque neanche alla proprietà privata – per scoprire in esso la base

per pubblica utilità, ma anche quel significato  
sacramentale, di natura illuministica, che caratterizza il concetto più moderno di  
proprietà.

## 2. Fondamenti storico-giuridici dell'espropriazione per pubblica utilità.

Innanzitutto si rende necessaria, in premessa, la definizione dell'istituto espropriativo: attraverso questo, per motivi di pubblica utilità, si determina l'appropriazione dell'*utilitas* di un bene altrui da parte di un soggetto pubblico. Il potere d'esproprio trova da sempre fondamento nella sovranità dello Stato, rappresentando, per l'appunto, anche la limitazione più decisiva del diritto di proprietà e comportandone la totale vanificazione. Lo stesso Stato, del resto, riconosce ai titolari di diritti reali le facoltà di godimento e di disposizione, fintanto che tale esercizio non sia d'ostacolo al perseguimento e alla protezione dell'interesse pubblico; in tal caso, dunque, il diritto di proprietà così come gli altri diritti reali può essere compresso, soppresso o limitato secondo le modalità previste dalla legge.

Così, il più moderno diritto di proprietà, come forgiato nella fucina illuministica sulla scorta della tradizione giuridica romana, si caratterizza come pieno, assoluto e inviolabile, benché a suo fronte si ponga un complesso di facoltà o poteri detenuti ed esercitati dallo Stato e dagli altri enti pubblici.

Si profilano pertanto due sistemi eterogenei, l'uno pubblicistico e l'altro privatistico, all'interno dei quali sono individuabili – in astratto e secondo una linea coerente – due rispettivi nuclei di poteri teleologicamente orientati alla cura dell'interesse pubblico, da una parte, e alla cura della sfera di interessi egoistico-individuali, dall'altra.

Questa plastica immagine si eclissa nel momento in cui i due momenti conoscono un contatto: emerge una situazione incerta nella sua definibilità e comunque storicamente variabile, complicata dal fatto che sul piano tecnico l'angolo visuale è

tertiarie ermeneutiche del campo privato si discostano per  
capo pubblico e le chiavi di lettura non sono solo  
quelle tecnico-giuridiche, ma anche quelle sociologiche, teleologiche e, non dal  
ultimo, economiche. Ragion per cui, se la nozione formale di proprietà si è  
conservata piuttosto inalterata nel tempo, non altrettanto può dirsi del suo  
contenuto sostanziale, sulla cui definizione incidono, in primo luogo, le variabili  
storiche. In altri termini, il contenuto del diritto di proprietà si relativizza  
edulcorando il originario ed astratto carattere assoluto e prestando il fianco a  
numerose interpretazioni dei mille profili che concorrono a determinarne il  
significato reale.

Specularmente – e in maniera significativamente varia – si riscontra nel corso del  
tempo un mutamento, ora evolutivo ora involutivo, della concreta capacità  
d’incidenza del potere pubblico nella sfera delle situazioni giuridiche soggettive; di  
conseguenza, la disciplina della procedura espropriativa si costruisce *per relationem*  
con contenuto storico concreto del diritto di proprietà.

La possibilità di *auferre rem privati* (dove il termine di *ablazione*) fu compiutamente  
intravista solamente in età comunale per lo svilupparsi dell’idea di socialità e di  
mutuo aiuto, nonché per il lento diffondersi del neonato concetto di subordinazione  
dell’interesse privato all’interesse pubblico, o meglio all’utilità collettiva.  
L’affermarsi dell’*auferre* trova giustificazione nella mutata concezione della  
proprietà, alla luce della quale, secondo un ritorno alla concezione naturalistica,  
essa è intesa come *communitas rerum*, svilita nella sua dimensione individuale  
tramandata dal diritto romano e resa funzionale al bene comune.

Un contributo fondamentale a tale mutamento era provenuto dal diritto germanico  
caratterizzato appunto da una concezione sociale della proprietà, riscontrabile per  
esempio nel riconoscimento del diritto di pascolo sui campi aperti e in altre facoltà  
di giovare, entro certi limiti ristretti, dell’altrui proprietà. Si trattava invero di  
fattispecie che avevano trovato un senso nel carattere originariamente indiviso



ne in seguito furono utilizzate per una lettura in relazione sociale e alla tutela della proprietà privata.

Nell'*aufferre rem privati* la dottrina giuridica medievale comprendeva non solo l'espropriazione per pubblica utilità, ma tutti gli istituti (ad esempio, la confisca) che comportano la sottrazione, o meglio l'ablazione, dei beni al privato in forza dell'autorità pubblica. E inoltre, pur se l'espropriazione per pubblica utilità nacque durante l'età comunale – al punto che sin dagli albori di tale organizzazione gli Statuti comunali sancivano casi di espropri pubblici – la dottrina tardò a fornire definizioni e teorie, come ad esaminare l'istituto della proprietà in relazione al concetto di sovranità ossia il problema dell'interferenza di questa nella sfera di quella.

Infatti, per giungere alla ricostruzione di questi concetti gli storici del diritto seguono le diverse discussioni e le affermazioni di principio degli antichi giuristi, con l'intento di ricondurle ad unità-

Senza dubbio, però, l'espropriazione pubblica trovò il terreno più fertile nell'ambiente comunale, profondamente cristiano, pertanto incline all'adozione di modelli sociali di mutuo aiuto, nonché al principio della subordinazione della sfera privata a quella pubblica.

In età moderna, con la Rivoluzione francese, la proprietà si riprese il contenuto romano di diritto assoluto e illimitato di godimento e disponibilità, ciò nondimeno ne attestò la possibilità di limitazioni eccezionali per finalità pubbliche. In seguito, il Codice napoleonico del 1804, pur definendo la proprietà come *il diritto di godere e di disporre della cosa nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia uso vietato dalle leggi e dai regolamenti* (art. 544), recepiva altresì l'istituto dell'espropriazione, il quale peraltro era assunto a rango costituzionale già grazie alla Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo del 1789.

In Italia, la disciplina napoleonica ebbe la prima applicazione con il Codice civile del 1808 per il Regno delle Due Sicilie (artt. 544 e 545). Nello stesso solco, lo Statuto Albertino disponeva all'art. 29 che, sebbene *tutte le proprietà, senza alcuna eccezione,*

possono essere espropriate per causa di pubblica utilità  
conformemente alle leggi.

Il Codice civile del 1865, votato all'ideali liberale, recepì la citata prescrizione del Codice francese. L'art. 436 c.c., infatti, prescriveva che l'istituto espropriativo era ammesso in via straordinaria e sulla falsariga di quello d'Oltralpe. Il carattere del tutto eccezionale dell'intervento ablativo era frutto di una preminente concezione assoluta della proprietà privata, al pari in verità di tutti i diritti personali dell'individuo riconosciuti come fondamentali dopo una lunga e dispotica negazione.

Nello stesso anno fu approvata in Italia la prima disciplina sull'espropriazione per pubblica utilità con legge 25 luglio 1865 n. 2359, fortemente influenzata dall'esperienza e dal modello francesi.

Nel Codice civile del 1942, attualmente vigente, si retrocede alquanto sul punto dell'intangibilità dei diritti reali: la proprietà privata perde gran parte di quell'aura sacrale data dai suoi millenari connotati di assolutezza e inviolabilità, cosicché viene espressamente riconosciuta passibile di *limiti* nella sua consistenza e di *obblighi* nel suo esercizio (v. artt. 832 e 834 c.c.).

Infine, la nostra Carta costituzionale, all'art. 42, comma 2°, esprime un vigoroso riconoscimento della proprietà privata, la cui tutela è garantita dalla legge attraverso la determinazione dei modi d'acquisto e di godimento, ma anche dalla previsione dei limiti necessari alla convivenza delle molteplici sfere giuridiche individuali. Degno di nota è poi il collocamento della norma costituzionale sulla proprietà nel Titolo III dedicato ai Rapporti economici, ma soprattutto il comma 3°, dove il legislatore costituente stabilisce che l'esercizio del diritto di proprietà conosce delle limitazioni nella ipotesi in cui debbano perseguirsi interessi *generali*: a fronte di questi, dunque, e nei casi normativamente previsti, la proprietà può essere espropriata, salvo indennizzo.

espropriazione per pubblica utilità.

L'espropriazione per pubblica utilità costituisce dunque la limitazione più radicale che la proprietà privata conosca, al punto da distinguersi in maniera significativa dalle altre cause di compressione dei beni dei cittadini, in confronto alle quali l'espropriazione presenta una diversità non di grado, bensì di direzione: investe cioè tale diritto nella sua *esistenza*.

In altri termini, per il diritto di proprietà, l'espropriazione per mano pubblica rappresenta un pericolo latente che incombe sul diritto in quanto tale più che sul bene sottostante, perché, verificatasi l'ablazione, la limitazione diviene attuale e la proprietà cessa di esistere.

La congenita esposizione a questo limite non è in contrasto, anzi ben si concilia con la funzione sociale della proprietà, la quale continua a trovare tutela e garanzia nella previsione di un istituto fondamentalmente unitario.

In definitiva, l'interesse pubblico non opera come mero limite esterno del diritto di proprietà, ma arriva a costituire parte rilevante del suo contenuto, enfatizzandone altresì la funzione sociale. La quantificazione dell'indennità spettante al proprietario costituisce il momento più delicato dell'intero fenomeno espropriativo: se l'espropriazione rompe la lineare armonia dei rapporti tra pubblici poteri ed interessi privati, l'indennizzo costituisce l'elemento risolutore del contrasto.

Espropriazione per pubblica utilità equivale a dire dunque trasferimento coattivo della proprietà (o di altro diritto reale) da un soggetto all'altro, al fine di consentire al beneficiario del trasferimento di soddisfare un interesse generale, con o senza trasformazione del bene.

Occorre però precisare che esula dal concetto qualsiasi intento punitivo: l'esproprio si compie in vista della realizzazione di opere, edifici o strutture di interesse pubblico (infrastrutture) ed è scandito da un procedimento amministrativo che, in termini generali, inizia con una dichiarazione di pubblica utilità da parte dell'autorità espropriante e si conclude con l'emanazione del decreto di esproprio in forza del quale è consentita l'apprensione del bene privato (o meglio,

Altro, il decreto di esproprio può essere sostituito da un accordo del proprietario con l'autorità espropriante (cd. cessione volontaria che, come si vedrà, consente alcuni vantaggi indennitari).

L'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità è stato regolato per lungo tempo da una molteplicità di testi legislativi, tra cui si ricordino quelli fondamentali del 25 luglio 1865, n. 2359 e del 22 ottobre 1971, n. 865, prima dell'entrata in vigore del T.U. del 2001 che rappresenta un importante coordinamento delle numerose disposizioni vigenti in materia espropriativa.

È d'uopo allora, in questa premessa generale, effettuare una ricognizione dei principi costituzionali relativi alla proprietà e alla sua limitazione da parte dei pubblici poteri<sup>5</sup> - principi contenuti segnatamente nelle norme degli artt. 42 e 43 - che richiamano espressamente l'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità - e degli artt. 41 e 44 - che, pur non riguardando direttamente l'espropriazione, offrono importanti spunti per il relativo inquadramento.

Dal complesso delle norme, si possono trarre tre principi. Primo: l'espropriazione può avvenire solo in quanto prevista dalla legge. Secondo: deve rispondere ad un interesse di carattere generale. Terzo: deve essere compensata da un indennizzo per il proprietario privato del bene.

In definitiva, la Costituzione prevede una riserva di legge in materia espropriativa. Si tratta di una riserva relativa, nel senso che alla legge ordinaria è rimessa la disciplina di tutti gli elementi volti a delimitare la discrezionalità amministrativa, non già degli specifici aspetti (*an, quomodo, quando*) delle modalità d'incidenza del potere ablatorio sulla proprietà privata. Dunque, la legge ordinaria deve necessariamente indicare quali organi sono investiti del potere espropriativo, gli interessi in vista dei quali è consentito espropriare, i beni suscettibili di esproprio e i soggetti contro i quali (e non in favore dei quali) può procedersi a espropriare, con la fissazione delle relative regole procedurali.

---

<sup>5</sup> A.M. Sandulli, I limiti della proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale, in *Giur. Cost.*, 1971, 962 e ss.

ordinaria deve imporre la garanzia che l'intervento ablatorio avvenga esclusivamente per ragione di pubblica utilità, in omaggio alla funzione sociale che alla proprietà stessa è stata assegnata dalla Costituzione.

Il riconoscimento dell'interesse pubblico può essere contenuto nella legge stessa o, una volta definito in termini generici da quest'ultima, essere concretamente individuato dall'autorità amministrativa.

Per quel che concerne l'altro elemento essenziale è costituzionalmente prescritto, vale a dire l'indennizzo, si ricordi che nella Costituzione previgente, lo Statuto Albertino del 1848, l'art. 29 recitava: *"Tutte le proprietà senza alcuna eccezione sono inviolabili. Tuttavia, quando l'interesse legalmente accertato lo esiga, si può essere tenuti a cederle in tutto o in parte, mediante una giusta indennità conformemente alle leggi"*.

Tale impostazione concettuale si contemplava con le norme del Codice civile del 1865, nonché con la legge sulle espropriazioni del 25 giugno 1865, n. 2359, la quale nell'art. 39 quantificava l'indennità spettante all'espropriato nel *giusto prezzo* che avrebbe avuto l'immobile in una libera contrattazione di mercato. I punti fermi erano dunque: a) l'invulnerabilità delle proprietà senza eccezioni; b) l'eccezionalità dell'esproprio (formale); c) la subordinazione dello strumento ablatorio alla condizione che fosse assicurata la corresponsione di una giusta indennità al proprietario.

Nella Relazione al Codice civile del 1942, pur descrivendosi una concezione della proprietà privata non dissimile da quella della codificazione previgente, si assiste d'altra parte ad un certo cambiamento attraverso il riferimento esplicito alla funzione sociale del diritto di proprietà.

Tuttavia, questa idea di socialità rappresenta il prodotto di un'ideologia che si pone l'obiettivo di superare tanto il modello individualistico quanto quello collettivistico ed era perciò soltanto funzionale all'ordine corporativo cui il Fascismo voleva improntare l'organizzazione della società in tutte le sue articolazioni.

In seguito, la Costituzione repubblicana, nell'assegnare un ruolo diverso al diritto di proprietà ed una differente incisività all'istituto dell'espropriazione, non poteva

quadro ideologico-normativo cui si è sovrapposta. Ed infatti, basta guardare la concezione degli artt. 42 e 44 in tema di proprietà nel titolo che regola i rapporti economici (e non già tra i principi generali, né nel titolo che disciplina i rapporti civili) sta a indicare che il Costituente ha inteso valorizzare l'aspetto economico dell'istituto rispetto a quello giuridico. Del resto, la stessa formulazione dell'art. 42 Cost., dove è omesso qualunque riferimento esplicito ad un diritto di proprietà e, d'altra parte, l'elevazione a rango costituzionale della funzione sociale, sono una conferma della diversa considerazione in cui è tenuta la proprietà nel nuovo ordinamento.

Nella scala delle tutela costituzionali, infatti, al diritto di proprietà si assegna formalmente un posto modesto, un po' superiore a quello che si assegna al paesaggio, ma inferiore a qualsiasi altro dei diritti fondamentali. Ciò non può però indurre a ritenere che la proprietà privata occupi nel nostro ordinamento una posizione secondaria. Inoltre, avendo assunto rilevanza costituzionale, la funzione sociale è divenuta elemento essenziale della proprietà, al punto di condizionarne l'esercizio alla conciliazione con l'interesse pubblico.<sup>6</sup>

Dunque, il secondo comma dell'art. 42 Cost. attribuisce espressamente alla legge il potere di fissare i limiti all'esercizio della proprietà: ciò significa che quando una legge prevede in via astratta e generale che la proprietà di determinati beni, in presenza di certe condizioni, possa essere limitata, il limite diventa elemento connaturale del diritto: così, la compressione della proprietà, nel momento in cui va a attualizzarsi, non costituisce che un evento connesso all'esistenza dello stesso diritto. La proprietà quindi, o è compressa dall'imposizione legale del limite, o nasce addirittura con quel limite.

Pertanto, in mancanza di un principio costituzionale o di una norma ordinaria che ne impongano la corresponsione, nessuna limitazione è dovuta, né alcun obbligo è imposto per la compressione di un qualsivoglia diritto. Con particolare riferimento all'espropriazione poi si deve considerare che, essendo la corresponsione

<sup>6</sup> Cfr., S. Rodotà, *Il terribile diritto*, Bologna, Il Mulino, 1981, 259 e ss.

richiesta, la consistenza dell'indennità non può che

rispecchiare un'esigenza di armonia con l'interesse pubblico.

In definitiva, se è indiscusso che l'espropriato debba conseguire un ristoro per sopperire alla perdita patrimoniale subita suo malgrado, è pur vero che la misura del suddetto ristoro non può essere di ostacolo alla realizzazione del fine di pubblica utilità.

Quanto detto non significa che l'indennizzo debba essere necessariamente inferiore al valore venale del bene, ma che ben può discostarsene (si pensi all'art. 13 della legge 15 gennaio 1885, n° 2892 per la città di Napoli). A tal fine i criteri di riferimento per la quantificazione dell'indennità d'esproprio devono essere ricercati non solo nel secondo comma dell'art. 42 Cost., ma anche in altre norme costituzionali e in particolare nel principio di uguaglianza sostanziale dell'art. 3 Cost.

Il suddetto secondo comma riserva allo Stato la regolamentazione delle modalità di godimento della proprietà; se consideriamo che l'edificazione costituisce una delle espressioni possibili di esercizio della proprietà immobiliare, se lo Stato ne disciplinasse il godimento nel senso di escludere totalmente lo *ius aedificandi* dalle facoltà esercitabili dal privato, l'indennità di esproprio per suoli non edificabili ben potrebbe essere anche commisurata al loro valore venale, che sarebbe quello agricolo. Invece, per i suoli legittimamente edificati l'indennità si può ritenere commisurata all'utilità marginale di cui il privato sia privato. In definitiva, e in ossequio al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., non è concepibile la previsione di un unico criterio di liquidazione dell'indennità di esproprio rispetto a beni di differente consistenza economica poiché ciò sarebbe in contrasto col principio di uguaglianza sostanziale: l'interesse generale alla cui soddisfazione l'esproprio è diretto, se può, infatti essere realizzato attraverso il ridimensionamento di una ricchezza esuberante, non può invece assolutamente ritenersi conseguito quando comporta il deterioramento delle condizioni di vita del singolo.

La determinazione dell'indennità di esproprio sia o meno condizione di esercizio del potere della P.A.

Sul punto si riscontrano numerosi contrasti in dottrina e in giurisprudenza. L'opinione tradizionale si orienta nel senso che nel momento in cui si omette la determinazione indennitaria viene a configurarsi una forma di esercizio arbitrario della potestà espropriativa che integra un illecito: in altri termini, si darebbe luogo a una attività amministrativa che non degrada il diritto di proprietà in interesse legittimo, bensì ad una attività posta in essere in carenza di potere, come tale improduttiva di effetti giuridici che segnino il diritto di proprietà interessato.

A questa teoria si è però obiettato da autorevole dottrina che se la legge attribuisce ad un organo della P.A. un potere e questo viene concretamente esercitato si tratta solo di accertare se il potere è stato esercitato bene o male, senza che possa farsi questione sulla sua esistenza<sup>7</sup>.

Allo stesso modo è parso discutibile intendere l'indennizzo come elemento equilibratore del potere di esproprio, nel senso che la mancanza effettuale della determinazione dell'indennità concreta una carenza di potere.

Invero, è apparsa nel tempo più corretta l'interpretazione che, in stretta armonia con la disposizione costituzionale, la quale non richiede la predeterminazione dell'indennità, bensì solo che la privazione venga ristorata, vede in capo al proprietario, in forza dell'esercizio del potere d'esproprio, la nascita di un diritto soggettivo all'indennità; all'uopo non occorre che l'indennità sia stata previamente determinata e offerta. Ne consegue che l'esercizio del potere espropriativo, ove non accompagnato dalla determinazione dell'indennità, dovrebbe dare adito, non già ad un'azione di risarcimento del danno, ma esclusivamente ad una domanda di pagamento dell'indennità, cioè alla richiesta di adempiere il debito a carico del beneficiario per effetto dell'esercizio del potere di esproprio da parte dell'autorità amministrativa.

---

<sup>7</sup> M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 618 e ss.



ne di un inquadramento generale dell'istituto espropriativo, non è sufficiente ribadire che ne costituisce linfa vitale *la pubblica utilità*, o meglio *il motivo di pubblica utilità* o, secondo la disposizione costituzionale, l'interesse generale, da valutare alla luce dell'opportunità che, in vista di un vantaggio collettivo, un bene o un diritto su un bene siano sottratti al rispettivo titolare oppure assoggettati ad un altrui diritto reale di godimento.

Pertanto, e in altri termini, l'esercizio del potere pubblico di comprimere la proprietà privata è condizionato alla sussistenza della finalità di soddisfazione di un interesse generale. La dichiarazione di tale interesse appare allora una condizione minima indispensabile, al punto che la sua mancanza determina l'illegittimità dell'intera procedura di esproprio.

Tuttavia, si badi bene, questo non significa che sia la dichiarazione di pubblica utilità a conferire all'autorità procedente il potere d'esproprio: esso infatti è attribuito alla P.A. *in primis* dalla Carta fondamentale e, in secondo grado, dalla legge, perciò la dichiarazione di pubblica utilità non ne rappresenta che un presupposto procedimentale.

In definitiva, la pubblica utilità delle opere da eseguire (o della destinazione da dare la bene espropriato, perché potrebbe non esserne prevista la trasformazione) deve essere resa manifesta con una dichiarazione che può essere espressa o tacita.

È espressa quando forma oggetto di uno specifico atto, legislativo o amministrativo.

È invece tacita quando la legge la fa derivare automaticamente dagli atti amministrativi, aventi per lo più carattere generale.

Oltre che nella Costituzione, anche nel Codice civile, all'art. 834, si rinviene la richiesta di un *motivo* di pubblica utilità a sostegno dell'esercizio del potere ablativo: la norma civilistica subordina l'espropriazione ad una causa di pubblica utilità *legalmente dichiarata*. Le due norme però pongono all'esercizio del potere limiti di diversa ampiezza.

senza di una ragione di pubblica utilità, mentre la seconda prevede che questa sia appunto legalmente dichiarata, ponendosi in questo senso in perfetta armonia con la legge del 1865.

Allora, fermandosi alla lettera della disposizione primaria, appare ragionevole affermare che nel disegno costituzionale del procedimento espropriativo sarebbe ammissibile anche una legge ordinaria nella quale la dichiarazione formale della pubblica utilità dell'opera non fosse prevista, benché rimanga pur sempre indispensabile in punto di fatto la sussistenza del pubblico interesse generale per la legittimità del procedimento stesso.

Tale constatazione, potrebbe apparire di scarso rilievo pratico ove si consideri che la prassi legislativa ha sempre costruito la dichiarazione di pubblica utilità come presupposto immancabile dell'espropriazione, anche se la stessa considerazione ha assunto un importante rilievo in relazione all'ipotesi in cui difetti la dichiarazione di pubblica utilità.

Sul punto, è stato radicale – e ancora non è stato però sanato – il contrasto tra gli interpreti, nonché tra la giustizia ordinaria e quella amministrativa.

Secondo una prima teoria, sostenuta dalla Suprema Corte di Cassazione, se manca la dichiarazione di pubblica utilità, il potere d'esproprio neppure nasce (carezza di potere in astratto – cd. *teoria civilista*); mentre, secondo la tesi sostenuta dal Consiglio di Stato, il potere di esproprio discende direttamente dalla legge e la dichiarazione di pubblica utilità non è atta a radicarlo, perché quello preesiste a questa. La dichiarazione di pubblica utilità assolverebbe dunque solamente al compito di creare le condizioni per il suo esercizio (carezza di potere in concreto – cd. *teoria amministrativistica*).

Sulla scorta del dettato costituzionale è in altri termini immanente alla proprietà il carattere di assoggettabilità all'esercizio dei poteri ablatori della pubblica amministrazione.

A miglior chiarezza, potrebbe giovare un breve riepilogo di questo breve excursus storico.

L'espropriazione per pubblica utilità è così il provvedimento con cui l'autorità, secondo un procedimento legislativamente determinato, acquisisce beni di proprietà privata, per motivi di pubblico interesse, previa corresponsione di un equo indennizzo.

È evidente come si tratti della più incisiva limitazione del diritto dominicale e al tempo stesso della più evidente manifestazione del potere di sovranità statale, dovendo l'interesse individuale recedere in favore del generale pubblico interesse al trasferimento coattivo del suolo.

L'espropriazione per pubblica utilità è strumentale alla realizzazione di opere, edifici e, più in generale, di infrastrutture pubbliche e costituisce il terminale di un procedimento amministrativo in cui importanza centrale assume la dichiarazione di pubblica utilità, da parte della amministrazione espropriante, cui segue l'emanazione del decreto di esproprio, col quale si sancisce in maniera definitiva l'effetto traslativo del bene privato in favore della pubblica amministrazione.

Dopo aver ricostruito il quadro normativo di riferimento ripercorrendo l'evoluzione che la disciplina della proprietà ha subito, vanno rimarcate in particolare le differenze tra il regime nazionale della proprietà e dei suoi limiti con la regolamentazione europea.

L'*ubi consistam* del diritto di proprietà è infatti notevolmente cambiato col mutare della forma di Stato e delle prospettive economico-sociali. Di qui l'incidenza del potere espropriativo nella sfera soggettiva e della disciplina della procedura ablatoria, da rapportare ogni volta al contenuto concreto che il diritto di proprietà ha assunto nel corso del tempo.

L'art. 29 dello Statuto Albertino del 1848 stabiliva che *"tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili. Tuttavia, quando l'interesse legalmente accertato lo esiga, si può*

parte, mediante una giusta indennità conformemente alle

Il codice civile del 1865 e la coeva legge 25 giugno 1865, n. 2359, all. E (art. 39) ripetevano la nozione di inalienabilità, ferma restando la possibilità di esproprio giusta corrisponsione di un indennizzo da commisurarsi al giusto prezzo che il bene avrebbe avuto in una libera contrattazione di compravendita.

Tale concezione, in cui l'inviolabilità e la regola e l'ablazione l'eccezione, comincia a subire un primo temperamento nel codice civile del 1942, che dà espresso risalto alla funzione economico sociale della proprietà *disvelando* l'avvio di un processo di superamento del modello individualistico del diritto dominicale.

Così, l'art. 832 cod. civ., pur riconoscendo al proprietario il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno e esclusivo, lo delimita espressamente *"entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico"*. Dunque, dalla legge ai limiti posti dall'ordinamento giuridico: questo il primo passaggio mutante. Questo principio di trasformazione culmina nella Costituzione repubblicana del 1948. L'art. 42, 2° della Carta fondamentale sposta l'attenzione *dall'individuo al bene*, valorizzando l'aspetto economico della proprietà privata e privando quest'ultima dell'iniziale inviolabilità, la quale resta la prerogativa esclusiva dei diritti fondamentali, quale la libertà personale. Ne costituisce riprova la collocazione sistematica voluta dal costituente: nel titolo dei rapporti economici, anziché in quello delle libertà civili e dei rapporti fondamentali.

Il secondo passaggio mutante è dal comma 2 al comma 3 dell'art. 42 della *Grundnorm*.

Da strumento di realizzazione della funzione sociale nei limiti stabiliti dal legislatore (che ne determina *"i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti"* – co. 2) a strumento ablatorio eccezionale *"nei casi preveduti dalla legge e, salvo indennizzo, ..., per motivi di interesse generale"* (co. 3). Quest'ultima disposizione ricalca la schema economico con funzione riparatoria di cui all'art. 834 cod. civ.: *"nessuno può essere privato in*

proprietà, se non per causa di pubblico interesse, legalmente  
mentrarmi, e contro il pagamento di una giusta indennità”.

Ben diversa appare l'impostazione ideologica sottesa alla disciplina europea della proprietà privata.

Un primo riconoscimento può essere individuato nell'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo del 1950, ove è scritto: *“Ogni persona fisica o morale ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà salvo che per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale”*.

Assistiamo con ciò al terzo passaggio mutante: dai principi posti dall'ordinamento giuridico ai principi generali del diritto internazionale. Sennonché, nell'ambito dei principi del diritto internazionale, è venuta a porsi con efficacia dirompente anzi dirimente, secondo quello che si dirà nei capitoli successivi, l'art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea firmata a Nizza il 7 dicembre 2000. In esso, il diritto di proprietà riceve la sua consacrazione tra i diritti fondamentali dell'uomo, nel capitolo dedicato alle libertà fondamentali.

È scritto e stabilito e fondato, infatti, che *“1. Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalle legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale. 2. La proprietà intellettuale è protetta”*. Si tratta del quarto passaggio mutante che maggiormente segna le differenze con l'art. 42 della Costituzione.

Ispirata a una concezione individualista del diritto di proprietà, la Costituzione europea non menziona la funzione sociale della proprietà concentrando la propria attenzione dei diritti del proprietario comprimibili solo *“per pubblico interesse”*.

Viene così stigmatizzata la figura delle vicende traslative *sine titulo* della proprietà, in totale recezione delle sentenze della Corte Europea di Diritti dell'Uomo (CEDU),

...a meritevole di tutela solo la proprietà dei beni  
legittimamente acquistata, indipendentemente da qualunque prospettiva socialista. E  
ancora prevedendo ciò che nell'art. 42 della Costituzione manca del tutto e che,  
probabilmente, rappresenta il vero *punctum pruriens* della questione. Che l'indennità,  
in caso di espropriazione per causa di pubblico interesse, non solo sia "giusta" ma  
pure corrisposta "in tempo utile".

La diversa concezione del diritto di proprietà che emerge nel raffronto fra la fonte  
costituzionale nazionale e quella europea è destinata a incidere sensibilmente sui  
limiti e sulle modalità di applicazione dell'istituto dell'espropriazione, come  
dimostrano le divergenti prese di posizione della Corte costituzionale della Corte  
europea sulla misura dell'indennità espropriativa e sull'occupazione acquisitiva che  
verranno esaminate nei prossimi capitoli.

Al momento, è sufficiente rimarcare i limiti del fenomeno dell'occupazione  
acquisitiva - o esproprio sostanziale - che si dà, in linea di prima approssimazione  
- ogni qual volta il procedimento ablatorio preordinato all'esproprio formale del  
bene privato è pretermesso in alcuni suoi momenti fondamentali e fondanti. E che  
sono: l'assenza della dichiarazione di  
pubblica utilità e l'inosservanza dei termini iniziali e finali della procedura.

## IL PROBLEMA DELLA COMPATIBILITA' CON LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO

1. Le condanne della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. 2. La portata precettiva dell'articolo 1 del Primo Protocollo aggiuntivo alla Convenzione. 3. Da *"in dubio pro principe"* a *"in dubio pro homine"*. 4. Il principio di legalità secondo l'ordinamento di Strasburgo. 5. La *deprivation of possession* è comunque un fatto illecito.

### 1. *Le condanne della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.*

Emerge con chiarezza che uno dei problemi più rilevanti, nonché di maggiore riflessione e analisi per gli operatori, sia costituito dalla nuova valenza del diritto di proprietà come libertà fondamentale.

Ad oggi, il diritto di proprietà è oggetto di una disciplina eterogenea, vale a dire caratterizzata dalla concorrenza delle norme nazionali con quelle sopranazionali e rappresentate segnatamente dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Il suo Primo Protocollo aggiuntivo all'articolo 1 enuncia il fondamentale principio del rispetto della proprietà privata e sulla base di questa norma la Corte europea per la tutela dei Diritti umani ha pronunciato dure condanne contro il fenomeno dell'espropriazione sostanziale<sup>8</sup>.

Occorre così una disamina della fattispecie articolata su tre livelli. Il primo livello: la portata precettiva della articolo 1 del Primo Protocollo addizionale alla Convenzione; il secondo livello: la sua interpretazione da parte della Corte di Strasburgo; il terzo livello: i rapporti tra la Convenzione e l'ordinamento interno.

---

<sup>8</sup> Tra le molte: Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. II, 30 maggio 2000, Belvedere alberghiera srl c. Italia; Id., sez. II, 30 maggio 2000, Carbonara e Ventura c. Italia; 17 maggio 2005, Scordino c. Italia

del Primo Protocollo aggiuntivo alla Convenzione.

La tecnica di elaborazione della Convenzione (e dei relativi Protocolli) riflettono inevitabilmente le ragioni ispiratrici che avevano indotto alla sua sottoscrizione i vari Paesi europei nel 1952. L'intento tacitamente concordato consisteva nel delineare un comune denominatore delle differenti esperienze giuridiche degli Stati contraenti sul punto dei diritti fondamentali dell'individuo, al fine di fornire una risposta adeguata alla Dichiarazione dei Diritti americana.

La ricerca di un potenziamento della definizione dei diritti umani e della loro tutela rispetto alle previsioni dei singoli ordinamenti, costituiva invece un obiettivo liminare, non necessariamente contemplato dai compilatori della Carta. Di qui il precipitato di una interpretazione sostanzialmente restrittiva e conservatrice delle norme della CEDU e dei suoi Protocolli addizionali. Aldilà di qualsiasi propensione esegetica progressista e di infoltimento del nucleo dei diritti riconosciuti.

3. Da *"in dubio pro principe"* a *"in dubio pro homine"*.

Queste indicazioni chiariscono il perché della formulazione alquanto vaga e generica di quelle norme, oltre a spiegare come mai gli interpreti insieme alla Commissione europea dei diritti dell'uomo adottarono in un primo momento adottarono il canone interpretativo fondato sul brocardo *"in dubio pro principe"* ( e non *"in dubio pro homine"*). Va detto pure che il metodo alternativo di interpretazione sarebbe stato quello del cd. *effetto utile*, adottato oggi dal nuovo corso di interpretazione progressista della CEDU e che, in buona sostanza, consiste nel dare alle norme CEDU un significato tale che esse siano sempre meno generiche e imprecise<sup>9</sup>.

Un'interpretazione canonizzata *in dubio pro principe* significava ritenere impregiudicato il diritto di proprietà tutte le volte che non fosse contestata la qualità formale del proprietario, pur se questi fosse stato privato *aliunde* della

<sup>9</sup> Cfr., L. Condorelli, La proprietà nella Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, in Riv. Dir. Internaz., 1970, 180



Il che portava a definire implicitamente l'oggetto dell'articolo 1 del Protocollo come circoscritto al diritto di proprietà in senso stretto. Fino a ritenere la norma *tamquam non scripta*, perché ai cittadini non era stata accordata nessuna effettiva tutela sostanziale dal proprio Stato.

La stessa Commissione, tra l'altro, aveva dapprima ritenuto in termini puramente teorici che i provvedimenti espropriativi dovessero rispondere ai principi della pubblica utilità e, soprattutto, della conformità all'ordinamento nazionale con riferimento ai principi del diritto internazionale. Presto tuttavia questo intendimento venne disatteso per l'affermarsi invece della tesi della valutazione nazionale insindacabile. Ancora, negli anni successivi, in seguito al progressivo aumento di ricorsi alla Corte di Strasburgo per violazione del diritto di proprietà, la materia registra un'ulteriore evoluzione.

L'articolo 1 Prot. ha assunto un proprio significato, forte, acquisendo una capacità drenante verso le disposizioni private della proprietà privata per fini pubblici da parte degli Stati. Questo percorso, accompagnato dalla elaborazione giurisprudenziale d'oltralpe, ha finito per rendere inattaccabile il nocciolo duro dei valori incorporati nella Convenzione determinando lo stimolo a dare sempre maggiore forza precettiva alle disposizioni originarie.

Si ritiene cioè che l'articolo 1 del Protocollo sia in grado di tutelare la proprietà di qualunque bene patrimoniale, alla stregua di una *buona norma costituzionale* suscettibile di interpretazione dinamica, incorporando tre precetti: 1) il diritto al rispetto dei beni personali, ossia la tutela del loro pacifico godimento<sup>10</sup> (*"ogni persona fisica e giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni"*); 2) i requisiti o condizioni necessarie di legittimità degli interventi ablatori dei pubblici poteri (*"Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale"*)<sup>11</sup>; 3) il diritto Stati sottoscrittori a definire l'uso dei beni (*"Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto del Stati di disporre le leggi ritenute necessarie per disciplinare l'uso"*

<sup>10</sup> Ibidem, pag. 179 e ss. e 229 e ss.

<sup>11</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 23 settembre 1982, Spornong et Lonroth, Serie A, n. 52, pr. 60 e pr. 63

esse generale o per assicurare il pagamento delle imposte  
(o un altro contributo di natura imminente”).

Vedasi che manca ogni riferimento all'indennizzo<sup>12</sup>. Questa assenza è il frutto del mancato accordo sul punto delle delegazioni in sede di Lavori preparatori, episodio che, è stato giustamente osservato rappresenta una sorta di preludio del radicale ripensamento del fenomeno espropriativo. E infatti, oggi, l'indennizzo è inteso come *adeguato ristoro* - e non come il prezzo del trasferimento coattivo della proprietà del bene – al punto da farsi appello, per la sua quantificazione, ai principi generali del diritto internazionale in materia espropriativa, val a dire a quel *minimum standard* che contenesse la corresponsione di un'indennità all'espropriato (di guisa che “*in dubio pro homine*”).

#### 4. Il principio di legalità secondo l'ordinamento di Strasburgo.

Venendo ora alla seconda questione cui s'è fatto cenno, va ribadito che la violazione del principio di legalità è la premessa su cui sono fondate le prime sentenze della Corte di Strasburgo sul tema, le quali sempre hanno ricusato la fattispecie dell'esproprio sostanziale.

Secondo i giudici europei, la privazione del possesso non necessita di una legge formalmente intesa, sempre e comunque. Nulla impedisce l'esistenza di un regola interna indipendentemente da qualsivoglia formalizzazione normativa, ma *ciò che è imprescindibile*, per i giudici transalpini, è *che la regola de qua sia sufficientemente chiara, precisa e accessibile*. Ciò significa – ciò ha significato – che tali requisiti possano anche essere rinvenuti in una regola di matrice giurisprudenziale. Con la postilla che le condizioni di accessibilità e precisione non possono ritenersi sussistenti quando la normativa nazionale demandi alla pubblica autorità un comportamento connotato da tale e tanta discrezionalità, da renderlo sostanzialmente

---

<sup>12</sup> R. Sapienza, Espropriazione di beni e indennizzo nel sistema della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo: le sentenze nei casi James e Lightgow, in Riv. Dir. Internazionale, 1987, 311 e ss.

neppure consentirebbe al singolo una idonea

In altri termini, dicono a Strasburgo, manca nella Convenzione – sulla materia de qua – una espressa riserva di legge, come accade invece nel nostro ordinamento all'art. 42 Cost. e all'art. 834 cord. Civ., nonostante tra le *nostre norme* e quelle internazionali vi sia identica *ratio*.

Pertanto, affinché si verifichi una situazione di compatibilità tra l'ingerenza pubblica nel diritto di proprietà e l'art. 1 del Protocollo è indispensabile che detta ingerenza sia subordinata all'affermazione di un interesse pubblico e che assicuri un equo bilanciamento tra quest'ultimo e l'interesse privato: l'arbitarietà e la non chiarezza dell'ingerenza pubblica nel diritto dominicale generano una violazione della norma in questione<sup>13</sup>.

5. La *deprivation of possession* è comunque un fatto illecito.

Sembra dunque, in definitiva, che il diritto di proprietà della Convenzione apparirebbe sagomato sulla cosiddetta *funzione sociale*, ancorché attraverso un'attività interpretativa, che deve essere assicurata dagli Stati per la produzione di benessere e sviluppo economico. Ne consegue che è indebita ogni interferenza autoritativa in essa, la quale senza privare formalmente il proprietario della facoltà di godere e disporre del bene incida sulla sostanza del diritto diminuendone sensibilmente la possibilità pratica di esercizio e rendendolo precario e irrevocabile, nonché disattendendone il cod. *standard minimo europeo*<sup>14</sup>.

La giurisprudenza di Strasburgo ha sempre evidenziato, anche di recente, le incertezze dovute alle numerose oscillazioni giurisprudenziali in materia, laddove la nostra Cassazione si è allo stesso tempo mostrata di avviso contrario, ribadendo

<sup>13</sup> S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, Padova, 2001, 812

<sup>14</sup> Resta pur vero che la Convenzione sembra potersi invocare solo in presenza di un'ingerenza che determini una grave diminuzione nella sfera patrimoniale del singolo: in tal senso sarebbe interpretabile la decisione resa nel caso Van der Musselle (1982), nel quale la Corte ha escluso l'applicabilità dell'articolo 1 del Protocollo.

ardandone l'applicazione pretoria ultradecennale,  
dall'art. 43 del Testo Unico.

Invece, nelle decisioni della Corte di Strasburgo, la *deprivation of possession* che si  
invera con l'occupazione appropriativa è un fatto comunque illecito che, oltre a  
dare atto di una carenza di moralità dell'azione amministrativa, è pure priva di una  
definizione nitida nell'ordinamento interno. Del resto, come si avrà a dire più  
diffusamente nella Seconda Parte del presente lavoro, lo stesso concetto di  
"trasformazione irreversibile del suolo a fini pubblici" è da sola sufficientemente  
ambigua e tale da partorire *in nuce* soluzioni e pronunce contraddittorie. Ma così  
pure in punto di natura della prestazione dovuta a titolo di ristoro del privato,  
ovvero in punto di quantificazione del danno. E ancora degli interventi sconsiderati  
del legislatore, oltre che della Corte costituzionale. Per non parlare degli esigui  
mezzi di tutela del privato e della *degenerazione dell'azione amministrativa* e degli altri  
esiti alquanto arbitrari cui ha condotto l'applicazione dell'istituto, sempre più  
regola e sempre meno eccezione. Di guisa che i principi che sostenevano la seconda  
non sono, e non possono, essere adottati per assumere una regola all'interno di un  
quadro ordinamentale complesso, quale quello attuale "multilivello".

Poiché, invece, per governare la complessità ci vogliono anzitutto chiarezza,  
precisione e accessibilità normative, non può non esservi concordia col contenuto  
delle condanne all'Italia da parte della Corte di Strasburgo, sicché è il principio  
immanente all'ordinamento transnazionale di sostanziale giustizia (id est: equità)  
per il privato a delegittimare *funditus* il fenomeno generalizzato dell'espropriazione  
sostanziale.

IL PROBLEMA DELLA COMPATIBILITA' CON I PRINCIPI DEL PROCEDIMENTO  
AMMINISTRATIVO EX LEGE 241/90 E SUCC. MODIF.

1. La mutilazione del procedimento amministrativo. 2. L'antinomia con i principi della legge 8 giugno 1990, n. 241, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15

1. *La mutilazione del procedimento amministrativo.*

Non possono nutrirsi dubbi sul fatto che l'occupazione appropriativa determina una violazione sostanziale del procedimento amministrativo.

Quando si parla di garanzia del privato a fronte dell'azione amministrativa ablativa, la mente corre alla Costituzione dove la proprietà dei privati è tutelata non tanto nel suo contenuto, quanto piuttosto nella fase patologica del suo affievolimento per motivi di pubblico interesse. Alla luce della riserva di legge contenuta nel comma 3 dell'art. 42 Cost. è dato concludere che il procedimento espropriativo disciplinato dalla legge è il motivo portante e fondamentale di questa garanzia. Di conseguenza, l'attuazione di ogni esproprio pubblico è condizionata dalla preesistenza di una legge generale che, oltre a definire i presupposti, regoli il procedimento secondo il quale l'atto conclusivo può essere emesso: ciò consente di sottoscrivere le massime garanzie possibili in favore del proprietario, di natura tanto amministrativa quanto giurisdizionale.

L'esproprio sostanziale, invece, oltre ad essere frutto di un'attività nomopoietica impropria della giurisprudenza di legittimità, per di più esorbitante dai confini delle previsioni legislative, donde il contrasto col principio di legalità, cardine di ogni ordinamento di civil law, è sprovvisto di una necessaria articolazione procedimentale al punto da rappresentare espressione di una grave mutilazione della procedura ablatoria. Questo perché le sue coordinate vertono su di un piano

in possesso e trasformazione irreversibile del bene in opera pubblica. L'acquisizione del bene, trasformato nelle sue originarie caratteristiche, al patrimonio indisponibile dell'ente pubblico *ipso facto*.

2. *L'antonimia con i principi della legge 8 giugno 1990, n. 241, come modificata dalla legge 1 febbraio 2005, n. 15.*

Dai principi della legge 8 giugno 1990, n. 241, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15) discende la conclusione dell'inammissibilità di un meccanismo acquisitivo come quello sopra descritto.. il disposto dell'articolo 1, statuendo che il procedimento risponde a criteri di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza dell'*agere* pubblico, rappresenta la punta di diamante del sistema delle garanzie dei diritti dei cittadini. La disciplina in questione si completa poi attraverso le disposizioni concernenti l'obbligo di motivazione del provvedimento finale (art. 3), la limitazione temporale del procedimento (art. 2, co. 3, 4, 5) e la partecipazione dei privati (artt. da 7 a 13), tutte evidentemente disattese dal meccanismo estintivo-acquisitivo di cui trattasi. Dunque, nell'ambito dell'attività occupativa-acquisitiva non si sviluppa alcun procedimento amministrativo.

Unico atto imprescindibile, ancorché ad alto tasso di discrezionalità – e perciò intangibile nel merito – è la dichiarazione di pubblica utilità la quale, d'altra parte, è spesso implicita negli atti di pianificazione e programmazione del territorio da parte della PA e a cui l'espropriazione è strumentale: e dagli atti di pianificazione e programmazione il privato è eccezionalmente escluso, come prevede peraltro la norma generale di cui all'art. 13 della legge 241/90.

Quanto al decreto d'occupazione, esso ha un valore solo strumentale, pur collocandosi nella fase costitutiva della procedura. È perciò un atto ontologicamente inidoneo a rendere compiuta e esaustiva l'attività ablativa, oltre a non poter soddisfare il criterio di efficienza e quello di garanzia dell'azione amministrativa, che costituiscono l'ossatura del giusto procedimento.

espropriativa, non vi sono profili di garanzia che si  
concernano in un momento successivo al decreto d'esproprio o alla sua scadenza: il  
rispetto del *principio del contraddittorio*, infatti, attiene alla fase (successiva)  
dell'approvazione del progetto nella quale si possono formulare osservazioni; lo  
stato di consistenza dei luoghi, prima presupposto inderogabile della legittimità del  
decreto d'esproprio, risulta contestuale all'*immissione in possesso quale momento  
meramente esecutivo* e materiale. Ancora, l'indennità può essere definita e depositata  
in un momento successivo all'esproprio – sia consentita l'espressione: “a giochi  
fatti” -, quando invece essa è, prima della *legge sulla casa*, condizione per  
l'immissione in possesso. A ciò si aggiunga la considerazione che a nulla serve un  
decreto d'esproprio postumo, coerentemente con la teorizzazione dell'acquisto del  
bene al patrimonio pubblico *ipso facto*.

In conclusione, anche a voler intendere l'espropriazione come finalizzata al  
conseguimento dell'*utilitas* del bene più che alla acquisizione della titolarità del  
medesimo, il meccanismo dell'accessione invertita priva il cittadino di fondamentali  
garanzie.

Riafferma la validità oggi, sotto la vigenza dell'articolo 1 della legge 241/90, porta  
ad una contraddizione dell'ordinamento, e nell'ordinamento. Nell'ormai lontano  
1983 - quando per la prima volta l'espropriazione sostanziale fece ingresso nel  
sistema – perlomeno la linearità dell'ordinamento non ne era intaccata, dal  
momento che non era stata ancora conosciuta la legge sul procedimento  
amministrativo, pur potendosi comunque ritenere violate le prescrizioni  
costituzionale relative all'azione amministrativa pubblica.



RTE SECONDA

## L'ESPROPRIAZIONE SOSTANZIALE NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA

### Capitolo 1

EVOLUZIONE E NATURA GIURIDICA DELL'ISTITUTO: DALL'ACCESSIONE  
INVERTITA ALL'OCCUPAZIONE ACQUISITIVA E USURPATIVA

### Capitolo 2

LA QUANTIFICAZIONE DELL'INENNIZZO DA OCCUPAZIONE E IL RAPPORTO  
CON L'INDENNIZZO DA ESPROPRIAZIONE

### Capitolo 3

L'OCCUPAZIONE PROVVEDIMENTALE (ART. 43 D.P.R. 327/2001)



## EVOLUZIONE E NATURA GIURIDICA DELL'ISTITUTO: DALL'ACCESSIONE

### INVERTITA ALL'OCCUPAZIONE ACQUISITIVA E USURPATIVA

1. La giurisprudenza anteriore al 1983: bene in proprietà del privato, ma indisponibilità ed illecito permanente. 2. La prima svolta: Cass. Sez. Un., n° 1464/1983: tesi dell'illecito istantaneo a effetti permanenti e prescrizione quinquennale dell'azione di risarcimento. 3. Cass. Sez. Un, n. 3940/1988: la conferma del fatto illecito. 4. L'art. 3 legge n° 458/1988: l'espressa conferma del fatto illecito. 5. La seconda svolta: Cass. Sez. I, n° 10979/1992: negazione della validità generale della legge n° 458/1988, diritto al controvalore e prescrizione decennale. 6. La terza svolta: Cass. Sez. Un. n° 12546/1992: ritorno alla tesi del fatto illecito e prescrizione quinquennale. 7. I dubbi di legittimità sollevati dalla dottrina. 8. La pronuncia della Corte costituzionale (n. 188/1995): conferma della legittimità costituzionale e superamento della costruzione di accessione invertita a favore di quella di occupazione acquisitiva. 9. L'occupazione usurpativa. 10. Le decisioni della Corte di Cassazione dal 1999 al 2002: conferma della tesi dell'illecito contrattuale.

1. *La giurisprudenza anteriore al 1983: bene in proprietà del privato, ma indisponibilità ed illecito permanente.*

Occupazione acquisitiva è il nome dato a una figura creata dalla giurisprudenza di legittimità al fine di sciogliere i nodi allacciati da un disordinato accavallarsi di leggi in materia di procedura espropriativa<sup>15</sup>.

Per comprender le origini dell'istituto è necessario muovere dalle cause che l'hanno generato, che hanno cioè reso possibile la realizzazione di un'opera prima che la Pubblica amministrazione divenisse proprietaria del bene per effetto del procedimento ablatorio<sup>16</sup>.

Nella legge fondamentale sull'espropriazione (r.d. 2359/1865), erano scritte la *regola* - secondo cui la PA prima deve divenire proprietaria del suolo privato e poi realizzare le opere cui l'esproprio è preordinato - e l'*eccezione*: occupazione

<sup>15</sup> Gambaro A., Occupazione acquisitiva, in Enc, Dir., Aggiorn, Milano, 2000, V, 854

<sup>16</sup> Salvago S., Occupazione acquisitiva nelle espropriazione per pubblica utilità, Milano, 1997, 41 ss.

di pietre e ghiaia (art. 64) e occupazione d'urgenza nei casi della rottura di argini, ponti e similia (art. 71).

Solo in epoca successiva, l'eccezione è diventata la regola<sup>17</sup>.

La legge 18 dicembre 1879, n. 5188 estese la portata dell'articolo 71 della legge fondamentale non solo a eventi *verificatisi*, ma pure rispetto a eventi *verificabili*, che cioè probabilmente si verificheranno. Di qui il preludio a successivi interventi settoriali<sup>18</sup> che hanno originato la metamorfosi dell'occupazione d'urgenza ex art. 1 legge 3 gennaio 1978, n. 1 per il quale *“l'approvazione del progetto da parte dei competenti organi statali, regionali e di altri enti territoriali equivale a dichiarazione di pubblica utilità e di urgenza e indifferibilità delle opere stesse”*.

Quindi, il fenomeno dell'occupazione acquisitiva (definita anche: occupazione appropriativa, accessione invertita, occupazione espropriativa) è stato sempre intrinsecamente connesso con quello della occupazione preordinata all'esproprio (*ratio* dell'occupazione d'urgenza). In altri termini, mentre la regola afferma che un *fatto* (l'occupazione) è legittimo in quanto preceduto da un *atto* (dichiarazione d'urgenza, di pubblica utilità, decreto d'esproprio), qui ora il fatto diventa illegittimo se l'atto non si perfeziona nei termini. E dunque: la mancata emissione del decreto di esproprio, o la mancata definizione della procedura ablatoria nei termini fissati, ovvero il mancato rispetto dei termini fissati nel sub procedimento di occupazione d'urgenza, rende l'occupazione (*preordinata* all'esproprio) illegittima.

La giurisprudenza anteriore al 1983 riteneva che, nell'ipotesi di occupazione illegittima ovvero illegittima *ab origine*, il bene occupato rimanesse in proprietà del privato, ancorché irrimediabilmente trasformato in opera pubblica e perciò non più disponibile.

<sup>17</sup> Carbone V, Epicedio per il fatto illecito da occupazione appropriativa?, in *Danno e resp.*, 2001, 10, 901

<sup>18</sup> Rd. 12 luglio 1906, n. 332; r.d. 8 febbraio 1923, n. 422; l. 24 luglio 1961, n. 729; d.l. 14 dicembre 1947, n. 1598; l. 18 aprile 1962 n. 167; l. 22 ottobre 1971, n. 865

era allora di *risarcimento per illecito*, ma rimanendo il bene in proprietà del privato, si trattava di illecito permanente e come tale poneva il proprietario al riparo da qualunque termine prescrizione.

Se nelle more del processo risarcitorio fosse poi intervenuto il decreto tardivo di espropriazione, si riteneva esistente una sanatoria *ex nunc*; la fattispecie era ricollocata su un piano di legittimità, fatta eccezione per il periodo in cui l'occupazione era stata illegittima.

Pertanto, in tale caso spettava al privato un *risarcimento per il mancato godimento del bene nel periodo compreso tra la perdita della disponibilità* (illegittimità iniziale) e *il decreto di esproprio* (legittimità finale) e *il normale indennizzo per l'esproprio dopo il legittimo esproprio*.

2. *La prima svolta: Cass. Sez. Un., n° 1464/1983: tesi dell'illecito istantaneo a effetti permanenti e prescrizione quinquennale dell'azione di risarcimento.*

Viene attribuito a Cass. Sez. UN. N. 1464/1983 il merito di avere individuato con precisione le coordinate che hanno condizionato lo sviluppo dell'istituto dell'occupazione appropriativa. Questa decisione degli ermellini, infatti – come autorevolmente definito<sup>19</sup> - ha operato “una traslazione copernicana del diritto di proprietà”, riconducendo alla “radicale trasformazione del fondo irreversibilmente destinato all'opera pubblica”, l'acquisto a titolo originario della proprietà da parte della PA” e, insieme, l'insorgere del privato al risarcimento del danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà.

Va dunque attribuito alla decisione delle Sezioni Unite del lontano 1983 il merito (o, se si preferisce, la responsabilità) di aver conferito all'occupazione *sine titulo* i caratteri di autonomo istituto giuridico.

Tali caratteri, così come sono stati postulati dalla dottrina a seguire, sono tre:

---

<sup>19</sup> Leone G. Marotta A., L'occupazione illegittima, in Trattato di diritto amministrativo, 575 e ss.

- del suolo privato – tale è quando implichi la sua realizzazione nell'opera pubblica – si traduce in un illecito istantaneo che comporta l'estinzione del diritto di proprietà e la contestuale acquisizione a titolo originario dello stesso da parte dell'Ente pubblico che ha eseguito la trasformazione;
- b) Tale vicenda – *al tempo stesso estintiva e acquisitiva* – è fonte di una obbligazione risarcitoria da parte della PA e in favore del privato per la perdita del suo diritto dominicale;
- c) Infine, il provvedimento d'esproprio emesso dopo la consumazione dell'illecito è *tamquam non esset* e assolutamente privo di effetti giuridici (per la già avvenuta acquisizione dell'immobile nel patrimonio pubblico: e dunque è il *fatto* della irreversibile trasformazione del bene a essere fonte dell'obbligazione risarcitoria – altrimenti, saremmo in presenza di una obbligazione da atto lecito fonte di indennizzo)

La sentenza del 1983, senza mezzi termini, risolve(va) il conflitto fra espropriato e espropriante a favore del primo, attribuendo alla condotta illecita l'effetto estintivo-acquisitivo tipico di un modo di acquisto della proprietà.

Nella valutazione degli interessi in gioco è come se l'opera pubblica fosse più importante del suolo, al punto che non è più la proprietà del manufatto a accedere alla proprietà del suolo (*quod aedificatur solo cedit*), ma l'opposto: la proprietà privata del suolo a accedere alla proprietà pubblica della costruzione. Con ciò rovesciando il principio scritto nell'art. 934 cod. civ. (si cominciò a parlare per questo di accessione invertita) e applicando analogicamente il disposto dell'art. 938 cod. civ. (in base al quale "se nella costruzione di un edificio si occupa in buona fede una porzione del fondo attiguo, e il proprietario di questo non fa opposizione entro tre mesi dal giorno in cui ebbe inizio la costruzione, l'autorità giudiziaria, tenuto conto delle circostanze, può attribuire al costruttore la proprietà dell'edificio e del suolo occupato. Il costruttore è tenuto a pagare al

oppio del valore della superficie occupata, oltre il

Questa ricostruzione, alquanto ardata, è stata fortemente osteggiata dalla quasi unanime dottrina<sup>20</sup>.

Le censure mosse sono state varie e così sintetizzabili.

Anzitutto, s'è fatto notare che l'ordinamento, attraverso la Costituzione (art. 42 C.) e il codice civile (art. 832 c.c.) garantisce la proprietà privata mediante apposite azioni petitorie *erga omnes*, e dunque anche contro la pa. Conseguentemente, fuori dei limiti costituzionali e codicistici, l'azione espropriativa della pa, quando illegittima e – in questo caso – illecita ancor prima che illegittima, viola d'un colpo livelli di regolamentazione normativa: primaria e secondaria.

In secondo luogo, anche il riferimento all'applicazione analogica dell'art. 938 cod. civ. è improprio secondo le regole ermeneutiche scritte nelle disposizioni preliminari, laddove – come sembra, il carattere della norma in questione è derogatorio del principio dell'accessione scritto nell'art. 934 c.c.; e dunque eccezione non suscettibile di applicazione analogica.

In terzo luogo, attraverso una presunzione assoluta che non ammette il contrario (*iuris et de iure*), dalla qualità di soggetto occupante discende l'impossibilità per l'interprete di distinguere tra attività di diritto pubblico e privato da parte della pa, sicchè ogni attività di quest'ultima diventa per definizione pubblica.

---

<sup>20</sup> Comporti, Dalla occupazione illegittima di immobili da parte della pubblica amministrazione alla occupazione appropriativa, in Riv. Giur. Ed. 1985, II, 3 e ss.; Oriani R., Occupazione d'urgenza, costruzione d'opera pubblica, decreto di espropriazione "tardivo", tutela giurisdizionale del proprietario, contributo ad uno studio interdisciplinare, prime impressioni sulla cosiddetta occupazione appropriativa da parte della p.a., in Foro It. 1983, I, 626 e ss.; Carotenuto G., L'opera pubblica su suolo privato. Una decisione che lascia perplessi, in Giust. Civ. 1983, I, 1741 e ss; Mastrocinque R., Il potere e il diritto, in Giust. Civ., 1983, III, 1737 e ss; Pallottino M., Occupazione illecita di un fondo e realizzazione dell'opera pubblica: acquisto istantaneo della proprietà da parte dell'amministrazione, in Riv. Amm. 1983, III, 737 e ss.; Paternò G., L'illecito della p.a. come modo di acquisto della proprietà, in Rass. Giur. Enel, 1983, 30 e ss; Castelli Avolio Annunziata M., Brevi note sugli aspetti pubblicistici della decisione in tema di danni da occupazione illegittima, in Gius. Civ. 1983, I, 1740 e ss; Cesaroni V., Prime puntualizzazioni in tema di occupazione illecita ed effetti appropriativi da parte della pa, in Riv. Amm., 1984, 67 e ss.; Cacciavillani I., Occupazione di urgenza, occupazione acquisitiva e tutela del possesso nei confronti della PA, in Giust. Civ., 1984, 2829 E SS.; Di Prisco N., Accessione invertita ed estinzione della proprietà, in Dir. E Giust. 1983, 943 e ss.; Gambaro A., Osservazioni a Sezioni Unite civile 16 febbraio 1983, n. 1464, in Resp. Civ. 1983, 408

mancate voci favorevoli<sup>21</sup>, le quali hanno fatto principalmente leva sul dato della “irreversibile trasformazione del bene”. Si dice cioè che in seguito all’occupazione e alla trasformazione del suolo, questo non è più lo stesso (o meglio non è più) e, pertanto, non può essere restituito nella sua integrità, di guisa che “l’occupazione appropriativa è soltanto una conseguenza logico-giuridica del fatto che il compendio suolo7opera pubblica, una volta realizzato, costituisce un nuovo bene immobile nel quale le singole cose che entrano in combinazione, durante la combinazione stessa, perdono strutturalmente la loro identità; e rappresenta dunque lo strumento del quale il legislatore si avvale per garantire (almeno - *NdR*) anche l’unità funzionale...”<sup>22</sup>. V’è infine un argomento forte a sostegno della tesi, tutto incentrato sull’impossibilità del risarcimento in forma specifica e sulla necessità del ristoro per equivalente economico, considerato che la restituzione di una o più frazioni espropriate renderebbe *tamquam non scripta* la disposizione dell’art. 2933 c.c. che vieta la distruzione di qualunque cosa, quando ciò sia – come in questo caso – di pregiudizio all’economia nazionale.

In buona sostanza: la radicale trasformazione del fondo irreversibilmente destinato all’opera pubblica comporta l’acquisto a titolo originario del bene privato e contestualmente concreta un *illicito istantaneo a effetti permanenti* (non già illecito permanente). Ciò comporta l’impossibilità di un’adozione tardiva del decreto di espropriazione, da considerarsi nullo per impossibilità dell’oggetto, essendo il bene già in proprietà della pa (per il fatto dell’irreversibile trasformazione in sé). Il risarcimento decorre dalla data della irreversibile trasformazione e la prescrizione della relativa azione sarà quinquennale come ogni azione ex art. 2043 cod.civ.

---

<sup>21</sup> Marotta V., Espropriazione per pubblica utilità ed aspetti problematici della tutela di proprietà, in Cons. Sato, 1984, II, 342.

<sup>22</sup> Conti R. , L’occupazione acquisitiva, Giuffrè, 21 e ss.

conferma del fatto illecito.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte tornano sull'argomento il 10 giugno 1988, confermando e precisando il loro precedente orientamento. Il fenomeno dell'occupazione invertita è così caratterizzato da tre circostanze: 1) dichiarazione di pubblica utilità dell'opera quale suo indefettibile punto di partenza (dato che in mancanza non ci sarebbe accessione invertita, ma diritto del privato alla *restituito in integrum*); 2) realizzazione dell'opera medesima quale suo indefettibile punto di arrivo; 3) inserimento tra questi due poli di una deviazione dal modello di comportamento dettato dalle leggi in materia, con conseguente illecito. Peraltro, l'illiceità del comportamento della pa non implica che non possano derivare effetti privativi della proprietà. L'acquisto del bene da parte della pa va infatti correlato non direttamente all'illecito, ma all'ultimazione dell'opera che, nell'illecito trova semplicemente la sua occasione (*post hoc*, non già *propter hoc*). Conferma tale ricostruzione la vicenda dell'occupazione d'urgenza: ben può essere che l'ultimazione dell'opera e la conseguenziale trasformazione del bene privato si sia verificata durante il periodo di occupazione legittima e che l'illegittimità si verifichi successivamente per la mancata emissione del decreto espropriativo.

4. *L'art. 3 legge n° 458/1988: l'espressa conferma del fatto illecito.*

A tale punto dell'evoluzione giurisprudenziale interviene il legislatore, che riconosce il risarcimento del danno nel caso di provvedimento espropriativo dichiarato illegittimo riguardante *l'edilizia residenziale pubblica agevolata o convenzionata*. Si tratta di un vero e proprio riconoscimento legislativo dell'occupazione appropriativa, che però pone diversi problemi<sup>23</sup>, sia per la

<sup>23</sup> Baldi Lazzari, in Nuove Leggi Civ. Comm., nn. 5-8/1990, 931; Cavallaro, Pandolfo, in Corriere Giur., n° 3/1993, 338; Galli R., Corso di diritto amministrativo, Cedam, 1994, 634-643

ia per il manifesto atecnicismo della disposizione,  
sia per l'ingloriosa limitazione dell'ambito applicativo.

Sotto il primo profilo, la legge si occupa solo dell'edilizia residenziale pubblica, accantonando tutto il restante settore dell'edilizia pubblica.

Inoltre, è contestabile l'elencazione fatta dal legislatore di «edilizia residenziale pubblica agevolata o convenzionata», dato che la nozione di edilizia residenziale pubblica è normalmente ritenuta come *genus* rispetto alle tre differenti *species* di edilizia sovvenzionata, convenzionata, o agevolata. Pertanto: se ci si vuole riferire all'intera materia, o ci si limita a parlare di edilizia residenziale pubblica senza specificazioni di sorta, oppure si cita il *genus* di edilizia residenziale e lo si specifica con tutte e tre le *species*; se invece ci si vuole riferire a solo parte della materia, si citano tra i tre settori quelli interessati.

Incongruo è invece fare come ha fatto il legislatore, affiancando alla nozione generale di edilizia residenziale pubblica solo due delle tre sottospecie. Anche l'edilizia sovvenzionata deve infatti essere ricompresa nell'ambito dell'edilizia pubblica.

Sotto il secondo profilo, la disposizione in parola è formulata in modo palesemente *atecnico*.

La norma si riferisce ad un «provvedimento espropriativo dichiarato illegittimo»: in realtà, da un lato si è in presenza di una pronuncia di carattere costitutivo, trattandosi di annullamento; dall'altro, una volta annullato il decreto di esproprio l'occupazione diviene illecita e non illegittima. Secondariamente, superflua è l'esclusione della retrocessione, che non può qui venire in rilievo.

Da ultimo, non convince l'estensione del risarcimento del danno anche alle somme dovute «alla svalutazione monetaria ed alle altre somme di cui all'art. 1224, 2° c.c.». Trattandosi di risarcimento danno e di tipica obbligazione di *valore*, la svalutazione monetaria è per definizione compresa ed anche le ulteriori somme di cui all'art. 1224 paiono difficilmente definibili rispetto ad un'obbligazione originariamente pecuniaria.



zione della previsione legislativa alle sole ipotesi di annullamento del decreto di espropriazione ha costretto la Corte costituzionale ad intervenire con la sentenza additiva n. 486/1991.

Infatti, l'istituto giurisprudenziale dell'accessione invertita riguarda non solo le ipotesi di annullamento del decreto di espropriazione, ma indiscutibilmente anche le ipotesi di occupazione illegittima originaria (per mancanza del decreto di occupazione) o sopravvenuta (perché protratta oltre i termini). Pertanto, la Corte ha esteso l'applicabilità anche alle ipotesi in cui manchi del tutto il provvedimento espropriativo.

5. *La seconda svolta: Cass., sezione I, n° 10979/1992: negazione della validità generale della legge n° 458/1988, diritto al controvalore e prescrizione decennale.*

L'art. 3 della legge n° 458/1988 parla espressamente di *risarcimento del danno*, e sembra pertanto sancire la natura aquiliana dell'illecito comportamento della pa, con la conseguente prescrizione quinquennale dell'azione del privato.

Non è stata però di questo avviso la sentenza della Sezione I della Cassazione, n. 10979/1992.

Venne infatti argomentato<sup>24</sup> che la norma in commento è *ius singulare*, inutilizzabile quindi in via generale.

Si chiarisce che la legge altro non fa che estendere l'istituto dell'occupazione invertita ad un fattispecie (quella delle opere di edilizia agevolata e convenzionata) che ne sarebbe, secondo i principi generali, esclusa. Manca infatti in tale ipotesi sia l'irreversibile destinazione del suolo privato a parte integrante di un'opera pubblica (potendo definirsi tale solo un bene demaniale o patrimoniale indisponibile) sia l'appartenenza a un soggetto pubblico.

Pertanto, il legislatore non avrebbe voluto stabilire il fondamento dell'accessione invertita, né arrestare il complesso lavoro giurisprudenziale per la più esatta

<sup>24</sup> Fantigrossi, Guida normativa, 13/6/1995, n° 109, 30; Di Benedetto, Diritto amministrativo, 1996, 618-634

La pa avrebbe voluto semplicemente mettere al riparo l'attività agevolata e convenzionata. Questa infatti, non rientrando nella ricostruzione giurisprudenziale dell'occupazione espropriativa, non avrebbe potuto evitare l'effetto restitutorio in mancanza del decreto d'esproprio o di accertata illegittimità di esso.

Nessuna cristallizzazione normativa dell'istituto, scrivono i giudici di piazza Cavour, ma semplice estensione dell'istituto stesso a settori che nell'elaborazione giurisprudenziale ne rimanevano esclusi.

Tutto ciò premesso e risultando quindi la tesi del risarcimento danni non vincolante ai fini dell'accessione invertita, la prima sezione aderisce a quell'orientamento minoritario che vede nella prestazione della pa un *diritto di credito al controvalore del bene perduto* azionabile da parte del privato. Si tratta di un filone giurisprudenziale che trae spunto da un *obiter dictum* di Cass., n° 7519/1985, poi approfondito dal Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche con la sentenza n° 36/1989 e dalle sentenze della prima sezione della Cassazione nn° 6209/1990, 7210/1990, 7952/1991, 12432/1991 e, appunto, 10979/1992.

Viene sostenuto che l'acquisto originario in favore della pubblica amministrazione dell'immobile sul quale essa abbia costruito un'opera pubblica, in conformità alla dichiarazione di pubblica utilità, ma in assenza di un tempestivo provvedimento espropriativo, importa il sorgere per il privato proprietario di un diritto di credito al controvalore del bene al momento in cui è questo è stato acquistato dalla pa. Tale diritto, ovviamente, è soggetto all'ordinario termine decennale di prescrizione.

La prima sezione arriva a questa conclusione argomentando dalla distinzione tra *occupazione* e *acquisto*.

Solo l'occupazione, e quindi il possesso, può essere valutato in termini di liceità/illiceità, distinguendo tra «occupazione legittima» e «occupazione *sine titulo*».

ce, non può essere tradotta sul momento traslativo della proprietà del bene privato, acquisito dalla pa a seguito della irreversibile trasformazione.

Se allora la radicale trasformazione del bene esula dall'ambito del fatto illecito della pa che è fonte dell'azione risarcitoria, consegue che l'acquisto *a titolo originario* del suolo da parte della pa, è fonte per la stessa pa di un'obbligazione *variae causarum figurae*: si tratta di un' *obbligazione al pagamento del controvalore*, che diverge tanto dal contratto quanto dal fatto illecito.

L'acquisto da parte della pa del bene privato avviene come conseguenza dell'effettiva realizzazione dell'opera pubblica in conformità della dichiarazione di pubblica utilità, e non del mero spossessamento. Lo spossessamento è un mero antecedente storico, non la *causa* dell'acquisto della proprietà da parte della pa (*post hoc, non propter hoc*), in quanto a determinare l'acquisto è solo l'irreversibile trasformazione del bene privato e la sua destinazione a bene demaniale in conformità con la persistente dichiarazione di pubblica utilità.

6. *La terza svolta: Cass. Sez. Un. n° 12546/1992: ritorno alla tesi del fatto illecito e prescrizione quinquennale.*

Dopo poco più di un mese, nel novembre del 1992, la Cassazione ritorna sul problema, questa volta con la sentenza n° 12546/1992 delle Sezioni Unite. Tale sentenza conferma l'orientamento del 1983 e del 1988, conseguentemente supera la ricostruzione adottata dalla prima sezione il mese precedente e è poi seguita dalla conforme Cass. n° 12146/1995.

Viene infatti ribadita la natura illecita del comportamento della pa e la prescrizione quinquennale dell'azione del privato.

Nel caso di occupazione illegittima per totale mancanza del provvedimento autorizzativo e per decorso dei termini in relazione ai quali l'occupazione si configura come legittima, la radicale trasformazione del fondo con l'irreversibile

ica comporta l'estinzione del diritto di proprietà del privato e la contestuale acquisizione a titolo originario del suolo in capo all'ente costruttore.

Si ha quindi un fatto illecito che abilita il privato a chiedere, nel termine prescrizione di cinque anni dal momento della trasformazione del fondo, la condanna a risarcire il danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà, mediante la rivalutazione per l'eventuale diminuzione del potere di acquisto della moneta fino al giorno della liquidazione.

Ritiene infatti il Supremo Collegio che l'assunto sostenuto dalla prima sezione poggi sull'implicito presupposto che la disciplina dell'occupazione acquisitiva possa essere la stessa che il codice civile stabilisce a proposito del conflitto insorto tra privati. Non è invece possibile considerare la pa alla stregua di qualsiasi privato che costruisca su fondo altrui. Occorre porre l'accento non tanto sulla circostanza che il ben irreversibilmente trasformato venga acquisito dalla pa, quanto piuttosto sull'*impossibilità che un bene pubblico possa permanere in mano ai privati*: è proprio questo infatti che determina il prevalere dell'amministrazione nel conflitto col privato proprietario. Ciò equivale a riconoscere la stretta correlazione tra dichiarazione di pubblica utilità, acquisto a titolo originario e illecito della pa..., a onta delle artificiose distinzioni tra occupazione e acquisto.

D'altra parte, non si può nemmeno dire che la presenza di un illecito alla base di una fattispecie acquisitiva sia una novità assoluta per il nostro ordinamento positivo. Si pensi, a titolo di esempio, all'acquisto del secondo acquirente primo trascrivente nelle ipotesi di doppia alienazione immobiliare: in tal caso non si richiede affatto la buona fede, essendo sufficiente la priorità della trascrizione.

Nonostante l'intuizione giurisprudenziale e la conferma legislativa della già citata legge n. 458/1983, sull'istituto permangono dubbi da parte di alcuna dottrina che segnala, in particolare, cinque ordini di perplessità<sup>25</sup>.

Innanzitutto, viene travista la funzione dell'accessione quale era stata individuata dal diritto romano, non più discendente (dal fabbricato al suolo), ma ascendente (dal suolo al fabbricato).

In secondo luogo, si finisce col introdurre un nuovo modo di espropriazione della proprietà privata, in violazione dell'art. 42 Cost. e della riserva di legge ivi dettata. Inoltre, si deroga al principio del numero chiuso dei diritti reali, non solo rispetto alla tipicità del loro contenuto, ma pure alla esclusività della loro fonte.

Quarto: si creano dubbi non facilmente superabili in concreto, non essendo precisato con sufficiente chiarezza quando si verifica quella trasformazione irreversibile da cui consegue l'acquisto della proprietà.

Infine, la cosa più singolare è che da un fatto illecito come quello compiuto dalla pa (assenza del decreto espropriativo o decorrenza dei suoi termini) deriva un vantaggio per l'autore dell'illecito.

8. *La pronuncia della Corte costituzionale (n. 188/1995): conferma della legittimità costituzionale e superamento della costruzione di accessione invertita a favore di quella di occupazione acquisitiva.*

La Corte costituzionale ha peraltro negato l'illegittimità dell'istituto con la sentenza n° 188/1995.

La Consulta si sofferma in particolare sull'ultima censura vista, operando una diversa interpretazione e distinguendo due fasi nella fattispecie: l'illecito

---

<sup>25</sup> Carbone V., in *Corriere Giur.*, n° 2/1996, 135; Salvago, in *Corriere Giur.*, n° 2/1996, p. 178; Volpe, in *Corriere Giur.*, n° 10/1996, p. 1163

È il presupposto dell'acquisizione, bensì solamente il presupposto di una nuova situazione di fatto.

È allora dalla nuova situazione di fatto che ha origine l'acquisto da parte della PA del bene: l'illecito estingue il diritto di proprietà, ma l'acquisto è successivo. Altro è la condotta, *in negativo*, di occupazione e irreversibile manipolazione del suolo; altro è la condotta, *in positivo*, di acquisizione dell'opera di pubblica utilità su di esso costruita a vantaggio dell'ente pubblico, l'acquisto della proprietà è allora *non propter, sed post illicitum*.

La motivazione di Corte cost. n° 188/1995 deve poi portare a concludere come l'istituto in parola non può più essere configurato come accessione invertita, ma piuttosto come «occupazione appropriativa».

Infatti, il diritto di proprietà del privato non è attratto dall'opera, non accede all'opera come se si trattasse di una situazione inversa a quella dell'accessione. Il diritto di proprietà del privato si estingue, viene «nullificato», e ciò che passa alla PA è un diritto nuovo e diverso rispetto al precedente del privato.

#### 9. *L'occupazione usurpativa.*

L'occupazione usurpativa è anch'essa un istituto di creazione giurisprudenziale, elaborato dalla Cassazione a partire dal 1997 (Cass. civ. 16 luglio 1997, n° 1615), per differenziarla dall'occupazione acquisitiva.

Si ha occupazione usurpativa quando la PA procede all'occupazione di un fondo per la realizzazione di un'opera pubblica in presenza di tre presupposti di fatto e di diritto: a) in assenza *tout court* della dichiarazione di pubblica utilità; b) quando la dichiarazione di pubblica utilità, inizialmente resa, sia stata poi annullata; c) in caso di sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità per inutile decorso dei termini previsti per l'esecuzione dell'opera.

In tali casi, assente il necessario collegamento funzionale tra la dichiarazione di pubblica utilità (anche se implicita) e la realizzazione dell'opera pubblica,

zione in essere un'attività materiale integrante un  
mezzo extraccontrattuale permanente.

In sostanza, l'occupazione usurpativa dà luogo ad una situazione di *carezza di potere in concreto* della PA che agisce a fini espropriativi, mancando il formale riconoscimento, da parte dell'autorità competente, dell'utilità dell'opera.

A fronte di un'attività totalmente illegale della PA non si produce infatti l'effetto traslativo, e il proprietario originario potendo quindi scegliere tra i normali rimedi petitori e possessori a difesa della proprietà e la proposizione del rimedio risarcitorio.

La proposizione della richiesta di risarcimento del danno reca tuttavia seco l'implicita rinuncia al diritto di proprietà (cfr., Cons. Stato, Sez. IV, n° 2280/2002).

La realizzazione dell'opera dà luogo dunque unicamente al diritto al risarcimento del danno; l'effetto acquisitivo, in quanto subordinato alla opzione abdicativa del privato, rimane estraneo alla logica che presiede alla acquisizione del bene nel caso di occupazione appropriativa.

In ipotesi di occupazione usurpativa, il risarcimento del danno deve consistere nel *valore venale* del bene, «stante l'inapplicabilità a tale tipo di occupazione, in relazione al suo carattere abusivo, della l. 359 del 1992, art. 5-bis, comma 7-bis, da riferirsi esclusivamente alla *occupazione appropriativa*, intendo il richiamo alle *occupazioni illegittime* di suoli per causa di pubblica utilità esprimere un collegamento teleologico con le finalità perseguite a mezzo della procedura espropriativa» (Cass. civ., Sez. I, n° 2207/2007).

In tale fattispecie, inoltre, non si pone un problema di prescrizione, permanendo il diritto di proprietà in capo al privato.

10. *Le decisioni della Corte di Cassazione dal 1999 al 2002: conferma della tesi dell'illecito contrattuale.*



*Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

o della Corte costituzionale, anche la Cassazione ha  
avuto modo di tornare a pronunciarsi sul tema, confermando la strada ormai  
pacifica della natura di illecito extracontrattuale del comportamento della pa,  
trattandosi in particolare di illecito istantaneo di natura permanente, con  
conseguente prescrizione quinquennale dell'azione risarcitoria del privato (cfr,  
Cass. nn° 9055/1999; 5512/2000; 12617/2000; 13881/2001; 12650/2002).



## LA QUANTIFICAZIONE DELL'INDENNIZZO DA OCCUPAZIONE E IL RAPPORTO CON L'INDENNIZZO DA ESPROPRIAZIONE

1. Il periodo fino al 1992. 2. L'iter legislativo in ordine al *quantum debeatur* a titolo di indennizzo nel caso di espropriazione. 3. L'art. 5-bis della D.P.R. n° 359/1992 (cd Legge Amato) e le pronunce della Corte costituzionale, sempre in merito alla quantificazione dell'indennizzo da espropriazione. 4. Il procedimento per la quantificazione dell'indennizzo da espropriazione. 5. L'indennità per l'occupazione d'urgenza. 6. La legge Amato e la quantificazione dell'indennizzo da occupazione appropriativa. 7. L'art. 1, comma 65 legge n° 549/1995 (cd legge finanziaria del 1996). 8. L'incostituzionalità della legge finanziaria del 1996. 9. L'art. 3, comma 65 legge n° 662/1996 (cd legge finanziaria del 1997). 10. La bocciatura dell'istituto da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

### 1. Il periodo fino al 1992.

Prima del 1992, in caso sia di occupazione appropriativa sia di espropriazione, si aveva un indennizzo della medesima entità.

In breve: presupposto di legittimità del decreto di esproprio è il pagamento dell'indennità o il deposito della stessa nelle forme previste dalla legge, che costituiscono un'ipotesi di indennizzo per responsabilità da atto lecito. Non si ha invece indennizzo in caso di *attività conformativa* della pa e per questo è importante distinguere l'*ablazione* dalla *conformazione*, che è il potere della pa di connotare giuridicamente il diritto di proprietà, contemperando le esigenze proprietarie con quelle dell'interesse pubblico generale. Manca infatti, nell'esercizio del potere conformativo, l'aspetto acquisitivo e si ha poi una necessaria incidenza su categorie omogenee di beni: sul piano descrittivo può sembrare che la conformazione privi di qualche cosa, ma il punto è che ciò vale per tutti quelle che sono in una certa situazione e non solo per determinati

ablatori hanno un aspetto appropriativo oltre che  
privativo e investono i propri beni.

Dopo una lunga e complessa evoluzione, la giurisprudenza aveva infatti finito  
per richiamare il «giusto prezzo in una libera contrattazione» e di cui alla legge n°  
2359/1865 come l'indennizzo dovuto a seguito dell'esproprio.

## 2. *L'iter legislativo in ordine al quantum debeatur a titolo di indennizzo nel caso di espropriazione.*

Detto che a Costituzione si limita a richiedere la necessità dell'indennizzo,  
rimandando alla legge la sua quantificazione, va evidenziato come sia stato  
articolato e complesso l'iter normativo relativo all'indennità di esproprio.

L'art. 39, legge n° 2359/1865 (legge fondamentale sulle espropriazioni) parla di  
«giusto prezzo», ovverosia *valore venale del bene*.

L'art. 13, legge 2892/1885 (legge sul risanamento di Napoli, emanata dopo  
un'epidemia di colera e finalizzata a demolire vecchi edifici per poi provvedere  
alla loro ricostruzione) parla di «media aritmetica tra valore commerciale e  
somma dei fitti dell'ultimo decennio o, in mancanza, del valore catastale». Si ha  
così una drastica riduzione dell'indennizzo, con una soluzione che sarà poi, anni  
dopo, il modello ispiratore della (famosa) legge Amato.

Dal 1889 segue un'estensione dei criteri della legge Napoli anche ad altre  
espropriazioni.

L'art. 37 legge n° 1150/1942 (cd legge Urbanistica) torna ai criteri di indennizzo  
pieno della legge base.

Le leggi nn° 865/1971 e 10 /1977 (cd legge Bucalossi) riducono di nuovo  
l'indennizzo, riferendosi al «valore agricolo medio»: la prima riguarda solo le  
espropriazioni di competenza regionale e comunale, mentre la seconda estende  
il criterio anche alle espropriazioni di competenza statale.

stituzionale investita del problema, con una storica pronuncia (n° 3700) dichiarata incostituzionale l'indennizzo di tali due leggi, poiché inidoneo ad assicurare l'adeguato ristoro dell'art. 42, comma 3m Cost.

Per capire tale pronuncia, occorre però partire dalla tematica dello *ius aedificandi*. Se si ritiene che lo *ius aedificandi* non inerisca alla proprietà, allora la scelta del valore agricolo appare logica: derivando la possibilità di edificare da una concessione, l'esproprio deve essere indennizzato col valore agricolo del terreno e non con quello edificabile (per mancanza appunto della cd «vocazione edificatoria»). Se invece si ritiene, come pare preferibile secondo la pronuncia della Consulta, che lo *ius aedificandi* inerisca al diritto di proprietà, allora la commisurazione secondo il valore agricolo del terreno è illogica e, quindi «sostanzialmente ingiusta» (in quanto il diritto dominicale o è pieno, o non è; e se è pieno deve comprendere anche il diritto del proprietario di edificare sul suolo – di qui la nuova figura dell'autorizzazione a costruire, in luogo della vecchia concessione edilizia, giacché mentre la concessione è la rimozione imposta di un limite negativo alle facoltà dei privati, l'autorizzazione, al contrario, è l'imposizione di un limite positivo alle stesse).

L'indennizzo deve dunque essere riferito, secondo i giudici delle leggi, al valore del bene in relazione alle sue caratteristiche essenziali e alla sua destinazione economica, perché diversamente non rappresenterebbe un serio ristoro.

La c. legge tampone n° 385/1980 mira – dopo l'intervento della Consulta, appunto a ripristinare i criteri di calcolo simili a quelli dichiarati incostituzionali e la Consulta, con nuova decisione n° 223/1983, dichiara incostituzionale anche la legge tampone.

Secondo i principi generali, nel vuoto legislativo di settore, la giurisprudenza applica la normativa generale della legge fondamentale, in pratica «resuscitando» i vecchi criteri di indennizzo pieno che erano stati *derogati, ma non abrogati*, dalle successive disposizioni dichiarate poi illegittime. Tali criteri però ovviamente risultano molto onerosi per la pa espropriante.

)/1992 (cd legge Amato) ha in seguito fornito i nuovi  
criteri, con la soluzione del «doppio binario».

Per le aree agricole e per quelle comunque non edificabili in assenza di possibilità legale o effettiva, si utilizza il valore agricolo medio di cui alla legge n. 865/71.

Per le aree edificabili, invece, si utilizza il criterio della legge Napoli opportunamente riadattato: ci si riferisce alla semisomma del valore venale e del reddito dominicale rivalutato, ridotta poi del 40%; per chi invece addiviene alla *cessione volontaria*, la riduzione non si applica (l'indennizzo si aggira così sul 33% del valore venale del bene; o sul 56% se si opera la cessione).

Le aree edificate sono invece fuori del campo applicativo dell'art. 5-bis e per esse si applica il valore venale del bene ex art. 39 l. 2359/1865 (cfr., Cass. nn° 4038/2001; 6718/1998; 5064/1998; 1113/1997; 12036/1995).

Posto che l'art. 5-bis parla di «possibilità legali ed effettive» di edificazione, si discute sul concetto di *edificabilità di fatto*, e quindi sull'ambito applicativo, ai fini risarcitori, della categoria di area edificabile.

Per una tesi, detta della *alternatività*, l'edificabilità di fatto è un concetto che si aggiunge a quella di diritto: le aree a edificabilità di fatto (si parla a riguardo di «vocazione naturale edificatoria») hanno lo stesso prezzo espropriativo delle aree edificabili di diritto. Usando infatti la congiunzione «ed» tra gli aggettivi «legale» ed «effettive», il legislatore avrebbe inteso riferirsi in senso disgiuntivo sia alle une che alle altre (cfr., Cass. nn° 1200/1998; 774/1998; 9242/1997; 11220/1992; CdS, Ad. Pl. Parere n 68/1996).

Secondo una diversa ricostruzione, detta della *cumulatività*, invece, l'edificabilità deve essere di fatto e di diritto, non di fatto o di diritto, dato che il terzo comma parla di «possibilità legali ed effettive» di edificazione. Pertanto, le aree edificabili solo di diritto ma non di fatto – ai fini espropriativi - sono parificate a quelle agricole: si tratta di quelle aree in cui vi è la possibilità legale di costruire (perché il regime giuridico del terreno, anteriormente all'imposizione del

sentiva), ma non la possibilità effettiva di farlo (per esempio, per le caratteristiche morfologiche del terreno, per la sua estensione o per altri elementi di fatto) (cfr., Cass. nn° 4179/2000; 13040/1999; 8826/1998; 259/1998; 5111/1997 e Cass. Sez. Un. 11037/1996).

Infine, per una terza tesi, detta della *prevalenza*, ai fini risarcitori, deve essere sancito il primato dell'edificabilità legale, ed è pertanto sufficiente che l'edificabilità sia prevista dallo strumento urbanistico ai fini dell'applicazione del criterio della semisomma. Mentre la così detta edificabilità di fatto rileverebbe solo in via suppletiva, in carenza di una regolamentazione legale dell'assetto urbanistico ovvero in via complementare e integrativa agli effetti della determinazione del concreto valore di mercato dell'area. (cfr. Cass. nn° 8702/1998; 8570/1998; 8434/1998; 2272/1999; 4300/1999; 7874/2000; 8035/2000; 9683/2000; 12408/2000). Quest'ultima tesi, già in precedenza maggioritaria, ha ricevuto poi l'avallo delle Sezioni Unite con la sentenza n° 175/2001, ed è poi stata ulteriormente confermata da Cass. n° 6473/2003.

Senza anticipare il contenuto della parte terza del presente lavoro, si consideri che i descritti criteri legislativi in tema di esproprio, sostanzialmente punitivi per i proprietari, non trovano riscontro negli altri Paesi europei, ben più decisi nel tutelare *i diritti degli espropriati*. Infatti, in Germania e in Francia, il privato non solo ha diritto a un indennizzo pari al valore venale del bene, ma può anche optare per il risarcimento in forma specifica mediante l'ottenimento di un *immobile sostitutivo*. In Inghilterra si ha comunque diritto al valore venale del bene e solo in Spagna la situazione è simile alla nostra.

3. *L'art. 5-bis della D.P.R. n° 359/1992 (cd Legge Amato) e le pronunce della Corte costituzionale, sempre in merito alla quantificazione dell'indennizzo da espropriazione.*

La nuova normativa ha dato luogo a una serie di eccezioni di costituzionalità, che la Corte ha sempre respinto, con la sola eccezione dell'accoglimento di

transitoria (cfr., Corte cost. nn° 283/1993; 414/1993;

In primo luogo, Corte cost. n° 282/1993 (confermata poi da Corte cost. n° 414/1993) ha negato l'illegittimità della quantificazione dell'indennizzo.

Se è vero che fin dagli anni Sessanta la Corte aveva chiarito che l'indennizzo di cui all'art. 42, comma 3, Cost. non deve necessariamente assicurare una «integrale riparazione» ed essere esattamente commisurato al valore venale del bene, è altrettanto vero che la stessa Corte ha sempre negato la legittimità di una indennità meramente «simbolica od irrisoria» e ha concluso per la mediana necessità di un «ristoro serio e adeguato».

Contrariamente alla opinione di parte della dottrina<sup>26</sup>, la Corte ha comunque ritenuto che un indennizzo di fatto poco superiore al 30% del valore venale del bene potesse soddisfare questi requisiti.

La dottrina ha evidenziato come la motivazione suscita perplessità laddove ritiene che il criterio di calcolo sia legittimo semplicemente perché non prescinde del tutto dal valore venale del bene (come invece era accaduto con le leggi nn. 865/1971 e 10/1977), che pertanto non si cade in una valutazione del tutto astratte sganciata dalle caratteristiche essenziali del bene abitato e che quindi ogni criterio di calcolo «mediato» dal valore venale del bene risulta accettabile.

In realtà sarebbe necessario chiarire qual è la proporzione minima che deve comunque mantenere il valore venale del bene nel criterio di computo dell'indennizzo, al fine di non violare l'art. 42, comma 2 Cost. Ma soprattutto suscita perplessità la motivazione laddove spiega che l'indennizzo deve essere rapportato alla «sfavorevole congiuntura economica», alle «esigenze della finanza pubblica», al «contesto dell'attuale situazione economica»: trattandosi infatti di una serie di preoccupazioni collegate a motivazioni politiche e finanziarie e non certo giuridiche.

<sup>26</sup> Contra, Galli R., Corso di diritto amministrativo, Cedam, 1994, 634-643

to per il privato è che la Corte, insistendo sugli aspetti economici congiunturali collegati alla forte diminuzione dei parametri di esproprio, ha sottolineato il carattere dichiaratamente temporaneo della normativa. Per questo pare possibile ipotizzare la riproposizione del problema in futuro, se il provvisorio dovesse, come poi è accaduto, tradursi in definitivo. In secondo luogo la Corte, con la decisione n° 442/1993, ha negato la disparità di trattamento a favore dei suoli agricoli rispetto a quelli edificatori e la decisione n° 442/1994 ha negato la disparità di trattamento tra espropriazione e accessione e invertita.

Già con le sentenze n° 442/93 e n° 283/93, la Consulta aveva negato l'incostituzionalità del meccanismo punitivo per chi non acconsente alla cessione volontaria, pur se la questione era stata però rigettata per l'irrelevanza della decisione nel caso concreto. Successivamente, peraltro, proprio per evitare dubbi di legittimità costituzionale, la maggioritaria giurisprudenza ha reinterpretato la norma in modo più favorevole all'espropriato: solo l'opposizione a una stima giusta comporta la riduzione del 40%, mentre l'opposizione a una stima ingiusta, perché incongrua o addirittura irrisoria, esclude tale abbattimento.

Anche per tali motivi, nuovamente reinvestita della questione, la Corte ha definitivamente negato profili di illegittimità della norma, nella parte in cui non dispone l'applicabilità della riduzione del 40% dell'indennità di esproprio nel caso in cui, all'esito del giudizio di opposizione alla stima, l'indennità offerta dall'espropriante risulti inferiore a quella dovuta: da un lato, infatti, gli eventuali abusi delle autorità amministrative nella determinazione dell'indennità di esproprio non possono influire sulla legittimità della norma; dall'altro, la giurisprudenza ha comunque trovato «una pluralità di risposte, la cui concreta praticabilità rientra nelle scelte di tutela delle parti e nelle esclusive valutazioni interpretative dei giudici chiamati ad applicare le norme relative» (Corte cost., nn° 262/2000; 300/2000).

quell'orientamento che ritiene di poter escludere la  
accertazione del 10% a seguito di un'opposizione ad una stima incongrua e  
molto distante dal valore poi giudizialmente accertato (cfr., Cass. nn° 2940/1998;  
2271/1999; 10797/1999; 12176/1999; 12353/1999; 13945/1999; 1997/2000;  
12436/2000; 12939/2000; 3833/2001; 6538/2001; 5727/2002)

Corte cost. n° 283/1993 ha negato l'illegittimità del sesto e del settimo comma,  
che consentono l'applicazione retroattiva della disciplina.

L'irretroattività è infatti un principio costituzionale solo in ambito penale,  
mentre in ambito civile la regola tendenziale dell'art. 11 disp. att. cod. civ. ben  
può essere derogata dal legislatore ordinario, sempre salvo il parametro della  
ragionevolezza.

Nel caso specifico, la retroattività non è nemmeno configgente col principio di  
ragionevolezza, dato che dopo le pronunce di incostituzionalità nn° 5/1980 e  
223/1983, si versava in una situazione di carenza normativa colmata dalla  
giurisprudenza col ricorso alla legge fondamentale.

Corte cost. n° 261/1997 ha ritenuto non illegittimo il criterio del così detto  
«doppio binario».

Si era infatti dubitato della correttezza di parificare con un'unica moneta  
risarcitoria una serie di situazioni tra loro disomogenee e accomunate nell'unica  
categoria della non edificabilità. Si pensi per esempio al maggior valore che  
hanno terreni non edificabili, ma adatta alla ricezione commerciale all'aperto, al  
campeggio, al posteggio, alla collocazione di edicole per vendite, allo  
sfruttamento industriale.

Risponde la Corte che è ben vero che il legislatore avrebbe potuto ulteriormente  
partire in tre o quattro categorie, dato che la scelta della bipartizione non è  
costituzionalmente necessitata, ma la bipartizione stessa non appare comunque  
irragionevole o arbitraria e pertanto non è censurabile.

L'unica questione di legittimità, accolta da Corte cost. n° 283/1993, riguarda  
allora la disciplina transitoria: viene così dichiarata illegittima la norma ove non



espropriati al momento dell'entrata in vigore della legge e nei confronti dei quali l'indennità non è ancora divenuta incontestabile, hanno diritto di accettare l'indennità con esclusione della riduzione del 40% posta dalla legge stessa.

Per tali soggetti, infatti, al momento dell'espropriazione era prevista dalla legge la corresponsione pari al valore venale del bene, mentre la legge Amato riduce tale somma di due terzi e preclude addirittura la possibilità di evitare un ulteriore abbattimento percentuale.

#### 4. *Il procedimento per la quantificazione dell'indennizzo da espropriazione.*

Il complesso *iter* relativo alla quantificazione dell'indennizzo inizia con l'offerta dell'espropriante, pubblicata nel foglio annunci legale della provincia e affissa albo pretorio, che può essere accettata o meno del privato interessato. Se l'espropriato non accetta, deve limitarsi a un diniego, poiché è l'espropriante che deve attivarsi e far determinare il prezzo da un'autorità amministrativa terza, individuata dalle singole leggi speciali di solito in una commissione provinciale. La decisione della commissione può essere accettata dalle parti, con conseguente termine della procedura.

In caso contrario, ciascuna parte può impugnarla (in assenza di decisione espressa si può ovviamente impugnare il silenzio, secondo i principi generali) con il così detto «giudizio di opposizione alla stima» e normalmente le leggi speciali prevedono l'impugnazione avanti la Corte d'Appello territorialmente competente.

Si noti che la contestazione dell'indennità di esproprio costituisce una controversia autonoma e diversa rispetto a quella eventualmente pendente avanti al giudice amministrativo e volta a contestare la legittimità degli atti della procedura espropriativa.

impugnata, la procedura non si blocca e la pubblica amministrazione deve depositare la somma (che comincia così a produrre interessi) presso la Cassa depositi e prestiti, o in taluni casi eccezionali presso istituti di credito.

Interessante è la tematica relativa all'eventuale rivalutazione della maggior somma che la pa deve consegnare all'espropriato a seguito della decisione della Corte d'Appello, se la decisione è più vantaggiosa di quella della Commissione. Una prima tesi sostiene che non si ha rivalutazione, avendo la pa depositato quanto aveva disposto la Commissione. Una seconda tesi dice invece che la somma va rivalutata, avendo la pa pagato meno di quanto si è poi accertato successivamente dovesse pagare (cfr., Cass. nn° 5940/2000 e 10797/1999). La tesi mediana dice che la rivalutazione va calcolata con decorrenza però non dall'esproprio, ma dall'impugnativa, perché da quel momento i diritti tornavano a essere disponibili (cfr., Cass., Sez. Un., n° 4669/1991 e Cass. n° 2097/1996).

##### 5. *L'indennità per l'occupazione d'urgenza.*

Stante il visto legame tra espropriazione e occupazione d'urgenza, particolarmente complesso è stato l'iter normativo anche relativamente alla commisurazione dell'indennità di occupazione.

L'art. 72 legge n° 2359/1865, nel regolare il procedimento per la determinazione dell'indennità, rinvia alle disposizioni in tema di espropriazione, che si è visto riferirsi al valore venale del bene.

In mancanza di una formula positivamente individuata dal legislatore, la giurisprudenza aveva così optato per commisurare l'indennità di occupazione alla percentuale corrispondente all'interesse legale dell'indennità di espropriazione per ogni anno di occupazione del fondo e cioè all'interesse legale sul valore venale del bene. La base del calcolo utilizzante il valore venale del

è nel caso l'indennità di occupazione fosse stata commisurata a criteri più restrittivi (per esempio, legge Napoli).

L'art. 20 legge 865/1971 calcola invece l'indennità di occupazione nella percentuale di un dodicesimo (cioè 8,33% annuo) sull'indennità di esproprio. La stessa legge poi, ancora l'indennità di esproprio al valore agricolo – e non venale – del bene.

Corte cost. n° 5/80 dichiara incostituzionali i criteri di calcolo dell'espropriazione dettati dalla legge 865/1971 per i terreni edificabili.

In giurisprudenza prevale così l'orientamento secondo il quale anche il calcolo dell'indennità di occupazione per i terreni edificabili sia irrimediabilmente vanificato, essendo venuto a mancare uno dei termini necessari per il suo calcolo (e cioè l'indennità di esproprio). Pertanto, la giurisprudenza ritiene di continuare a calcolare l'indennità di occupazione per i terreni agricoli ai sensi della legge 865/71; e di tornare a calcolare l'indennità di occupazione per i terreni edificabili, ai sensi della legge fondamentale (n° 2359/1865), in percentuale sul valore venale del bene, utilizzando come parametro gli interessi legali annui (tesi maggioritaria) o il coefficiente del 8.33 % annuo (tesi minoritaria).

È poi intervenuta la legge Amato n° 359/92, che all'art. 5-bis ha ricalcolato l'indennità di esproprio con parametri molto meno favorevoli rispetto a quelli del valore venale del bene.

Una tesi isolata riteneva che il parametro sul quale calcolare l'indennità di occupazione fosse quello dell'art. 5-bis: interessi legali sulla nuova indennità di espropriazione (cfr., Cass. n. 1014/1995). La maggioritaria tesi contraria, sposata anche dalle Sezioni Unite, utilizzava invece come parametro il valore venale del bene: l'art. 5-bis non può essere utilizzato né direttamente né in via analogica per il calcolo dell'indennità di occupazione, regolando esclusivamente l'indennità di esproprio. Il calcolo deve quindi continuare ad essere fatto con gli

venale del bene (cfr. , Cass., Sez. Un. n°6223/1996 e Cass. Sez. Un. n° 3662/1997).

Con un netto *revirement*, Cass. Sez. Un. n° 483/1998 (confermata poi da Cass. nn° 4620/1998; 5471/1998; 6040/1998 e da Cass. Sez. Un. n°27/1999) smentisce la posizione delle Sezioni Unite di due anni prima e opta per la scelta fino ad allora minoritaria: l'indennità di occupazione deve essere calcolata con gli interessi legali annui sul valore d'esproprio (che va inteso con il solo sistema della semisomma, senza la riduzione del 40%) e non sul valore venale.

La prima motivazione utilizzata si fonda sul dato letterale, posto che l'art. 72 legge n° 2359/1865, con la tecnica del rinvio, disegna l'indennità di occupazione come riflesso di quella d'esproprio.

La seconda motivazione si fonda invece su un dato logico, posto che si è detto come l'occupazione d'urgenza abbia ormai perso la propria autonomia e sia diventato un sub procedimento dell'espropriazione: pertanto, l'omogeneità funzionale delle due indennità deve portare anche all'omogeneità della base del loro calcolo.

La terza motivazione è di carattere normativo. Posto che l'art. 20 legge n° 865/71 stabiliva che l'indennità di occupazione doveva essere fissata in una percentuale di quella d'esproprio e, d'altronde, la dichiarazione d'incostituzionalità inerisce non già al collegamento tra le due indennità, bensì esclusivamente alle concrete modalità di determinazione del valore dell'immobile ai fini dell'indennità espropriativa.

Da ultimo, tale ricostruzione è l'unica che possa evitare un'interpretazione illegittima del comma 7-bis dell'art. 5-bis della legge Amato: posto infatti che l'occupazione illegittima ex comma 7-bis viene compensata con riferimento al valore espropriativo (semisomma valore venale e agricolo aumentata del 10%), l'occupazione legittima non può che essere anch'essa compensata con riferimento al valore venale, si avrebbe il paradosso di un incentivo alla pa a

no, perché per essa meno costoso e quindi più

Tale posizione delle Sezioni Unite ha suscitato almeno una forte perplessità, dato che si finisce col dare portata generale a una norma nata come temporanea, infatti, la stessa Corte cost. n° 283/1993 aveva salvato la norma sul presupposto che solo le «esigenze della finanza pubblica» per la «particolare congiuntura economica nella quale si inserisce la legge emanata avente carattere dichiaratamente temporaneo» potevano giustificare la legittimità della norma stessa. Invece, applicando analogicamente tale articolo, si finisce per dare ai parametri dettati in tema di esproprio portata non più eccezionale, ma generale, da estendersi anche all'indennità di occupazione.

Ciò nonostante, dopo alcuni pronunciamenti discordi, la giurisprudenza successiva sembra si sia adeguata alla nuova pronuncia.

Infatti, non hanno trovato seguito quelle iniziali posizioni (Cass. nn° 4658/1997; 5718/1997 e 7023/1997) che tentavano di ribadire l'inapplicabilità diretta o analogica ai fini della determinazione dell'indennità di occupazione dei parametri di cui all'art. 5-bis, sul presupposto che tale norma fosse eccezionale e non applicabile quindi analogicamente.

Se, peraltro, alla temporanea perdita del possesso del suolo per effetto dell'occupazione legittima segue la restituzione del bene (invece che l'espropriazione) l'indennità per tale temporanea perdita del possesso è commisurata all'interesse legale sul valore venale del bene, non già sull'indennità espropriativa (Cass. Se. Un. 499/2000).

Per quanto concerne invece la decorrenza della indennità di occupazione, essa va calcolata dalla data del decreto che dispone l'occupazione stessa, non già dall'effettiva immissione dell'occupante nel possesso del bene (Cass. nn° 14011/2002; 5990/1999; 11158/1998; 6921/1997; 113/1997)

ione dell'indennizzo da occupazione appropriativa.

Detto della quantificazione dell'indennizzo da espropriazione formale, vediamo ora lo stesso fenomeno calato sull'esproprio sostanziale.

La legge Amato, come abbiamo visto, assegna(va) all'espropriato la semisomma tra il valore venale e il reddito dominicale del bene, e cioè una somma pari a circa il 60% del valore venale del bene nel caso di cessione volontaria; ovvero la semisomma diminuita del 40%, e cioè una somma pari a circa il 35% del valore venale de bene in assenza di cessione volontaria.

Nell'occupazione appropriativa, la somma corrisponde invece sempre al valore venale del bene, sia che la si ricostruisca in termini di risarcimento per danni extracontrattuali, sia che la si veda come controprestazione.

Pertanto, da un lato il privato compensa la perdita delle garanzie procedurali con un vantaggio economico, dall'altro la pa subisce un deterrente al fine di non commettere una condotta *contra legem*. La Corte costituzionale, con la decisione n° 442/93 nega disparità di trattamento proprio per la *diversità del presupposto* e la differenza di fattispecie: in un caso la pa agisce *secundum legem*, nell'altro caso pone in essere un comportamento illecito.

Conclusivamente quindi il privato che ha subito un illecito ha diritto al pieno ristoro e la pa che agisce illecitamente subisce conseguenze più gravose della pa che agisce lecitamente.

7. *L'art. 1, comma 65 legge n° 549/1995 (cd legge finanziaria del 1996).*

Gl'art. 1, comma 65 l. n° 549/1995, cd legge finanziaria 1996 modifica invece il comma 6 dell'art. 5-bis della legge Amato, in modo tale da applicare all'occupazione appropriativa i criteri indennitari dell'esproprio.

«parificazione verso il basso» tra espropriazione e occupazione. Il che ha posto diversi problemi, sia a sotto il profilo giuridico, sia sotto il profilo pratico, sia sotto il profilo logico.

Sotto il profilo giuridico, si è correttamente domandato se è costituzionalmente legittima questa parificazione tra espropriazione formale e sostanziale, addirittura della seconda verso la prima.

Sotto il profilo pratico, risulta poi difficile capire perché la pa dovrebbe seguire l'iter legittimo, e non quello illegittimo, se nulla cambia a livello di indennizzo.

Infine, sotto il profilo logico, non è chiaro se nell'accessione invertita sia abbia o meno diritto alla riduzione del 40% stabilita per la cessione volontaria.

#### 8. *L'incostituzionalità della legge finanziaria del 1996.*

Immediatamente la questione di costituzionalità della norma venne rimessa alla Corte costituzionale da moltissimi giudici *a quo*.

Sotto un primo profilo, si censura la violazione dell'art 3 Cost.: si ha infatti l'equiparazione di situazione disomogenee, visto che in un caso la pa si comporta legittimamente e nell'altro illecitamente e che era stata la stessa Consulta a riconoscere la diversità tra le due fattispecie.

In particolare, la disparità di trattamento per i proprietari che hanno subito l'accessione invertita è quadruplici: verso coloro che subiscono l'occupazione appropriativa ex art. 3 l. 458/88 (che hanno un maggior risarcimento); verso i danneggiati da altro tipo di illecito (che pure hanno un maggior risarcimento); verso i proprietari dei suoli agricoli (che hanno anch'essi un maggior risarcimento); verso infine i proprietari ritualmente espropriati (che hanno lo stesso risarcimento ma con le garanzie procedurali).

Da ultimo, si ha violazione dell'art. 97 Cost., incentivando la pa a un comportamento *contra legem*.

6 la Corte costituzionale dichiara illegittimo l'art. 1 comma 60 n. 1147 della Legge 1975 nella parte in cui applica i criteri introdotti per la determinazione dell'indennizzo espropriativo anche alla liquidazione del danno in favore del proprietario colpito da accessione invertita.

Viene dichiarata la violazione del principio di uguaglianza, stante la radicale diversità strutturale e funzionale delle obbligazioni da esproprio e da accessione invertita. Infatti: dall'esproprio discende un indennizzo per un atto legittimo, indennizzo che deve costituire il punto di equilibrio tra interesse pubblico alla realizzazione dell'opera ed interesse del privato alla conservazione del bene; dall'occupazione appropriativa deriva invece un risarcimento danni da atto illecito, che deve realizzare il diverso equilibrio tra l'interesse pubblico al mantenimento dell'opera già realizzata e la reazione dell'ordinamento alla tutela della legalità violata. Pertanto, la parificazione del *quantum* risarcitorio sbilancia eccessivamente il contemperamento dei contrapposti interessi, troppo a favore di quelle pubblico rispetto a quello privato.

Inoltre, viene anche vulnerato l'art. 42, 2° Cost.

Poiché la Consulta conferma che eccezionalmente il legislatore può porre dei limiti alla integralità della riparazione del danno da fatto illecito, non è esclusa la possibilità per il legislatore in futuro di ridurre il risarcimento del danno da occupazione appropriativa al di sotto del valore venale del bene.

In sostanza, la Corte non dice che il risarcimento del danno da occupazione appropriativa deve essere integrale, ma rileva solamente che la misura statuita dall'articolo in questione non garantisce un adeguato equilibrio degli interessi in gioco.

Pertanto si evince che un adeguato equilibrio di tali interessi il legislatore può trovarlo al di sopra della misura individuata nell'articolo censurato, pure se al di sotto del valore venale.

Occorre infatti tenere conto della peculiarità di una situazione che muove dalla dichiarazione di pubblica utilità di un'opera e dalla sua effettiva realizzazione.



Recependo i suggerimenti della corte l'art. 3, comma 65 legge n° 662/1996 – cd legge finanziaria 1997 – prevede per le occupazioni illegittime antecedenti al 30 settembre 1996 il ristoro dell'espropriazione senza la riduzione del 40% e con la maggiorazione del 10%.

Ha chiarito la giurisprudenza che tale criterio di liquidazione va riferito ai terreni edificabili, non anche a quelli agricoli, i quali vanno quindi liquidati secondo il valore di mercato (cfr., Cass. nn° 4038/2001; 9683/2000; 4838/2000; 8075/1997 – *contra*, Cass. n° 6912/1997), o quelli edificati (Cass. n. 11911/1998).

Per quanto riguarda le espropriazioni illegittime successive alla data 30 settembre 1996, in attesa della sistemazione e del riordino della materia che sarebbe giunto di lì a poco, apparve ragionevole e giuridicamente corretto il ritorno del risarcimento secondo il valore venale del bene.

#### 10. La bocciatura dell'istituto da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

L'intero meccanismo giurisprudenziale dell'occupazione acquisitiva, così come sopra descritto, ebbe però a essere completamente rivisto a seguito di due importantissime sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 30 maggio 2000.

In tale pronuncia, infatti, la CEDU ha dapprima formulato «delle riserve sulla compatibilità col principio di legalità di un meccanismo che, in generale, consente all'amministrazione di trarre beneficio da una situazione illegittima e per effetto della quale il soggetto privato si trova davanti al fatto compiuto».

Successivamente, risolvendo il caso di specie sottopostole, ha dichiarato che integra violazione dell'art. 1 del Protocollo n° 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (secondo il quale «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni»), il comportamento dello Stato italiano che aveva ottenuto



**PDF Complete**

*Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features](#)

...pio dell'accessione invertita, il terreno di un albergo  
...a Monte Argentario, ed ha dichiarato che integra violazione dell'art. 1 del  
protocollo n° 1 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, la previsione  
che il risarcimento del danno non venga corrisposto in via automatica, ma debba  
essere richiesto dall'interessato nel termine di prescrizione di cinque anni dal  
completamento dell'opera pubblica).

La decisione impose ai giudici italiani un ripensamento e una nuova riflessione  
su tale istituto e ne verrà data contezza nella terza parte del presente lavoro.

L'OCCUPAZIONE PROVVEDIMENTALE (art. 43 D.P.R. 327/2001)

1. L'art. 43 come prodotto delle sentenze Belvedere e Carbonara della Corte EDU. 2. *Ratio* della formulazione normativa. 3. Gli elementi costitutivi della fattispecie. 4. Il *quantum* risarcitorio. 5. La decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 29 aprile 2005, n° 2. 6. La posizione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

1. *L'art. 43 come prodotto delle sentenze Belvedere e Carbonara della Corte EDU*

Fu dunque la riconosciuta contrarietà dell'istituto al Protocollo n° 1 alla Convenzione europea sui diritti dell'Uomo a dare un'improvvisa accelerazione al problema «occupazioni illegittime», facendo presagire l'inizio del declino di un istituto di origine pretoria che solo il deprecabile andazzo dell'azione amministrativa aveva reso tollerabile e giustificabile.

Ancora una volta fu autorevolmente reclamato un intervento chiarificatore da parte del legislatore, rilevandosi che il rimedio più consono sarebbe stato quello di prevedere la restituzione del fondo da parte dello Stato, accompagnata dal risarcimento del danno per mancato godimento temporaneo e che, in assenza di siffatto intervento, sarebbe toccato alla giurisprudenza un ravvedimento operoso almeno sulle occupazioni di aree edificabili successive al 30 settembre 1996 per le quali era venuta a mancare ogni regola applicativa.

Prima ancora che la dottrina potesse cogliere le effettive refluenze delle decisioni sovranazionali sul diritto vivente interno, il Governo decideva quindi di mettere mano all'*affaire* «occupazione illegittima».

Ciò fece all'interno del T.U. sull'espropriazione (D.P.R. 327/2001), avvalendosi della delega conferitagli dall'art. 7, comma 2 della legge n° 50/1999 e che lo abilitava al potere di riordino delle norme concernenti l'urbanistica e l'espropriazione mediante l'emanazione di testi unici riguardanti materie e

identi, in un unico contesto e con le opportune  
e disposizioni legislative e regolamentari.

È dunque in un contesto di riordino normativo delle procedure espropriative e delle altre procedure connesse, giusta l'ulteriore delega conferita al Governo dall'art. 1, comma 4 lett. f) della legge n° 340/2000 modificativa del n° 18 all'allegato n° 1 della legge n° 59/1997, che il legislatore delegato, avvalendosi dello schema di testo unico *delegato* all'Adunanza Generale, introduce l'art. 43 sotto la rubrica "Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico".

## 2. Ratio della formulazione normativa.

Nel tentativo di adeguarsi ai principi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che escludono la configurabilità di un'espropriazione *indiretta* o *sostanziale* in assenza di un idoneo titolo legale, il legislatore del Testo Unico (*id est*: D.P.R. 327/2001 – cd Testo Unico Espropriazioni) ha disciplinato la cd. *occupazione provvedimentoale* o *acquisizione sanante*.

All'occupazione acquisitiva e a quella usurpativa, il legislatore sostituisce dunque l'occupazione provvedimentoale, con la quale si attribuisce alla p.a. il potere discrezionale di acquisire in sanatoria, con atto ablativo formale, la proprietà delle aree occupate nell'interesse pubblico in carenza di titolo, escludendo così che una simile acquisizione possa avvenire in via di mero fatto.

Ai sensi del comma 1 dell'art. 43 legge cit., infatti, la p.a. che utilizzi un'area in assenza di titolo valido ed efficace, può acquisirla al suo patrimonio indisponibile adottando apposito provvedimento previa valutazione degli interessi in conflitto.

È stato rilevato, tuttavia, come ai fini dell'acquisizione assuma centralità la *utilizzazione* dell'area piuttosto che la sua occupazione da parte della p.a. che adotta il provvedimento sanante, diversamente dall'ipotesi contemplata nel

si l'atto acquisitivo che consegue all'intervento del giudice è adottato dalla *pa* occupante. A tale rilievo si è però replicato che la *ratio* sottesa alla norma in esame, ovvero quella di avversare la prassi delle occupazioni illegittime, preclude che il meccanismo dell'acquisizione sanante possa essere attivato da un *pa* che non abbia instaurato alcuna fisica aderenza con il bene immobile oggetto del provvedimento acquisitivo.

L'art. 43 affida, altresì, alla *pa* una potestà valutativa di tipo discrezionale, sindacabile in sede giurisdizionale, avente ad oggetto la restituzione dell'area ovvero la sua acquisizione sanante.

Nella ponderazione degli interessi in gioco, la *pa* può stabilire di restituire il bene al privato ovvero acquisirlo al proprio patrimonio indisponibile; in quest'ultimo caso è tenuta al risarcimento del danno.

L'effetto traslativo quindi non è più connesso al *fatto* della trasformazione irreversibile dell'area, ma all'*atto* con cui – previa valutazione comparativa degli interessi antagonisti – la *pa* dispone l'acquisizione.

Ai fini della pubblicità delle vicende traslative, l'art. 43, comma 2 lett. f) impone di procedere «senza indugio» alla trascrizione dell'atto di acquisto presso l'ufficio dei registri immobiliari territorialmente competente.

Con l'occupazione provvedimento viene, in definitiva, legalizzata l'espropriazione sostanziale effettuata in mancanza di un titolo ablativo.

Rispetto al passato, pertanto, non è più il privato a doversi attivare in sede giurisdizionale per ottenere il risarcimento, ma è la *pa* a dover agire in via amministrativa e offrire un ristoro al danneggiato.

L'atto di acquisizione che assorbe dichiarazione di pubblica utilità e decreto di esproprio, deve, infatti, non solo valutare la pubblica utilità dell'opera, secondo i parametri consueti, ma deve altresì tener conto del fatto che il potere acquisitivo in parola – avente, in qualche misura, valore *sanante* dell'illegittimità della procedura espropriativa, anche se, come detto, solo *ex nunc* – ha natura

né deve risolversi in una mera alternativa alla  
procedura ordinaria.

Il nuovo provvedimento deve perciò trovare la sua giustificazione nella particolare rilevanza dell'interesse pubblico posto a raffronto con l'interesse privato, attraverso una ponderazione che porti la pa a valutare le diverse possibili alternative all'adozione del provvedimento acquisitivo che, dunque, risulterà illegittimo laddove emanato pure nell'ipotesi in cui la pa avrebbe ben potuto soddisfare altrimenti l'interesse pubblico, senza cioè procedere all'apprensione del bene del privato al suo patrimonio.

### 3. *Gli elementi costitutivi della fattispecie.*

La decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 29 aprile 2005, n° 2 è veramente significativa e bisognerà darne la giusta contezza.

Secondo i giudici di Palazzo Spada, la motivazione dell'atto di acquisizione dovrà essere particolarmente esaustiva della valutazione degli interessi in conflitto, e conseguentemente più stringente e dovrà essere il sindacato giurisdizionale.

E gli stessi requisiti per l'ammissibilità del provvedimento di acquisizione dovranno essere valutati rigorosamente, dovendosi escludere, per esempio, che il provvedimento possa far leva sulla semplice utilizzabilità dell'immobile ovvero sulla sua stratta idoneità ad essere utilizzato per il soddisfacimento di un interesse generale, facendo per contro riferimento la norma all'utilizzazione in atto per un interesse pubblico specifico e concreto. Ciò che maggiormente rileva, peraltro, è che la norma individua nel provvedimento amministrativo di acquisizione – e non già in un mero fatto – l'unico titolo idoneo a costituire il diritto di proprietà in capo alla pa, prevedendo in ogni caso per il privato il diritto al ristoro integrale, cioè al risarcimento del danno senza pregiudizio per l'eventuale azione già proposta.

lo provvedimento espropriativo o dichiarativo di pubblica utilità, può quindi disporre che il bene utilizzato per scopi di pubblica utilità venga acquisito, sempre a titolo originario, al suo patrimonio indisponibile, risarcendo il danno al proprietario nella misura corrispondente al valore venale del bene al momento dell'occupazione *sine titulo*, oltre gli interessi moratori.

Prima di analizzare il contenuto della decisione del massimo consesso amministrativo, è bene circoscrivere la fattispecie.

Gli *essentialia* della fattispecie sono tre: 1) l'assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo di pubblica utilità *ab origine* o a seguito di annullamento; 2) l'utilizzazione di un bene immobile per scopi di interesse pubblico; 3) la modifica del bene. Non si pretende più l'irreversibile trasformazione, ma una semplice modifica.

Diversamente dal comma 1, che dispone l'acquisizione sanante per diretta iniziativa della pa, il comma 3 dell'art. 43 contempla una diversa ipotesi, ricorrente qualora il proprietario impugni il provvedimento acquisitivo o chieda la restituzione del bene: in siffatte ipotesi è tuttavia riconosciuta alla pa e a chi utilizza il bene la possibilità di chiedere al giudice amministrativo, in caso di fondatezza del ricorso e della domanda, di disporre la sola condanna al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella citata sentenza 29 aprile 2005, n° 2, ha chiarito che il diritto alla restituzione del bene spetta comunque al danneggiato, anche qualora si subentrata la realizzazione dell'opera in caso di assenza del provvedimento di acquisizione da parte della pa.

Sicché si è sostenuto 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'emaneazione di un (legittimo) provvedimento di acquisizione ex art. 43, in assenza del quale la pa

La realizzazione dell'opera pubblica quale causa di impossibilità oggettiva è 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 alla pa possono conseguire unicamente all'emanazione di un provvedimento formale, nel rispetto del principio di legalità e di preminenza del diritto.

Diversamente dall'ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 43, in cui l'unico atto emesso dalla pa produce l'effetto traslativo del bene e determina la misura del risarcimento del danno, nella fattispecie *de qua* ricorre una scissione tra l'atto che fissa l'importo dovuto (la sentenza) e l'atto successivo che segna il passaggio della proprietà del bene (il provvedimento di acquisizione), quest'ultimo presupponendo, dunque, la sentenza del giudice amministrativo e l'avvenuto pagamento del risarcimento.

#### 4. *Il quantum risarcitorio.*

La determinazione del *quantum debeatur*, disciplinata a regime dal comma 6 dell'art. 43 legge cit. - e dall'art. 55 in via transitoria con riferimento ai casi di occupazione acquisitiva – costituisce l'aspetto più controverso dell'istituto.

Il comma 6 prevede infatti che «salvi i casi in cui la legge altrimenti disponga», il risarcimento del danno debba essere determinato nella «misura corrispondente al valore del bene utilizzato» e, qualora trattasi di terreno edificabile, «sulla base delle disposizioni dell'art. 37, commi 3, 4, 5, 6 e 7» con l'aggiunta degli interessi moratori «a decorrere dal giorno in cui il terreno sia stato occupato senza titolo».

Il risarcimento è determinato dunque essenzialmente con riguardo al valore del bene, da valutare al momento in cui il fondo è stato occupato *sine titulo*, con l'aggiunta degli interessi moratori aventi analoga decorrenza.

Va sottolineata la salvezza di una diversa previsione di legge.



decorrenza del termine prescrizione dell'azione risarcitoria, occorre rilevare che, rispetto alla fattispecie dell'occupazione appropriativa, l'istituto di cui all'art. 43 colora l'illecito perpetrato dalla pa del carattere della permanenza, da cui discende che il proprietario dell'immobile rimane tale sino all'intervento dell'atto di acquisizione.

Sul piano processuale, ciò comporta l'abbandono dell'indirizzo giurisprudenziale che individuava nel momento dell'irreversibile trasformazione (ovvero nella scadenza dell'occupazione legittima) il *dies a quo* per la decorrenza del termine prescrizione di cinque anni per la proposizione dell'azione risarcitoria.

Diversamente, la formulazione dell'art 43 implica la coincidenza del predetto *dies a quo* con la notifica del legittimo provvedimento di acquisizione, che segna il momento in cui si produce l'effetto traslativo sull'immobile in favore della pa. In difetto della sua adozione, il passaggio di proprietà non si produce e la condotta della pa continua a configurarsi alla stregua di illecito permanente, precludendo perciò la proponibilità dell'azione risarcitoria ovvero l'individuazione del relativo *dies a quo*.

La disposizione transitoria di cui all'art. 55, comma 1 prevede che «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, ai fini della determinazione del risarcimento del danno si applicano i criteri previsti dall'art. 37, comma 1, con esclusione della riduzione del quaranta per cento e con l'incremento dell'importo nella misura del dieci per cento».

La norma, che trova applicazione «anche nei giudizi pendenti alla data del 1 gennaio 1997» (art. 55, 2)) ricalca quella già considerata dall'art. 5-bis, comma 7-bis legge Amato, da cui si discosta perché considera i casi di utilizzazione soltanto dei suoli edificabili.

Il suo ambito di operatività – tenuto conto che il dlgs. 302/2002 ha fatto venir meno le parole «o dichiarativo della pubblica utilità» che nel testo originario

provvedimento di esproprio» e considerata altresì interpretazione giurisprudenziale secondo cui la disposizione del comma 7-bis non valeva per le occupazioni usurpative – va circoscritta ai soli casi di occupazione assistita da valida dichiarazione di pubblica utilità, e non anche di occupazione *sine titulo ab initio* (benché, a rigore, anche la mancanza o l'annullamento dell'atto comportante la dichiarazione di pubblica utilità sarebbe in grado di determinare l'invalidità del decreto di esproprio)<sup>27</sup>.

5. *La decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 29 aprile 2005, n° 2.*

Muovendo dalla configurazione dell'istituto come sopra tracciata, la Plenaria 29 aprile 2005, n° 2 ha ritenuto la fattispecie dell'acquisizione cd. sanante, di cui all'art. 43, commi 1 e 2, conforme ai principi stabiliti dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo, osservando che:

- a) L'acquisito del bene avviene in virtù di un provvedimento previsto dalla legge e, soprattutto, con efficacia *ex nunc*; sanante delle pregresse illegittimità, sicché sono rispettate le esigenze di coerenza dell'ordinamento e di preminenza del diritto;
- b) Il provvedimento è sindacabile in sede giurisdizionale e l'esercizio della discrezionalità circondato da particolari cautele;
- c) È in ogni caso assicurato il diritto al risarcimento del danno;
- d) In assenza di provvedimento, la restituzione del bene non può essere impedita, se non per scelta autonoma del privato che vi rinunci (tacitamente) laddove chieda il risarcimento.

Tuttavia, in seno alla Corte EDU persistettero, rispetto all'istituto dell'occupazione provvedimentoale, le stesse censure espresse rispetto all'occupazione appropriativa.

---

<sup>27</sup> Sciuolo, La base giuridica dell'espropriazione: il vincolo preordinato all'esproprio, la dichiarazione di pubblica utilità e l'occupazione acquisitiva, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in posizione diametralmente opposta rispetto alla giurisprudenza italiana, con la sentenza del 30 maggio 2000 (*Carbonara e Ventura c. Italia e Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia*), ha ritenuto che l'istituto dell'occupazione acquisitiva violasse il principio di legalità sancito dall'art. 1, Protocollo n° 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, subendo il privato la privazione della proprietà in conseguenza un fatto illecito. Nelle note sentenze successive (*Scordino c. Italia* del 15 e 29 luglio 2004), la Corte affina il concetto, stigmatizzando l'occupazione acquisitiva laddove lascia il privato danneggiato in balia di norme non “*suffisamment accessibles, precise ed prévisibles*” e di una giurisprudenza altrettanto oscillante.

L'esigenza di regole “*suffisamment accessibles, precise ed prévisibles*” non vien, tuttavia, ritenuta soddisfatta dalla Corte di Strasburgo nemmeno attraverso l'introduzione della nuova figura dell'occupazione in sanatoria ex art. 43 D.P.R. n° 32/2001.

Presupposto dell'atto di acquisizione del bene immobile al patrimonio indisponibile dell'ente pubblico resta, infatti, secondo la CEDE, pur sempre un *fatto illecito*, non essendo peraltro garantito un giusto ristoro al danneggiato.

In definitiva, la Corte Europea, come dimostrato da tutte le pronunce successive – e di cui daremo conto nella terza parte di questo lavoro – stigmatizza *in nuce* l'istituto dell'espropriazione sostanziale, del quale l'occupazione provvedimento è ritenuta una ratifica amministrativa consentita dalla legge.

**L'ESPROPRIAZIONE SOSTANZIALE NELLA GIURISPRUDENZA**  
**DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**  
**E DELLA GRANDE CHAMBRE**

Capitolo 1

PROPRIETA', COSTITUZIONE E CONVENZIONE

Capitolo 2

CONVENZIONE E OCCUPAZIONE ACQUISITIVA

Capitolo 3

DIRITTO DI PROPRIETA':

RAPPORTI TRA C.E.D.U. E PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO COMUNITARIO

Capitolo 4

LE «SYSTEMIC VIOLATION OF HUMAN RIGHTS»

## PROPRIETA', COSTITUZIONE E CONVENZIONE

1. Carta costituzionale, proprietà e occupazioni illegittime. 2. Proprietà e diritti umani. 3. Diritti fondamentali e tutele multilivello. 4. La tutela sovranazionale del diritto di proprietà: la C.E.D.U. e il Protocollo n° 1.

### 1. *Carta costituzionale, proprietà e occupazioni illegittime.*

In un certo senso possiamo affermare che il tema dei rapporti tra Carta costituzionale, diritto di proprietà e esproprio sostanziale rappresenta il tema centrale di questo lavoro di ricerca.

Il quale *disvela*, per usare un termine caro all'epistemologia, più cose nell'intento, dichiarato e scritto, di affermarne una soltanto. È infatti veda l'interprete che, dietro la dichiarata funzione sociale del diritto di proprietà, dietro il dichiarato principio di legalità e, ancora dietro la riserva relativa di legge - che tutti insieme fasciano la materia dell'esproprio -, si cela pure il *limite* dei rapporti tra posizioni private e ordinamento giuridico.

Questo limite noi lo scorgiamo nel mancato rilievo, anche e soprattutto costituzionale, ai *fatti giuridici* come fatti produttivi del diritto o, in parole più consone, esso svela la mancata inclusione dei fatti e dei comportamenti umani tra le fonti del diritto e di produzione normativa.

Motivazione storica e appartenenza del nostro paese alla tradizione giuridica continentale; portato infine dei rapporti stretti, connessi e esistenti – da noi più che altrove - tra potestà pubblica e facoltà private: rapporto che nasce e storicamente si sviluppa nel diritto canonico e del quale il diritto amministrativo realizza la proprietà più specifica, con l'attribuzione alle *forme* degli atti del compito di regolamentare il *contenuto* (anche dei fatti).

Con queste premesse, ancora oggi la nostra giurisprudenza – ma ancora di più la nostra dottrina – incontra sacche di resistenza fortissime nel pensare che

organizzazioni internazionali non avrebbe potuto che mettere in crisi tutta l'impalcatura ordinamentale fondata sulle *forme* (e che, in un certo senso, testimonia – sia pure a distanza di oltre un secolo di storia del diritto – la sconfitta o se non altro il tramonto del *mito* della certezza del diritto). L'occupazione acquisitiva diviene dunque la cartina "tornasole" di questa crisi sistemica, perché oggi nessuno revoca più in dubbio che il diritto dominicale, nella dimensione europea, non può essere l'espressione di alcuna *fattualità* normativa.

## 2. *Proprietà e diritti umani.*

In verità, non sono mancati studi completi e approfonditi che hanno vivacemente criticato la teorica dell'occupazione appropriativa, ma si è trattato di voci erudite per lo più isolate.

Tale generalizzato silenzio potrebbe forse essere stato dettato dal fatto che, con l'avvento della Costituzione, il diritto di proprietà ha perso il proprio fondamento giusnaturalistico, per la spiegata introduzione del limite della cd. funzione sociale<sup>28</sup>.

Anzi la presenza di detto limite ha fatto addirittura ritenere che il riconoscimento della proprietà operato dalla Costituzione è funzionale, cioè *servente*, alla garanzia di alcuni valori fondamentali che trovano nella clausola generale della funzione sociale il loro pieno riconoscimento.

Tale clausola, che il legislatore costituente avrebbe volutamente ommesso di determinare, finisce così con l'assumere una valenza *polemica* verso la proprietà privata, tale da legittimare l'intervento del legislatore al fine di limitare la libertà dei proprietari e di ricondurre l'utilizzazione della proprietà privata verso modalità di godimento e finalità corrispondenti all'equità e alla giustizia sociale.

<sup>28</sup> Balassarre, Proprietà, in Enc. Giur., Roma, XXV, 10 e ss.

die virtuose avevano ipotizzato la riconduzione del

carattere dominante all'ordine dei diritti inviolabili dell'uomo<sup>29</sup>.

È nelle memorabili pagine di Aldo Maria Sandulli del 1972 che oggi rileggiamo – e ne riflettiamo la sconvolgente attualità alla luce della giurisprudenza comunitaria – del rapporto tra diritto di proprietà e diritti umani.

L'Illustre Autore, già nel 1972 dunque, rilevava come, tramontata l'era liberale fondata sul connubio "libertà-proprietà", quest'ultima non poteva più considerarsi una *integrazione* o addirittura una *proiezione* o ancora un *attributo della personalità*. Essa, infatti, a differenza di altre libertà e diritti inseriti nella Costituzione, non è stata definita come un *diritto inviolabile dell'uomo*, volendo in tal modo significare che – pur senza che ne siano intangibili, come per le altre libertà (definite fondamentali) il contenuto e la disciplina) ne viene garantita la preservazione nei confronti della stessa potestà di revisione costituzionale, sul presupposto dell'esigenza della loro simultanea e complessiva presenza nel sistema, a caratterizzarne la democraticità.

Per ulteriormente approfondire la differenza *ontologica* fra proprietà e diritti umani, Sandulli precisava inoltre che *"i diritti dell'uomo sono quelli strettamente inerenti alla persona umana, attinenti a manifestazioni dirette, a modi di essere e di operare dell'uomo come tale, mentre già nell'ordine sociale e giuridico preesistente alla costituzione repubblicana, la proprietà aveva perduto quel carattere di stretta inerenza alla persona, di attributo della stessa, che gli era stato artificiosamente annesso in passato"*.

Trovava così spiegazione, secondo l'Autore, il fatto che il diritto di proprietà non rientrava fra i diritti inviolabili a differenza, es., del diritto al lavoro, pur contenuto nello stesso titolo ("rapporti economici") e che lo stesso aveva perso per strada a formula utilizzata nello Statuto Albertino secondo la quale "tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili".

---

<sup>29</sup> A.M.Sandulli, Profili costituzionali della proprietà privata, in Riv. Trim. Dir. Proc. civ., 1972, 465 e ss.

ne, nella Costituzione, nell'ambito dei rapporti economici, della norma a tutela del diritto di proprietà, correlata al fenomeno della funzione sociale, la *rottura tra persona e diritto dominicale*.

Facile potrebbe risultare, a tale scopo, il richiamo ai lavori preparatori dell'Assemblea costituente, nel corso dei quali cadde la formulazione del diritto di proprietà nella quale veniva sancito uno stretto connubio fra libertà, proprietà e persona umana.

E ancora, prevedibile risulterebbe il richiamo alla versione finale dell'art. 42 Cost. che, frutto del disaccordo di fondo, all'interno dell'Assemblea, circa la natura della proprietà, avrebbe finito col far prevalere la volontà di specificare che il diritto di proprietà è prerogativa riconosciuta "dallo Stato" – e non dell'uomo in quanto tale – il quale può piegarne e plasmarne il contenuto in forza del perseguimento della funzione sociale.

Ma già in dottrina si è messo chiaramente in evidenza come non siano particolarmente chiari i passaggi che condussero alla versione finale dell'art. 42<sup>30</sup>.

Del resto, proprio l'esame della giurisprudenza costituzionale in ordine al contenuto dell'art. 42 Cost. ha messo in evidenza e confermato come il legislatore non abbia campo libero nel ridurre le prerogative proprietarie: come noto, il punto di arrivo di tale tendenza è rappresentato dalla decisione n° 5/1980 della Consulta allorché, affrontando il tema della inerenza dello *jus aedificandi* al diritto di proprietà, i giudici costituzionali ebbero a precisare che l'indennizzo espropriativo doveva essere riferito al valore del bene determinato *dalle sue caratteristiche essenziali e dalla destinazione economica*, perché solo in tal modo l'indennità può costituire un serio e giusto ristoro per l'espropriato. In tal modo riconoscendo un contenuto essenziale del diritto di proprietà e dunque caldeggiando espressamente il carattere fondamentale del diritto di proprietà,

<sup>30</sup> Ancora, S. Rodotà, *Il terribile diritto*, Il Mulino, 1981



### 3. Diritti fondamentali e tutele multilivello.

È stato correttamente affermato<sup>31</sup> che la posizione espressa da Sandulli riflettesse il comune sentire di un'epoca storica che non può dirsi più attuale.

Tale pensiero infatti muove dalla visione dei diritti fondamentali accentrata esclusivamente sulla Carta costituzionale, che può dirsi certamente superata per effetto della successiva influenza giocata sul tema dei diritti umani dalla legislazione comunitaria e, appunto, da quella della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani.

Bisogna invece muovere oggi dalla considerazione che il sistema di tutela del diritto di proprietà si muove, ormai da anni, su tre diversi livelli normativi: internazionale, comunitario e costituzionale.

Proprio il tema dell'occupazione acquisitiva offre all'interprete la dimostrazione che a fronte di una delimitazione precettiva di un diritto fondamentale sostanzialmente – anche se non completamente – omogenea offerta dalle disposizioni, interne, internazionali e comunitarie, è poi la diversità di tutela realmente apprestata dall'autorità giurisdizionale chiamata a fornire tutela al diritto a fare la differenza.

In tale prospettiva, il depotenziamento della giurisprudenza costituzionale – e con essa della giurisprudenza di legittimità che si è allineata alle posizioni dalla stessa fissate – è quasi un effetto necessitato, prodotto dal più profondo grado di tutela offerto dal *diritto vivente* espresso dalla Corte EDU.

In buona sostanza, un *sistema di tutela multilivello* può difficilmente sopportare la compresenza di diversi gradi di tutela in favore dei *medesimi* diritti fondamentali.

<sup>31</sup> R. Conti, L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani, Giuffrè, 2006, 159 e ss.

rottura che continuano a verificarsi nei rapporti fra  
corte interna e corte sovranazionale – alcune delle quali non si mancherà di  
evidenziare nel prosieguo – dimostrano indiscutibilmente la necessità di  
coordinare *i diritti e le Corti*, avendo peraltro chiaro come “nella misura in cui si  
afferma negli ordinamenti nazionali il principio di supremazia delle norme  
internazionali su quelle interne, almeno nella forma *pacta sunt servanda*, le  
pronunce della Corte europea finiranno con l’assumere carattere vincolante sia  
nel senso di determinare l’invalidità delle norme interne ritenute incompatibili  
con la C.E.D.U., sia nel senso di orientare in funzione della giurisprudenza della  
Corte l’interpretazione delle norme nazionali.

Il caso dell’occupazione illegittima diventa quindi esemplare per dimostrare  
potenzialità che un’indagine giudiziale avvertita può produrre sul sistema di  
riconoscimento dei diritti fondamentali.

Ciò perché “nell’ottica dell’individuo la sussidiarietà della tutela che la Corte di  
Strasburgo offre ai suoi diritti rispetto a quella prevista in sede nazionale... gli  
consente... di provocare attraverso l’istanza al giudice europeo, più che una  
revisione di orientamenti consolidati in sede nazionale, una spinta al loro  
superamento, come dimostrano le controversie sull’accessione invertita... nelle  
quali la decisione di quel giudice si è inserita in un processo evolutivo già in  
parte avviato in sede nazionale”<sup>32</sup>.

Il punto di partenza è l’esame della norma che, all’interno del Protocollo n° 1  
alla C.E.D.U., si è occupata del diritto di proprietà – con l’avvertimento espresso  
che, nella prospettiva comunitaria, i due piani (o livelli: quello nazionale e  
quello sovranazionale) tenderanno a omogeneizzarsi: questa infatti dovrebbe  
essere la chiave di lettura virtuosa auspicabile, anche alla luce della  
costituzionalizzazione della Carta dei diritti fondamentali, per effetto  
dell’adesione dell’Unione Europea alla Convenzione, voluta dal Trattato sulla  
Costituzione europea e dal Protocollo n° 14 alla C.E.D.U..

<sup>32</sup> F. Sorrentino, La tutela multilivello dei diritti, in Riv. Dir. Pubbl. Comunitario, 2005, 79

#### 1. La tutela costituzionale del diritto di proprietà: la C.E.D.U. e il Protocollo n° 1

La collocazione, all'interno del Primo protocollo alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo firmato a Parigi il 20 marzo 1952, piuttosto che nella Convenzione europea, della disposizione a tutela del diritto di proprietà – *rectius: diritto al rispetto dei beni* – rende manifesti i dubbi e le incertezze sorte all'atto di inserire in uno strumento convenzionale destinato a raccogliere i diritti civili una situazione giuridica soggettiva attinente alla sfera economica e sociale dell'individuo ed incidente sulle scelte strategiche dei Paesi aderenti, spesso impegnati in processi di nazionalizzazione particolarmente significativi<sup>33</sup>.

Va a tale riguardo ricordato che l'art. 17 della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948 riconosce ad ogni individuo il “*diritto di avere una proprietà privata sua personale o in Comune con gli altri*”, precisando poi che “*nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua proprietà*”.

Il difficile parto della disposizione dell'art. 1 Prot. n° 1 alla C.E.D.U. muove dunque dalla individuazione – in esso – di soglie di tutela superiori a quelle contenute – anche a livello costituzionale – e della relativa giurisprudenza – nelle singole legislazioni.

Il che consente nel contempo di considerare *superata* la lettura della norma richiamata secondo il - e inizialmente proposta dal - diritto vivente della Convenzione (cioè da parte della Commissione e dalla stessa Corte dei diritti umani), che ne aveva fatto una disposizione *tamquam non scripta*: infatti, i principi *evolutivo* e *di effettività* hanno consentito alla Corte di concretizzare e

---

<sup>33</sup> L. Condorelli, La proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in Riv. Dir. Internaz., 1970, 175; R. Nunun, Osservazioni sulla tutela del diritto di proprietà nel sistema della convenzione europea dei diritti dell'uomo, in Riv. Dir. Internaz., 1991, 669; M.L. Padelletti, La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Milano, 2003, 1 e ss.

dei diritti sanciti dalla C.E.D.U. in ragione  
della diversità culturale e sociale delle differenti società europee.

L'art. 1 del Primo Protocollo aggiuntivo dispone: *“Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni”*.

Il secondo paragrafo aggiunge: *“Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale”*.

È poi precisato: *“Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende”*.

Secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte dei diritti umani, questa disposizione contiene tre norme distinte.

La prima enuncia il principio del rispetto della proprietà; la seconda concerne la privazione della proprietà a determinate condizioni; la terza riconosce agli Stati contraenti il potere, tra gli altri, di regolamentare l'uso dei beni conformemente all'interesse generale.

Ora, è stato ben scritto – cfr., la sentenza *Lessaints monastères c/ Gracia* del 9 dicembre 1994, serie A n. 301-A, pa. 31, §56 – che non si tratta di regole sprovviste di rapporto tra loro. La seconda e la terza, che sono tratte da esempi particolari di violazione dei diritti di proprietà, devono interpretarsi alla luce del principio consacrato nella prima regola.

Occorre subito precisare che l'interpretazione delle espressioni contenute nell'art. 1 del Primo Protocollo aggiuntivo alla Convenzione non deve seguire l'interpretazione esistente nell'ordinamento interno: si tratta cioè di una *interpretazione autonoma*.

Con tale espressione – similmente a altre nozioni autonome all'interno della Convenzione: *“materia penale”, “pena”, “diritti e obblighi a carattere civile”,*



**PDF Complete**

Your complimentary use period has ended.  
Thank you for using PDF Complete.

[Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features](#)

ricerca del significato di un'espressione contenuta

nella Convenzione va cercata alla luce della stessa Convenzione.

Solo così, tra tutti i Paesi aderenti alla Convenzione, si può realizzare una interpretazione conforme della Convenzione stessa.

Ma accanto a tale canone esegetico, non può non sottolinearsi l'opportunità di perseguire sempre, nella lettura della disposizione, il cd. *effetto utile*, in modo da garantire che tra due possibili interpretazioni prevalga quella che dà valore ed efficacia alla disposizione piuttosto che quella rivolta a escludere ogni valenza. Ed in tale prospettiva, si coglie l'importanza decisiva dell'organo giurisdizionale chiamato a *vivificare* il contenuto di un precetto contenente norme in parte generiche ed imprecise.

## CONVENZIONE E OCCUPAZIONE ACQUISITIVA

1. Corte EDU, 30 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera c/ Italia*. 2. Corte EDU, 30 maggio 2000, *Carbonara e Ventura c/ Italia*. 3. Corte EDU, 30 ottobre 2003, *Belvedere Alberghiera c/ Italia*. 4. Corte EDU, 11 dicembre 2003, *Carbonara e Ventura c/ Italia*. 5. Corte EDU, 29 luglio 2004, *Scordino e altri c/ Italia*.

1. Corte EDU, 30 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera c/ Italia*.

Dopo avere tratteggiato, per grandi linee, le connotazioni del diritto di proprietà nella sua dimensione sovranazionale, è ora possibile passare all'esame delle vicende che hanno riguardato più direttamente l'occupazione acquisitiva.

Prima di esaminare le fondamentali decisioni del 30 maggio 2000 (*Belvedere Alberghiera e Carbonara e Ventura c/ Italia*), è utile notare l'approccio al principio di legalità di cui al citato art. 1 Prot. n. 1 alla C.E.D.U. nel diritto interno.

Il riferimento è alla decisione della Corte di Cassazione (n. 2148/2000) - in una vicenda in cui i sigg.ri Pasculli avevano reclamato l'integrale risarcimento del danno per effetto di una condotta di occupazione acquisitiva ottenendo dal giudice di merito il risarcimento ex art. 5, comma 7-bis L. Amato - ebbene, la Cassazione non aveva mostrato alcuna difficoltà a sostenere che "*occupazione appropriativa non viola la Convenzione in rapporto alla tutela del diritto di proprietà, consentendone la privazione per pubblica utilità, dato che presupposto dell'accessione è sempre l'utilità dichiarata nelle forme di legge, ed effetto di essa è una reintegrazione del danneggiato collegata ai valori di mercato del bene e maggiore della riparazione che egli riceverebbe con l'indennizzo in caso di esproprio*".

Non poteva dunque profilarsi, secondo la Corte, alcuna lesione della riserva di legge, risultando un giusto equilibrio egli interessi, "posto che il legislatore, da sempre restio ad affrontare *ex professo* la materia espropriativa, ha ritenuto di regolamentarne le conseguenze economiche".

...olineava peraltro che la Corte costituzionale aveva considerato il fenomeno espropriativo nell'ambito dell'art. 42 della Costituzione, canone che *ammette la possibilità di diversi regimi espropriativi con diverse forme di bilanciamento dei contrapposti interessi, pubblici e privati.*

Era dunque la dichiarazione di pubblica utilità, da cui indubbiamente prendeva le mosse l'occupazione appropriativa, a *scriminare l'illecito.*

Detto altrimenti, la dichiarazione di pubblica utilità è da sola sufficiente a configurare la presenza del potere in astratto della P.A. di guisa che l'eventuale irregolarità del procedimento ablatorio avrebbe dovuto tradursi in una carenza di potere in concreto che, di per sé, non rende nulla (e dunque illecita) l'occupazione del suolo privato.

Su questa impalcatura di riferimento giurisprudenziale si giunge alle famose sentenze del 30 maggio 2000.

Con riferimento alla prima (*Belvedere Alberghiera c/Italia*), la Corte di Strasburgo aveva preso le mosse da un ricorso proposto dalla Commissione dei Diritti Umani secondo l'art. 25 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti Umani e delle Libertà fondamentali in seguito all'istanza di una società italiana, la *Belvedere Alberghiera S.r.l.*, che affermava di avere subito un'ingerenza ingiustificata nel suo diritto al pacifico godimento della proprietà, in quanto il fondo di sua proprietà era stato occupato in via di urgenza dall'amministrazione comunale e irreversibilmente trasformato ancorché il TAR avesse annullato la delibera del Comune di approvazione del progetto e tutti i provvedimenti susseguenti.

La società si doleva del fatto che in sede di giudizio di ottemperanza l'amministrazione non aveva restituito il fondo, in quanto il TAR aveva stabilito che la sentenza di annullamento non poteva essere eseguita per effetto dell'occupazione acquisitiva che aveva determinato il passaggio della proprietà al Comune in seguito al completamento dei lavori di costruzione della sede stradale.

o era stata quindi confermata dalla V Sezione del Consiglio di Stato, sul presupposto che l'applicazione dell'occupazione acquisitiva non aveva implicato un diniego di giustizia e dal 7 agosto 1987 (data in cui era avvenuto il trasferimento della proprietà del suolo) era iniziato a decorrere il termine di prescrizione quinquennale per il risarcimento dei danni. L'affermazione contenuta nella sentenza *Belvedere Alberghiera* – che cioè l'occupazione perpetrata in danno della società non era un esproprio, cui mancava il pagamento di un equo indennizzo per risultare legittimo, ma una vera e propria *confisca del terreno della ricorrente da parte dello Stato cui questa non aveva potuto porre rimedio*, sembrerebbe aver indicato agli Stati la necessità di adottare sistemi di tutela del diritto dominicale che preservino le prerogative proprietarie da interventi normativi non improntati al massimo rispetto di criteri di legalità insuscettibili, come tali, di dare luogo a sanatorie.

2. *Corte EDU, 30 maggio 2000, Carbonara e Ventura c/ Italia.*

Merita maggiore approfondimento il caso *carbonara e Ventura c/Italia*, nell'esaminare il quale la Corte ripropone in modo identico alcuni passaggi argomentativi delle sentenza *Belvedere*.

Il fatto. Il Tribunale di Bari, adito dai proprietari di un fondo sito nel Comune di Noicattaro irreversibilmente trasformato per effetto della esecuzione di un'opera pubblica, non seguita da espropriazione nei termini di legge, disattendendo l'eccezione di prescrizione estintiva quinquennale proposta dall'ente convenuto, accoglieva la domanda risarcitoria.

La decisione veniva però riformata dalla Corte d'Appello sul presupposto dell'avvenuta prescrizione della pretesa risarcitoria maturatasi dal luglio 1978, posto che una delle due palestre realizzate dalla P.A. all'interno dell'edificio scolastico era stata ultimata il 28 ottobre 1972 e che era manifestamente



giustizietà costituzionale degli art. 2935 c.c e 2947 c.c  
per violazione dell'art. 117, commi 2 e 3 della Costituzione.

La Cassazione (n° 11740/1993) confermava la decisione del secondo giudice, disattendendo la censura dei proprietari i quali avevano sostenuto, in linea con un minoritario orientamento giurisprudenziale, che il diritto al controvalore del bene non era soggetto alla prescrizione quinquennale, bensì a quella ordinaria decennale<sup>34</sup>.

La Corte Europea segue un *iter* argomentativo tutto volto a porre in discussione la compatibilità dell'istituto dell'occupazione appropriativa col principio di legalità sancito nell'art. 1 Prot. n° 1 della Convenzione: in altri termini, sottolineano i giudici comunitari, in assenza di precise disposizioni normative, il diritto vivente della Cassazione aveva dato luogo ad *applicazioni contraddittorie incompatibili col principio di legalità* e che per questo non potevano dirsi rispettose dell'esigenza di principi *accessibili, precisi e prevedibili* idonei a garantire agli interessati una protezione efficace dei loro diritti.

Né poteva giustificarsi, a giudizio della Corte di Strasburgo, il sistema che consentiva alla P.A. di trarre beneficio da una situazione illegale acquistando la proprietà del bene.

Proprio le *incertezze provocate dalle decisioni giudiziarie* che si erano susseguite in ordine al momento in cui s'era verificato il trasferimento della proprietà dal privato al comune pugliese di Noicattaro, rendevano palese l'ingiustizia della decisione della Cassazione che, nel caso *Carbonara e Ventura*, aveva disatteso la richiesta risarcitoria, ritenendo che la decorrenza del diritto risarcitorio doveva essere individuata nella decisione di rigetto che aveva conclamato l'esistenza dell'acquisto ad opera della P.A., *senza considerare l'impossibilità del singolo di prevedere anticipatamente gli effetti giuridici del comportamento della P.A. occupante sul diritto di proprietà*.

<sup>34</sup> Cfr. Supra, Parte Seconda, Capitolo 1, §.5

leguato un sistema che non garantiva al proprietario il riconoscimento automatico del diritto al risarcimento del danno che, invece, poteva essere ottenuto solo dietro specifica richiesta dell'interessato.

Ed è proprio con riferimento alla decorrenza del *dies a quo prescrizione* (piuttosto che al problema della sua durata) che maggiore è lo iato tra la Corte costituzionale e il giudice europeo.

La Consulta, infatti, con argomentazione degna della migliore estetica del diritto, era giunta all'affermazione mirabile, almeno sotto il profilo ordinamentale, che la disciplina connessa all'estinzione del diritto dominicale rientrava pur sempre nella discrezionalità delle scelte legislative e che – questo il passaggio mirabile - le difficoltà di individuazione del termine prescrizione (difficoltà di mero *fatto*) non v'erano per un "soggetto dotato di ordinaria diligenza" il quale avrebbe dovuto sapere che, se la irreversibile trasformazione del suolo fosse avvenuta nell'arco temporale di legittima occupazione, allo scadere del termine sarebbe sorto il *dies a quo* dell'azione risarcitoria; mentre, se la trasformazione del suolo si fosse protratta oltre quell'arco temporale, la stessa occupazione si sarebbe qualificata come detenzione *sine titulo* e che, dunque, allo scadere dell'occupazione sarebbe sorto il diritto risarcitorio.

3. Corte EDU, 30 ottobre 2003, *Belvedere Alberghiera c/ Italia*.

Con la sentenza citata in epigrafe, il 30 ottobre 2003, la Corte di Strasburgo, dopo un supplemento istruttorio nel corso del quale venne disposta una perizia, preso atto delle difese spiegate dall'Italia, facenti leva sulle ragioni esposte dalla giurisprudenza amministrativa (CdS., Ad. Pl., 1/1996 – secondo cui l'azione risarcitoria che la società attrice aveva facoltà di proporre davanti ai giudici italiani poteva compensare la violazione lamentata), tuttavia non accolse tale prospettazione, rilevando il *carattere radicalmente illecito dello spossessamento il*

in termini astratti, il diritto alla restituito in integrum, incombente comunque allo Stato l'obbligo di realizzarla.

A tale premessa, tuttavia, la Corte faceva seguire a precisazione che se il diritto nazionale non permetteva l'eliminazione della conseguenze della violazione, essa avrebbe potuto accordare alla parte lesa una tutela diversa che fosse comunque appropriata alla violazione.

Preso atto, allora, della posizione assunta dal Governo italiano, la Corte chiariva che in difetto di restituzione del terreno, si sarebbe potuto provvedere all'indennizzo idoneo ad eliminare completamente le conseguenze dannose.

Dopo avere riconosciuto che nella prima decisione *Belvedere* si era dimostrato che l'ingerenza patita dal proprietario era correlata ad uno spossessamento illecito, il giudice di Strasburgo ha richiamato la propria giurisprudenza che impedisce di parificare, ai fini del ristoro spettante al proprietario, l'espropriazione lecita a quella illecita.

E proprio in ragione dell'intrinseca illegalità dell'impossessamento, l'indennizzo doveva necessariamente comprendere il valore pieno ed integrale dei beni e dei pregiudizi sofferti.

In questa prospettiva, la Corte ha ritenuto di dover condannare lo Stato italiano oltre al danno morale anche al ristoro del valore *attuale* del terreno, del mancato godimento del bene a far data dalla perdita di possesso dall'epoca dell'occupazione e del mancato guadagno patito nell'esercizio dell'attività di albergatore del proprietario a causa della perdita di accesso al mare per i clienti della struttura alberghiera.

Si è trattato, a ben vedere, di una condanna esemplare anche dal punto di vista dell'importo riconosciuto al proprietario.

A distanza di pochi mesi dalla seconda sentenza Belvedere, la Corte dei diritti dell'Uomo ha definito anche il procedimento di liquidazione dell'indennizzo reclamato dai sigg.ri *Carbonara e Ventura* nell'altro giudizio che aveva condotto, come visto, all'affermazione della responsabilità dello Stato italiano per violazione dell'art. 1 Prot. n° 1 alla C.E.D.U.

La decisione del 11 dicembre 2003 della Corte, anch'essa divenuta definitiva per il decorso di un trimestre senza che una delle parti abbia richiesto l'intervento della Grande Chambre alla stregua di quanto previsto dall'art. 43 C.e.d.u., nel confermare taluni principi espressi nella precedente sentenza Belvedere, rappresenta, probabilmente, il definitivo punto di non ritorno rispetto alla costruzione dell'occupazione acquisitiva, confermando quanto si era andato dicendo a proposito della condanna senza appello che la Corte dei diritti umani aveva già pronunciato con le due sentenze del maggio 2000.

Si ribadisce anzitutto la divaricazione netta tra espropriazione lecita e ablazione legittima della proprietà che, invece ancora oggi, la Cassazione appare voler dissimulare (il riferimento è a Cass. 16 maggio 2003, n° 7643 che ha escluso l'incostituzionalità dell'art. 5-bis, comma 7-bis l. Amato, introdotto dall'art. 3, comma 65 l. finanziaria 1997, nella parte in cui non estende i criteri risarcitori riduttivi ivi contemplati ai fatti di occupazione usurpativa).

La Corte, icasticamente, rileva che la condotta di occupazione acquisitiva ha integrato un'ingerenza contraria alla condizione di legalità e dunque arbitraria e che "l'atto del Governo italiano che la Corte ha ritenuto contrario alla Convenzione non era una espropriazione che sarebbe stata legittima se fosse stato pagato un indennizzo, ma un illegale impossessamento sui beni dei ricorrenti".

Non può sottacersi la stretta sintonia di tale affermazione con quella contenuta nella vicenda Belvedere, nella quale i giudici di Strasburgo, per descrivere la

no parlato di “impossessamento da parte dello Stato del terreno dell’attore, al quale questi non ha potuto rimediare” ed altrove di *impossessamento intrinsecamente illegale*, proprio a significare l’assenza di differenze ontologiche tra fatto illecito perpetrato in presenza di dichiarazione di pubblica utilità e condotta materiale usurpativa.

Viene poi confermato, in parallelo alla quasi coeva sentenza *Belevedere*, il principio che la natura della violazione constatata nella sentenza principale consente alla Corte di partire dal principio di una *restitutio in integrum*.

E dunque tra le due fattispecie (occupazione usurpativa nella sentenza *Belvedere*, acquisitiva in quella *Carbonara*), secondo la Corte, non v’è alcuna differenza sostanziale al punto che la *restituito in integrum*, ove possibile, rimane in entrambe le ipotesi lo strumento di tutela principale e più efficace.

Viene in proposito sottolineato che gli Statti contraenti sono e restano liberi di scegliere i mezzi da utilizzare per conformarsi ad una sentenza della Corte dei diritti umani che constati una violazione, tanto che l’obbligo della *restituito in integrum* può essere sostituito, ove il diritto nazionale non permette o permette in maniera imperfetta di eliminare le conseguenze della violazione, con altra misura più appropriata alla stregua di quanto previsto dall’art. 41 C.e.d.u.

In tale evenienza, peraltro, l’indennizzo da stabilire deve riflettere, secondo la Corte, l’idea di una *totale eliminazione delle conseguenze della ingerenza oggetto della lite*.

La Corte rievoca in tale occasione il caso *Papamichalopoulos* che già la dottrina aveva indicato come innovativo rispetto alla giurisprudenza di Strasburgo<sup>35</sup>, perseguendo un *iter* motivazionale sostanzialmente sovrapponibile a quello espresso nella sentenza *Belvedere* citata.

Cioè che il danno materiale sofferto dai proprietari occupati dal comune di Noicattaro non poteva limitarsi al valore che aveva la loro proprietà alla data della sua occupazione, ma doveva muovere dalla valutazione attuale del fondo

<sup>35</sup> Pirrone, Il caso *Papamichalopoulos* dinanzi alla Corte europea dei diritti dell’uomo: restituito in integrum ed equa soddisfazione, in *Riv. Dir. Inter.*, 1997, 152

successiva costruzione di edifici, fra cui la scuola realizzata sull'area precedentemente occupata.

Sulla scorta di tali premesse, la Corte ha deciso che lo Stato è tenuto a versare agli interessati il valore attuale del terreno, aumentato del plusvalore apportato dall'esistenza dell'edificio. Infatti, dalla relazione di perizia era risultato che detto terreno e la zona circostante che disponevano di una potenzialità di sviluppo urbanistico erano stati valorizzati dalla costruzione di edifici, fra cui la scuola.

Solo una comparazione dei valori, stimati dal consulente nominato dalla Corte, consente di comprendere le conseguenze devastanti per le finanze dello Stato derivate dalla condanna pronunciata dalla Corte sovranazionale.

Ed infatti, a fronte di una stima dell'area, ritenuta edificabile in assenza di strumento urbanistico all'epoca dell'occupazione, di euro 200.449 – valore rivalutato secondo gli indici Istat – la Corte ha riconosciuto ai proprietari l'importo di euro 493.906,05 pari al valore dell'area al momento della stima (in questo modo considerando sopravvenuto il piano regolatore che aveva inserito l'area tra le superficie edificabili), e l'ulteriore somma di euro 891.488,55 pari al plus valore apportato al fondo dall'esistenza di parti di un edificio (appunto la scuola realizzata dall'amministrazione comunale).

È quindi chiaro che il metodo di liquidazione dell'equo indennizzo per i fatti di occupazione acquisitiva per nulla si è discostato da quello operato nel caso *Belvedere Alberghiera* che aveva riguardato una vicenda radicalmente illecita, in quanto non assistita da dichiarazione di pubblica utilità (cd. occupazione usurpativa).

5. *Corte EDU, 29 luglio 2004, Scordino e altri c/ Italia.*

L'ultimo caso che poniamo all'attenzione di chi legge è la decisione del 29 luglio 2004 in epigrafe e che si caratterizza perché oggetto di censura da parte dei

irrisolutezza delle misure indennitarie previste dalla legislazione italiana in materia d'esproprio, soprattutto l'inefficacia – in una cornice più ampia che involge la cd. ragionevole durata dei processi - dei rimedi giustiziali posti dall'ordinamento a tutela dei diritti fondamentali.

Gli Scordino, infatti, destinatari di un decreto di espropriazione che aveva riguardato alcuni fondi aventi vocazione edificatoria, si erano visti offrire un indennizzo calcolato inizialmente sulla base del valore agricolo e, successivamente alla declaratoria di incostituzionalità (C.C. n° 5/80) della legge n° 865/1971, commisurato al valore venale del bene in forza della legge n° 2359/1865.

Deducendo l'irrisorietà della determinazione indennitaria fissata in sede amministrativa gli stessi s'erano rivolti alla Corte di Appello di Reggio Calabria che, in esito all'entrata in vigore dell'art. 5-bis l. Amato – applicabile anche ai procedimenti in corso – determinava l'ammontare dell'indennità tenendo conto della nuova disciplina normativa. La decisione era confermata, almeno in ordine al *quantum* spettante agli Scordino – dalla sentenza della Corte di Cassazione n° 12369/1998.

Con la richiesta di indennizzo avanzata dalla Legge Pinto (sulla ragionevole durata del processo), gli Scordino, lamentano appunto tale pregiudizio, si erano così rivolti nuovamente alla Corte d'Appello di Reggio Calabria, chiedendo il riconoscimento del danno patrimoniale, in ragione della differenza tra l'indennità che essi avrebbero percepito ai sensi della legge n° 2359 del 1865 e quella liquidata in base all'art. 5-bis l. cit. e del danno non patrimoniale.

La Corte d'Appello, ritenuta l'assenza di un tempo ragionevole per la definizione del giudizio, aveva tuttavia escluso l'esistenza del danno patrimoniale reclamato, liquidando invece un importo a titolo di danno non patrimoniale ritenuto incongruo dalla Corte dei diritti umani già in sede di ricevibilità del ricorso, a causa della sua palese inferiorità rispetto agli importi riconosciuti in casi simili dalla stessa Corte.

hanno adito la Corte di Strasburgo senza attendere la decisione della Cassazione sul procedimento iniziato dalla Corte di Appello, ivi lamentando la violazione dei diritti fondamentali ad un processo equo e di proprietà: artt. 6 § 1 C.E.D.U. e Prot. n. 1 alla C.E.D.U.

La Corte ha innanzi tutto riconosciuto che il procedimento interno aveva superato il limite della ragionevole durata del processo essendosi protratto – nei due gradi di giudizio – per oltre otto anni.

Dopodiché è stato affrontato l'altro aspetto del ricorso: vale a dire la lesione dell'art. 6 § 1 C.E.D.U. sollevato dagli Scordino i quali sostenevano l'ingiustizia di un'applicazione retroattiva dell'art. 5-bis l. Amato che, entrato in vigore in pendenza del procedimento incardinato innanzi alla Corte d'Appello, aveva ridotto significativamente le aspettative del proprietario ad ottenere un indennizzo parametrato al valore venale del bene secondo la disciplina normativa in vigore al momento della proposizione della domanda giudiziale.

Essi lamentavano, in particolare, una ingerenza del potere legislativo nel funzionamento del potere giudiziario che avrebbe dato luogo ad un processo iniquo in ragione della riduzione dell'indennità di oltre il 50%<sup>36</sup>.

La Corte, all'unanimità, accoglie la tesi dei proprietari, fornendo delle argomentazioni estremamente interessanti, soprattutto quando viene ritenuto che il divieto legislativo di disciplinare retroattivamente una materia civile deve affermarsi quando esso si risolva in una ingerenza nell'amministrazione della giustizia ed abbia il solo fine di influenzare la risoluzione della lite.

Sicché, malgrado la C.E.D.U. non vieti l'adozione di disposizioni ad effetto retroattivo, "il principio della preminenza del diritto e la nozione di equo processo consacrati dall'art. 6 C.E.D.U. si oppongono salvi, imperiosi motivi di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia con lo scopo d'influenzare la risoluzione giudiziaria della lite".

<sup>36</sup> Cfr., Supra, Parte Seconda, Capitolo 2 § 6





*Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

...Corte del giudice di Strasburgo, che la legge Amato sopravvenuta aveva, in corso di causa, condizionato l'esito della lite, privando i proprietari di una parte significativa dell'indennizzo che gli stessi avrebbero potuto pretendere - e che il giudice avrebbe dovuto liquidare - alla stregua della legge n° 2359/1865 (art. 39), ha quindi indotto la Corte EDU a considerare violato il principio del giusto processo scolpito dall'art. 6 § 1 C.E.D.U.

DIRITTO DI PROPRIETA':

RAPPORTI TRA C.E.D.U. E PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO COMUNITARIO

1. I diritti umani come principi generali del diritto comunitario. 2. I rapporti fra diritti fondamentali di diversa matrice (costituzionale, convenzionale e/o comunitaria). 3. La giurisprudenza comunitaria sul diritto di proprietà. 4. La Carta di Nizza e il diritto di proprietà. Il passaggio dalla Carta di Nizza al Trattato di Lisbona. 5. Il giudice nazionale come giudice dei diritti umani.

1. *I diritti umani come principi generali del diritto comunitario.*

Un'analisi sovranazionale degli strumenti di tutela offerti al diritto di proprietà non può tralasciare il richiamo, anche se solo fugace, al diritto comunitario.

È utile rammentare che i diritti sanciti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo (e dai Protocolli aggiuntivi) costituiscono *principi generali dell'ordinamento comunitario* secondo i più recenti arresti della Corte di Giustizia, e come tali idonei a prevalere, in ogni caso, sulle normative nazionali dei paesi firmatari della Convenzione, se con essi contrastanti.

Ed è altrettanto indiscutibile che, nel processo di emersione dei diritti fondamentali seguito dalla Corte di giustizia, lo strumento della Convenzione E.D.U. ha rappresentato un tassello ineludibile nella formazione dello statuto giurisdizionale dei diritti umani creato dal giudice di Lussemburgo (id est: Corte di Giustizia).

È infatti opinione consolidata quella secondo cui la Convenzione E.D.U. sia da qualificarsi come fonte *paracomunitaria* proprio a conferma del ruolo relevantissimo dalla stessa svolto nel processo di emersione dei diritti fondamentali compiuto dalla Corte di giustizia.

Cosicché i principi sviluppati da tale giurisprudenza sono stati riaffermati dal preambolo dell'Atto unico europeo, poi dall'art. F n° 2 del Trattato sull'Unione

l'art. 6 n° 2 Tr. UE, secondo cui: "L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...) e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario".

Ciò, per un verso ha consentito di attenuare il collegamento genetico dei diritti fondamentali di matrice comunitaria alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, per altro verso ha garantito alla Corte di Giustizia un significativo tasso di discrezionalità che può consentirle anche di discostarsi dall'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo (id est: Corte EDU) sui singoli diritti umani.

Il che conferma l'assoluta specificità del diritto vivente proveniente dalla Corte EDU, nel quale l'interprete ha difficoltà a muoversi se ad esso si avvicina utilizzando categorie giuridiche di tradizione interna.

Su questa premessa, può essere affrontato il delicato problema dei rapporti tra diritti fondamentali di matrice diversa, ma prima va sgomberato il campo da un ormai datato quesito che s'era posto in principio: se avrebbe potuto la Comunità Europea non aderire alla Convenzione EDU.

Oggi il quesito è, per le ragioni spiegate in apertura del paragrafo, positivamente risolto, ma è interessante notare la risposta contenuta nel parere n° 2/1994 reso dalla Corte di Giustizia della Comunità. A parere della Corte la Comunità non aveva il potere di aderire alla CEDU, determinandosi altrimenti, per effetto dell'inserimento della Comunità medesima in un sistema internazionale completo e distinto, una inammissibile modifica di rilevanza costituzionale dell'ex art. 235 Trattato CEE.

L'entrata in vigore della Trattato sulla costituzione europea ha superato il problema, ma ancor prima di tale avvento la Corte di giustizia ha sempre riconosciuto che i diritti della Convenzione EDU rivestono nell'ordinamento comunitario in *significato particolare*.

2. I rapporti tra diversi ordinamenti giuridici di diversa matrice (costituzionale, convenzionale e/o comunitaria).

Il lettore avrà così certamente compreso le difficoltà in cui versa sovente l'interprete nell'individuazione dei tratti distintivi di valori fondamentali della persona che, trovando la loro genesi in diversi ordinamenti positivi, possono anche non essere tra loro uniformi.

Ciò è il frutto di quel complesso meccanismo di circolazione di modelli giuridici *intra et extra* comunitari, per effetto dei quali i singoli ordinamenti non solo attingono dalla disciplina comunitaria, o esterna alla Comunità, nuove regole di condotta che tuttavia contribuiscono essi stessi a forgiare nella loro attuazione pratica, ma sono trasfuse e *limate* a livello comunitario e quindi a loro volta trasposte *anche in* sistemi ove erano state poste in gestazione, ma solo dopo avere subito un ulteriore processo di aggiustamento.

Da qui il manifestarsi di tematiche estremamente complesse in ordine al contenuto dei diritti fondamentali, alle fonti giuridiche dalle quali promanano, agli organi giurisdizionali titolati a determinarne in modo cogente la disciplina ed alle interferenze con altri valori non personali ritenuti a livello comunitario di carattere primario.

La sentenza *Omega* della Corte di Giustizia, resa a proposito del contenuto della dignità umana ma estensibile ad ogni altro diritto fondamentale, può dirsi antesignana rispetto ad alcune di queste tematiche, destinate a divenire ancora più cruciali con l'entrata in vigore della Costituzione europea.

La Corte di Lussemburgo s'è infatti trovata ad affrontare il problema di una eventuale diversità, contenutistica o anche solo legata alle forme di codificazione del principio, fra tutela nazionale e tutela comunitaria di un *diritto fondamentale riconosciuto* dall'ordinamento tedesco e il *principio generale comunitario* della dignità umana, materializzato dalla Corte in assenza di qualsivoglia dato

fferenza tuttavia non ha visto prevalere il contenuto comunitario del diritto che, anzi, è sembrato cedere il passo alla più ampia tutela riconosciuta dall'ordinamento interno.

Vero anche che, in passato, questioni simili affrontati dal giudice comunitario avevano dato esiti totalmente differenti, con il prevalere cioè della tutela offerta dai principi generali dell'ordinamento comunitario.

Nel caso *Schmidberger Internationale*, allorché il problema dei rapporti fra tutele dei diritti fondamentali e libertà fondamentali venne esaminato per la prima volta *expressis verbis*, il giudice comunitario aveva dovuto affrontare la vicenda relativa alla condotta di uno Stato membro che aveva consentito una manifestazione ambientalista organizzata per lamentare i rischi dell'inquinamento su un tratto nevralgico dell'autostrada del Brennero, dalla quale era derivato il blocco del traffico veicolare pesante al valico fra le frontiere di due paesi membri.

Erano quindi in gioco, per un verso, la libertà di circolazione delle merci che era rimasta vulnerata per un giorno e, per altro verso, il diritto fondamentale alla libera manifestazione del pensiero e di riunione, tutelata a livello costituzionale dall'ordinamento tedesco.

In quel contesto, l'Avvocato generale Jacobs, nelle conclusioni depositate l'11 luglio 2002, aveva rammentato che quella vicenda fosse la prima in cui uno Stato membro aveva invocato la necessità di tutelare diritti fondamentali per giustificare la restrizione ad una delle libertà fondamentali del Trattato, mostrando già allora di guardare con estrema attenzione al procedimento *Omega*, all'epoca in fase di istruzione innanzi alla Corte di Giustizia.

Il problema veniva affrontato muovendo dalla premessa che esistono numerose divergenze fra le categorie dei diritti fondamentali degli Stati membri. Dacché non poteva escludersi che uno Stato membro persegua uno scopo che, in base al diritto comunitario, deve essere considerato illegittimo. In quell'occasione, tuttavia, la Corte di giustizia non mancò di sottolineare che "neppure i diritti

... alla libertà di riunione pacifica garantiti dalla Convenzione CEDU, contrariamente ad altri diritti fondamentali sanciti dalla stessa CEDU, quali ad esempio il diritto di ciascuno alla vita ovvero il divieto di tortura o il divieto di pene o di trattamenti disumani, che non tollerano alcuna restrizione – appaiono come prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro *funzione sociale*, infine ammettendo la possibilità di restrizione all'esercizio di quei diritti in un'ottica di "bilanciamento tra gli interessi di cui si tratta" che la stessa Corte si fece carico essa stessa di operare.

Peraltro, la totale sovrapposibilità dei diritti fondamentali invocati dallo Stato membro per giustificare la restrizione a quelli riconosciuti a livello comunitario (come noto, attraverso l'acquisizione dei diritti tutelati dalla Convenzione e dalla tradizioni costituzionali dei Paesi membri), impedì alla Corte di affrontare *funditus* il problema.

In quel caso la Corte ritenne che le autorità austriache, nel consentire la manifestazione sull'autostrada del Brennero, avevano adottato ed imposto le necessarie cautele per realizzare quell'equilibrio, così escludendo che il loro comportamento fosse incompatibile con la libertà di circolazione delle merci.

In dottrina questa decisione è stata per lo più aspramente criticata.

Così, ad esempio, da Sorrentino, il quale ha ritenuto che "... siffatto potere di bilanciamento viene esercitato dal giudice in assenza di qualunque parametro normativo e costituzionale, che indichi quali diritti siano suscettibili di limitazioni ed in nome di quali altri diritti o interessi individuali e/o collettivi essi possano venir sacrificati, mentre l'affermazione che la libertà di riunione e quella di espressione debbano essere considerate alla luce della loro funzione sociale (e quindi bilanciate con una libertà economica, quale quella di circolazione delle merci), difficilmente potrebbe essere condivisa in molti ordinamenti costituzionali".

### 3. La giurisprudenza comunitaria sul diritto di proprietà.

Ad ogni modo, con specifico riferimento al diritto di proprietà, occorre muovere dall'unico dato giuridico esistente, rappresentato dall'art. 295 Tr. CE, laddove afferma l'intangibilità del "regime di proprietà esistente negli Stati membri".

Tale disposizione, *prima facie*, sembrerebbe lasciare totalmente fuori dall'ambito comunitario la tutela del diritto dominicale.

Ma così non è stato, ad eccezione di qualche opinione dissenziente, se si guarda al diritto vivente della Corte di giustizia che, nella sua quotidiana opera di individuazione dei non scritti principi generali del diritto comunitario, vi ha incluso anche il diritto di proprietà.

Essa ha così inizialmente chiarito che nell'ordinamento giuridico comunitario il diritto di proprietà «è tutelato alla stregua dei principi comuni alle Costituzioni degli Stati membri recepiti nel Protocollo addizionale Convenzione EDU» (cfr., Corte giust., 13 dicembre 1979, causa 44/79).

Nel medesimo contesto venne precisato che il diritto di proprietà costituisce parte integrante dei principi generali di cui la Corte garantisce l'osservanza e che, a tal fine, quest'ultima si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito.

Inoltre il giudice comunitario, interpretando l'art. 1 Prot. 1 alla CEDU, ha riconosciuto in esso l'esistenza di un diritto ad un giusto indennizzo, pur ritenendo che i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti vanno applicati soltanto agli *stranieri*, in linea con quanto affermato dagli organi giurisdizionali della CEDU.

Si è quindi ulteriormente specificato che il Trattato CE riconosce l'intangibilità del regime di proprietà esistente negli stati membri (art. 295 come modificato dal Trattato di Amsterdam) e che il diritto di proprietà rientra tra i principi generali del diritto comunitario. *Il che vale quanto dire che ogni autorità nazionale, e quindi*

enti interni, è tenuta ad applicare il diritto interno in  
conformità ai principi comuni del diritto comunitario.

La peculiarità che sembra emergere nel riconoscimento del diritto di proprietà a livello comunitario è allora, per un verso, la *matrice non esclusivamente convenzionale* di tale diritto.

In questo senso, il rinvio alla Convenzione EDU e al suo protocollo aggiuntivo non appare esaustivo, se appunto si considera l'attenzione che il giudice comunitario ha riservato *anche* ai principi comuni alle Costituzioni: opzione che consente quindi alla Corte di giustizia (Lussemburgo) di sottrarsi ai *dicta* della Corte EDU (Strasburgo) e che però, dall'altra parte, accentua il ruolo creativo della Corte di giustizia.

In questa prospettiva, allora, può calarsi una prima conclusione: che *nella disciplina contenuta all'art. 1 del Primo Protocollo aggiuntivo alla CEDU è chiaro come i diritti fondamentali non siano prerogative assolute, ma vanno considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società*. Ciò rende possibile "operare restrizioni all'esercizio di detti diritti, in particolare nell'ambito di una organizzazione comune dei mercati, purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudichi la sostanza stessa di tali diritti"<sup>37</sup>.

È così sempre la funzione sociale a *elasticizzare*, per così dire, un istituto rigido come la proprietà privata.

Ciò ha consentito alla Corte di giustizia anche di non riconoscere alcun l'indennizzo al privato: così nella decisione del 10 luglio 2003, *Booker Aquaculture Ltd*, in causa C-20/00 e C-64/00, laddove era in decisione il caso riguardante la distruzione o l'abbattimento di pesci connesso al pericolo di diffusione di epidemie. In tale prospettiva, la possibilità che il focolaio possa estendersi rapidamente ha indotto il legislatore comunitario (direttiva 93/53) a prevedere la

<sup>37</sup> Corte giust., 13 luglio 1989, causa 5/88, Wachauf



o immediato di tutti i pesci senza indennizzo. Tali misure, secondo la Corte, erano giustificate da un obiettivo di interesse generale della Comunità e proporzionate rispetto all'obiettivo perseguito senza così pregiudicare la sostanza stessa del diritto di proprietà.

La comparsa, nelle decisioni della Corte di giustizia, di interessi di natura generale che restringono il contenuto dei diritti fondamentali deve ritenersi ormai una costante delle pronunce della Corte di Lussemburgo.

Sul punto, può essere ricordata la vicenda che ha visto contrapposto la Comunità europea ed un imprenditore al quale la risoluzione del Consiglio 8 agosto 1990 n. 2340 aveva impedito di proseguire i rapporti commerciali con Iraq e Kuwait. L'imprenditore aveva infatti accusato la Comunità di avere posto in essere una condotta equiparabile ad una espropriazione.

Il giudice di prima istanza aveva respinto la domanda, rilevando che non poteva ritenersi applicabile l'art. 1 Prot. n. 1 alla CEDU e non vertendosi in ipotesi di privazione diretta della proprietà, ed in ogni caso riconoscendo l'esistenza di un interesse generale della comunità – alla pace e alla sicurezza internazionali – che giustificava il sacrificio agli interessi individuali imposto. Principi poi confermati in sede di impugnazione davanti alla Corte di giustizia.

Ciò fa ben comprendere come il perimetro entro cui, sovente, la Corte di giustizia si è mossa è essenzialmente "comunitario", riguardando la verifica del rispetto dei diritti fondamentali nelle situazioni in cui rileva una disciplina comunitaria, e non invece l'ambito "nazionale su materie che non rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario"<sup>38</sup>.

La conseguenza di questo modo di procedere (*id est*: verifica della disciplina comunitaria attraverso lo scrutinio, incidentale, delle legislazioni nazionali su materie che non rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario) è stata quella di ipotizzare una regolamentazione di istituti giuridici in modo

<sup>38</sup> Corte giust., 11 luglio 1985, causa C-64/84, Cinétequè

percettino materia esclusivamente “interne” ovvero

Il che, in buona sostanza, dimostra come il diritto vivente della Corte di giustizia abbia proceduto su linee assai simili a quella della Corte costituzionale, ma assai lontano dalle decisioni della Corte EDU.

4. *La Carta di Nizza e il diritto di proprietà. Il passaggio dalla Carta di Nizza al Trattato di Lisbona.*

Occorre poi ulteriormente ribadire che l’art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea approvata a Nizza nel dicembre 2000, per quanto interessa la tutela del diritto di proprietà, ricalca *quasi* fedelmente il contenuto dell’art. 1 del protocollo aggiuntivo alla Convenzione EDU.

Non c’è dubbio che i canoni di tale Carta – la quale fin quando non verrà tradotta in disciplina cogente per gli Stati membri non ha alcun valore giuridico – assumono una valenza di assoluto rilievo per gli *Stati membri i quali*, come prevede espressamente l’art. 52 della Carta di Nizza, *possono adottare limitazioni all’esercizio dei diritti ivi sanciti solo con una legge che comunque rispetti il contenuto essenziale di tali diritti e che sia conforme al principio di proporzionalità.*

Di guisa che il controllo giurisdizionale “interno” abbia ad oggetto precipuamente la conformità della legislazione nazionale coi principi supremi del diritto comunitario espressi dalla Convenzione EDU e dai principi fondamentali del diritto comunitario, rispetto alle istanze di *certezza ed effettività della tutela*, al fine di assicurare l’avvicinamento (e non già la separazione e l’autonomia) tra le fonti dell’ordinamento comunitario e quelle convenzionali – secondo il *trend* inaugurato dalla Corte di giustizia.

Le considerazioni appena esposte appaiono confermate dalla volontà dei Paesi dell’UE di munirsi di una Costituzione europea all’interno della quale inserire anche la Carta dei diritti fondamentali.

Il Trattato di Nizza è stato adottato il 12 ottobre 2004 a Roma i paesi membri dell'Unione sulla costituzione europea con l'intenzione di proiettare la Carta e i valori ivi sanciti in una *dimensione sovraconstituzionale* che, proprio in ragione del rinvio contenuto nella stessa Carta alla giurisprudenza della Corte EDU (almeno per i diritti fondamentali) non potrà non condizionare le giurisdizioni nazionali.

In estrema sintesi, può dirsi che nella Carta s'è fatto riferimento ai tradizionali concetti di dignità, pace, libertà, uguaglianza inseriti dalla Convenzione (e già riconosciuti come impegnativi dal Trattato di Maastricht), ma anche ai diritti derivati dagli obblighi internazionali comuni agli stati membri, oltre che dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dalla Corte dei diritti dell'uomo.

La costituzionalizzazione della Carta dei diritti del fondamentali prodotta dal Trattato sulla costituzione europea, allorché entrerà in vigore, offre valore giuridico vincolante alle disposizioni della Carta di Nizza.

Tuttavia, come sappiamo, la costituzione europea non entrerà in vigore per effetto dei «no» al referendum, nel 2005, espressi da Francia e Paesi Bassi; e però le innovazioni più importanti che avrebbero dovuto essere tradotte nella Costituzione europea sono state trascritte nel Trattato di Lisbona (noto anche come Trattato di riforma) e redatto appunto per sostituire la Costituzione europea e è entrato ufficialmente in vigore il dicembre 2009.

L'accordo recepisce gran parte delle innovazioni contenute nella Costituzione europea. Rispetto a quel testo, sono state approvate a Bruxelles le seguenti modifiche:

- non esisterà un solo trattato (come la Costituzione europea), ma saranno riformati i vecchi trattati. Il Trattato di riforma modificherà quindi il Trattato sull'Unione europea (TUE) e il Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE). Il primo manterrà il suo titolo attuale mentre il secondo sarà denominato "Trattato sul funzionamento dell'Unione europea" (TFUE). Ad essi vanno

- ti fondamentali dell'Unione europea e il Trattato
- Paratom (quest'ultimo non era stato integrato nella Costituzione europea);
- è stato tolto ogni riferimento esplicito alla natura costituzionale nel testo: sono stati eliminati i simboli europei e si è ritornati alla vecchia nomenclatura per gli atti dell'UE: tornano "regolamenti" e "direttive" al posto delle "leggi europee" e "leggi quadro europee";
  - è stata confermata la figura del presidente del Consiglio europeo non più a rotazione e per un mandato semestrale ma con elezione a maggioranza qualificata dal Consiglio europeo per un mandato di due anni e mezzo, rinnovabile una volta;
  - il "ministro degli Esteri" europeo tornerà a chiamarsi "alto rappresentante per la Politica estera e di sicurezza comune (PESC)", benché con i poteri rafforzati indicati nella vecchia Costituzione: sarà anche vicepresidente della Commissione europea;
  - vengono meglio delimitate le competenze dell'UE e degli Stati membri, esplicitando che il "travaso di sovranità" può avvenire sia in un senso (dai Paesi all'UE, come è sempre avvenuto) che nell'altro (dall'UE ai Paesi);
  - il nuovo metodo decisionale della "doppia maggioranza" entrerà in vigore nel 2014 e, a pieno regime, nel 2017;
  - aumentano i poteri dei Parlamenti nazionali che hanno più tempo per esaminare i regolamenti e le direttive;
  - la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non è integrata nel Trattato, ma vi è un riferimento ad essa. Il Regno Unito ha ottenuto una "clausola di esclusione" ("*opt-out*") per non applicarla sul suo territorio al fine di preservare la *Common law*. Lo stesso è stato concesso alla Polonia ma con l'elezione a *premier* di Donald Tusk quest'ultimo si è impegnato a non far valere l'"*opt-out*" ottenuto;

hanno ottenuto (per chiunque lo voglia utilizzare) un meccanismo (opt out) per essere esentati da decisioni a maggioranza nel settore "Giustizia e affari interni";

- viene specificato che la PESC ha un carattere specifico all'interno dell'UE e che non può pregiudicare la politica estera e la rappresentanza presso le istituzioni internazionali degli Stati membri;
- la concorrenza non è più ritenuta un obiettivo fondamentale dell'UE, ma viene citata in un protocollo aggiuntivo;
- viene introdotta l'energia nella clausola di solidarietà in cui gli Stati membri si impegnano a sostenere gli altri in caso di necessità;
- viene specificata la necessità di combattere i cambiamenti climatici nei provvedimenti a livello internazionale;
- viene introdotta la possibilità di recedere dall'UE (fino ad oggi, infatti, vi si poteva solo aderire).

Valéry Giscard d'Estaing, il presidente della Convenzione europea, ha dichiarato che le differenze tra i testi della Costituzione europea e del Trattato di riforma sono solo "cosmetiche" e che rendono quest'ultimo meno comprensibile rispetto al primo mentre il "think tank" euro-scettico "Openeurope" si è spinto fino all'analisi dettagliata, notando che il Trattato di riforma è per il 96% identico alla Costituzione europea.

Tornando ora al diritto di proprietà, prima contenuto nell'art. 17 della Carta di Nizza, poi trasfuso nell'art. II-77 del Trattato sulla Costituzione e ora parte integrante del Trattato di Lisbona<sup>39</sup> per effetto del rinvio alla Convenzione EDU ad opera di apposito Protocollo aggiuntivo al medesimo – va detto tutte le norme e i

<sup>39</sup> Il Trattato di Lisbona recepisce gli articoli 6 e 13 della Convenzione EDU, al punto che il Consiglio di Stato, con la recentissima decisione n° 1220 del 2010 nella quale si legge quanto segue: "la Sezione deve fare applicazione dei principi sulla effettività della tutela giurisdizionale, desumibili dall'articolo 24 della Costituzione e dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009) e ha altresì chiarito come "in base ad un principio applicabile già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il giudice nazionale deve prevenire la violazione della Convenzione del 1950 (CEDU, 29-2-2006, Cherginets c. Ucraina, § 25) con la scelta della soluzione che la rispetti (CEDU, 20-12-2005, Trykhlil c. Ucraina, §§ 38 e 50)".

ermare l'esattezza dei rilievi espressi da autorevole dottrina a proposito del significato e della portata del diritto di proprietà all'interno del Trattato che appaiono certamente garantisti (per il privato) più della nostra Costituzione e, soprattutto, più della giurisprudenza formatasi nel nostro ordinamento, facendo esplicito (e critico) riferimento, sul punto alla cd. *accessione invertita*. giustizia.

Né, secondo questa prospettiva, la maggiore garanzia per il privato proprietario sarebbe in grado di costituire un *vulnus* alla funzione sociale presa in considerazione dalla nostra Costituzione, posto che "nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la proprietà privata, pur nella diversità delle forme, non ha mai perso, sotto un profilo strutturale, i caratteri tipici del diritto soggettivo, la valutazione della funzione sociale essendo sempre rimasta a livello della conformazione legislativa (e mai trasferita al momento dell'esercizio)"<sup>41</sup>.

##### 5. Il giudice nazionale come giudice dei diritti umani.

Volendo ora tirare le fila del discorso, possiamo certamente dire di aver compreso come la *funzione sociale della proprietà*, nella prospettiva europea, non rappresenti affatto un limite al diritto dominicale, quanto piuttosto un suo elemento essenziale.

E si badi che all'interno delle Convenzione EDU manca qualsiasi riferimento a qualunque istanza solidaristica - aspetto che invece promana dalla lettura della Carta costituzionale.

Questo ci consente di affermare che il sostrato del diritto di proprietà avuto presente dai compilatori della Convenzione sembra assai vicino a una concezione *giusnaturalistica* che intravede nella proprietà non un *mezzo per raggiungere determinati fini*, ma piuttosto un diritto soggettivo "pre-statuale": una sorta di diritto

<sup>40</sup> Saiz Arnaiz A., Diritti fondamentali e progetto di Trattato sulla CE, in La protezione dei diritti fondamentali, a cura di S. Gambino, cit., 257 e ss.

<sup>41</sup> Pace A., Costituzione europea e autonomia contrattuale. Indicazioni e appunti, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), in corso di pubblicazione nel volume collettaneo "Contratto e Costituzione europea". Convegno di studio in onore di Giuseppe Benedetti. (Firenze 26 novembre 2004), Cedam, Padova 2004

elemento essenziale della dignità umana e che, come tale, rappresenta un valore fondamentale della persona.

Questo ovviamente non significa che la norma sovra costituzionale sia tornata a una concezione ottocentesca del diritto dominicale come prerogativa assoluta e inviolabile – che del resto non si concilierebbe con la prospettiva solidaristica prevista dalla Costituzione repubblicana.

Tanto si coglie, in vero, dalla stessa giurisprudenza di Strasburgo (Corte EDU) che, nel tentativo di circoscrivere gli interessi di pubblica utilità che possono giustificare la privazione della proprietà, ha sostanzialmente fatto prevalere il principio della massima discrezionalità degli Stati aderenti che, all'interno del tessuto normativo primario interno, possono perseguire le finalità, di natura economica, sociale, culturale, che essi ritengono prioritarie col limite dell'interesse individuale.

È cioè l'interesse dell'espropriato a fungere da limite alla esplicazione della funzione sociale: di qui la necessità del giusto ristoro in funzione del giusto equilibrio con l'interesse generale.

È in questo controllo di adeguatezza fra lo scopo perseguito e i mezzi utilizzati (cd *teoria del margine di apprezzamento*), che devono svolgere sia la Corte di Strasburgo sia il giudice nazionale, che si delinea la portata davvero singolare del diritto di proprietà di matrice sovranazionale: siffatto sindacato, infatti, non trova riscontro nella legislazione italiana.

In questo senso il principio, più volte affermato dalla Corte costituzionale, secondo il quale il legislatore interno può limitare, nell'esercizio della discrezionalità che gli compete, il diritto di proprietà previsto dall'art. 42 Cost. per assicurarne la funzione sociale, trova un necessario correttivo proprio nella parte in cui si postula l'assoluta libertà del legislatore di perseguire fini ed interessi generali.

In tale prospettiva, il contenuto non perfettamente circoscritto della *funzione sociale*, contenuto nella Costituzione italiana, troverebbe un suo *limite esterno nella* norma sovranazionale.



**PDF Complete**

*Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features](#)

forma costituzionale costituisce un limite esterno al diritto di proprietà, la norma sovranazionale costituisce a sua volta un limite esterno alla funzione sociale. Per cui: il margine di apprezzamento tra funzione sociale e diritto al rispetto dei propri beni che il giudice interno è chiamato a operare si risolverebbe nel non facile compito di dare, con la sentenza, uniformità alle diverse fonti normative.

Ne viene che - se dovesse continuare a essere confermata dalla giurisprudenza transalpina la circostanza che il diritto pattizio offre una tutela maggiore di quella costituzionalmente garantita, - allora ne viene che il giudice nazionale non potrebbe non assurgere al rango di vero giudice di prima istanza dei diritti umani.



LE «SYSTEMIC VIOLATION OF HUMAN RIGHTS»

1. La giurisprudenza della Corte EDU sulle violazioni di sistema. 2. Il caso Broniowski c/ Polonia. 3. Il caso Sejdivic c/ Italia.

1. *La giurisprudenza della Corte EDU sulle violazioni di sistema.*

Occorre esaminare a questo punto da vicino la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, al fine di capirne le potenzialità e offrire all'operatore le chiavi ermeneutiche utili ai fini del tema centrale del presente lavoro, che rimane quello dell'occupazione acquisitiva e della sua compatibilità con l'ordinamento interno.

Ora, veda l'interprete che il giudice strasburghese, sollecitato dalle singole domande giudiziali, ha spesso affrontato temi di portata generale, in quanto la violazione della Convenzione EDU nasce o dall'esistenza di una norma interna, o da un indirizzo giurisprudenziale domestico, o da una lacuna normativa.

In tali casi, in dottrina s'è utilizzata la locuzione «violazione di sistema», ovvero l'altra «situazioni interne a portata generale».

In effetti, proprio con riguardo ad una vicenda in cui veniva in gioco una situazione interna a portata generale, va ricordato il caso *Vermeire c/ Belgio* (Corte EDU 29 dicembre 1991), in cui la ricorrente aveva lamentato la lesione del suo diritto al rispetto della vita familiare, tutelato dagli artt. 8 e 14 CEDU, poiché il giudice belga l'aveva esclusa dall'asse ereditario dei nonni paterni, a causa del carattere "naturale" del suo rapporto di filiazione paterno, non disapplicando la disciplina interna che, in precedenza, la Corte dei diritti umani aveva già dichiarato contrastante con le norme patrizie.

del giudice europeo, ricordando la decisione *Marcks* *c/ Belgio* (Corte EDU 10 giugno 1979), ha sanzionato la condotta del giudice nazionale e, per esso, quella dello Stato di appartenenza.

La perentorietà dei principi espressi, in linea con la costante giurisprudenza della Corte EDU, ed poi con le spiegazioni all'art. 52 del Trattato sulla Costituzione europea, ulteriormente approfondita dalla decisione del 29 luglio 2004, *Scordino c/ Italia*<sup>42</sup>, a proposito dei *doveri* del giudice nazionale di conformarsi alle norme convenzionali, non può allora esimere le giurisdizioni interne dall'applicare il diritto interno in modo conforme alle norme convenzionali come vivificate dal *diritto vivente* del giudice sovranazionale, anche a costo di disapplicare il diritto interno incompatibile.

Infatti se, con riferimento alle violazioni prodotte da un contrasto insanabile, il giudice può essere chiamato a disapplicare il precetto nazionale dando *espansione* alla tutela sovranazionale, le ipotesi di violazione sistematica - connesse ad una interpretazione giurisprudenziale interna contrastante con la Convenzione - non richiedono alcun mutamento della legislazione e impongono un mutamento giurisprudenziale che si ponga in sintonia con le linee suggerite dalla Corte dei diritti umani.

In altri termini: quando le Corti nazionali spontaneamente orientano l'interpretazione in modo da farla coincidere con quella della Corte EDU, esse non solo realizzano la tutela all'interno della cornice dei principi nazionali, ma evitano altresì la reiterazione delle violazioni da parte del Paese aderente.

## 2. *Il caso Broniowski c/ Polonia.*

Prendendo coscienza dell'esistenza, all'interno dei Paesi aderenti, delle cd. «violazioni di sistema», che impegnano la Corte dei diritti umani a esprimere principi sempre identici, la Corte, nel caso *Broniowski c/ Polonia* ha dunque

---

<sup>42</sup> Cr., Supra, Parte Terza, Capitolo 2 § 5

Comitato dei Ministri a identificare, nelle pronunce  
che ne costituiscano una violazione sistematica del diritto tutelato dalla CEDU.

Nella vicenda concreta (nota come *Bug River claims*), numerosi proprietari (circa 80.000) erano stati costretti, in occasione del secondo conflitto mondiale, ad abbandonare le loro proprietà, in territori che facevano parte della Polonia prima del conflitto lungo il fiume Bug, in cambio di un diritto di credito a carico dello Stato, e determinato in forza di accordi intercorsi fra la Polonia e gli altri Stati limitrofi, che tuttavia non era stato onorato.

La Corte, nel riconoscere all'unanimità la violazione del diritto di proprietà, ha esplicitamente acclarato una violazione di sistema, desumendola dal fatto che il contrasto con la Convenzione era derivato da un non corretto funzionamento della legislazione e dell'apparato amministrativo polacco, ripercotendosi negativamente sulle decine di migliaia di persone coinvolte nel forzoso rimpatrio.

Per fare ciò, la Corte si interroga sul significato da attribuire all'art. 46 Convenzione CEDU, scorgendovi un preciso obbligo giuridico degli Stati responsabili di eliminare, anche al di là della vicenda esaminata, gli effetti delle violazioni accertate dalla Corte.

In questa nuova prospettiva, il giudice di Strasburgo ha ritenuto di non poter decidere allo stato la questione relativa all'equa riparazione pure sollecitata dal richiedente, invitando il Governo polacco ad indicare le misure individuali predisposte a favore del Sig. *Broniowski*. MA LA Corte ha pure sollecitato le autorità nazionali ad individuare le misure di ordine generale che lo Stato doveva attuare per eliminare i danni subiti dagli altri soggetti coinvolti nella vicenda Bug River, aggiornando ogni decisione sul punto.

*Così facendo, il giudice strasburghese ha esteso i benefici delle sue decisioni a tutti coloro che si trovavano nelle medesime condizioni, imponendo allo Stato autore della violazione di adottare le opportune soluzioni legislative o amministrative in modo da garantire la tutela del diritto fondamentale per come tutelato dalla*

per sgravare il peso del contenzioso che affligge la Corte per vicende analoghe (stimate intorno a 167), ma anche per garantire il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Il che ha condotto la Corte a riconoscere che il carattere strutturale della violazione impone allo Stato, già all'interno del processo relativo alla causa pilota, l'adozione di misure generali a livello nazionale che, *nel quadro dell'esecuzione della sentenza*, offrano alle persone danneggiate una riparazione per la violazione delle norme delle Convenzione, eventualmente adottando misure aventi efficacia retroattiva.

### 3. *Il caso Sejdivic c/ Italia.*

Ancor più penetrante è risultato il sindacato operato dalla Corte dei diritti umani nel caso *Sejdivic c/Italia*.

In tale occasione, la Corte, ritornando sul problema dei processi penali contumaciali, ha acclarato l'esistenza di un problema strutturale legato al cattivo funzionamento della legislazione italiana laddove non assicura al condannato in contumacia il diritto ad un nuovo processo.

In tale circostanza la Corte, citando il caso *Broniowski*, ha quindi ritenuto che le lacune interne acclerate possono dare luogo a *violazioni di sistema* in danno di altri soggetti e si è poi spinta ad affermare che lo Stato responsabile della violazione ex art. 6 CEDU è tenuto ad adottare le misure appropriate per attuare tale diritto in favore del ricorrente *e delle persone che si trovino in una situazione simile*.

Non solo. Ma ha anche prospettato, quale misura riparatoria per evitare la reiterazione e propagazione delle violazioni a carico dello Stato responsabile, la riapertura del processo interno, indicandola quale misura all'uopo più appropriata.

destinata a rimanere probabilmente superata per effetto del rinvio alla Grande Chambre richiesto dallo Stato italiano, segna un altro passo rilevante nella individuazione dell'efficacia che i *dicta* della Corte di Strasburgo vanno assumendo.

Essa, infatti, consente di distinguere, ai fini delle misure attuative che la Corte consiglia agli Stati, a) *le violazioni che riguardano un fatto specifico che interessa però un numero rilevante di persone* (vedi il caso *Broniowski*), da b) quelle in cui viene all'esame della Corte un problema *strutturale*, destinato a prodursi tutte le volte che un istituto giuridico viene a produrre i suoi effetti, indipendentemente dalla situazione spazio-temporale rispetto alla quale la violazione non riguarda un settore specifico, ma colpisce semmai indiscutibilmente il cittadino che venga a trovarsi in una determinata condizione.

Ancora una volta torna alla mente la posizione del proprietario colpito da una condotta manipolativa posta in essere illecitamente dall'amministrazione espropriante: non v'è dubbio che l'istituto di matrice pretoria che va sotto il nome di "occupazione acquisitiva", o esproprio sostanziale, rappresenta *in nuce* un problema strutturale che mette in crisi il sistema ordinamentale comunitario, perché colpisce un privato che subisce un comportamento illecito, ancorché tecnicamente non antiggiuridico, posto in essere dalla pubblica amministrazione.

## TENDENZE ATTUALI E NUOVE PROSPETTIVE

### Capitolo 1

ULTIMI ARRESTI GIURISPRUDENZIALI IN TEMA DI  
OCCUPAZIONE ACQUISITIVA, USURPATIVA E IN SANATORIA

### Capitolo 2

NUOVE PROSPETTIVE: IL DANNO MORALE DA  
VIOLAZIONE DELLA PROPRIETA' PRIVATA

ULTIMI ARRESTI GIURISPRUDENZIALI IN TEMA DI  
OCCUPAZIONE ACQUISITIVA, USURPATIVA E IN SANATORIA

1. Occupazione appropriativa: si tratta di un istituto non più vigente nel nostro ordinamento (*commento a T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 18 marzo 2009, n° 603*) 2. Risarcimento danni: natura permanente e termine prescrizione della relativa azione (*commento a Cons. Stato, sez. IV, 26 settembre 2008, n° 4660*) 3. Occupazione usurpativa: perdita della proprietà per “abbandono” e risarcimento danni per equivalente (*commento a Cons. Giust. Amm., 18 febbraio 2009, n° 51 e Cons. Giust. Amm., 25 maggio 2009, n° 486*) 4. Acquisizione sanante: art. 43 DPR 8 giugno 2001, n° 327 e tramonto dell’occupazione appropriativa (*commento a T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 29 aprile 2009, n° 813*)

1. *Occupazione appropriativa: si tratta di un istituto non più vigente nel nostro ordinamento (commento a T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 18 marzo 2009, n° 603)*

Come esplicito nella Parte Seconda, Capitolo 3, del presente lavoro di ricerca, con il DPR 8 giugno 2001, n° 327, il legislatore è intervenuto in materia espropriativa dettando una nuova disciplina. In particolare, l’art. 43 del succitato decreto legislativo prevede la possibilità per la PA “che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico” di adottare, nell’ipotesi in cui tale bene sia stato modificato in assenza di valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo di pubblica utilità, l’atto di acquisizione (in sanatoria), previa valutazione degli interessi in conflitto.

E dunque, con tale istituto l’acquisto del diritto di proprietà dell’immobile, che viene acquisito al patrimonio indisponibile dello Stato, non trova più la propria fonte nell’illecito, come nel caso della occupazione acquisitiva, ma in un provvedimento della PA che viene adottato soltanto a seguito di una valutazione comparativa degli interessi in conflitto, che sono a) la tutela del

proprietà privata e b) il particolare beneficio che l'acquisto reca all'interesse pubblico.

Ora: come precisato dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato nel parere n° 4 del 29 marzo 2001 – reso sullo schema del Testo Unico sull'espropriazione – l'art. 43 è stato predisposto dal legislatore proprio per fornire risposta adeguata alla giurisprudenza di Strasburgo sulle cd. *violazioni di sistema*. Non v'è alcun dubbio infatti che, in precedenza, eravamo di fronte a un istituto specifico con potenzialità pregiudizievoli potenzialmente reiterabili e incerte per un indeterminato numero di soggetti privati interessati.

In seguito all'intervento legislativo, la giurisprudenza amministrativa assolutamente prevalente aveva affermato che la tradizionale figura dell'occupazione acquisitiva dovesse oramai considerarsi definitivamente superata.

Il *novum* dell'esproprio sostanziale era infatti nella modalità d'acquisto - *a titolo originario* – del bene immobile, mentre ora il *novum* dell'espropriazione sanante è nel fatto che l'acquisto è *a titolo derivativo*, non venendo meno l'obbligo (anzi costituendo il corrispettivo obbligazione essenziale del nuovo istituto) per la PA di restituire l'equivalente economico del bene “modificato per scopi di interesse pubblico”, così pure evitando ulteriori sentenze di condanna da parte della Corte EDU.

In questo filone interpretativo si iscrive la decisione di T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 18 marzo 2009, n° 603, secondo cui “... *le argomentazioni dell'amministrazione comunale muovono da un presupposto giuridico erroneo, e cioè dal presupposto della perdurante operatività nell'ordinamento giuridico dell'istituto di matrice giurisprudenziale della accessione invertita o occupazione acquisitiva, in base al quale, anche in assenza di un atto di natura ablatoria, l'amministrazione acquista a titolo originario la proprietà dell'area altrui, quando su di essa ha realizzato in tutto o in parte un'opera pubblica, in attuazione della dichiarazione di pubblica utilità; l'acquisto avverrebbe in base ad un atto illecito di natura istantanea, con la conseguenza che dalla*



...isto (che di regola coincideva con la scadenza del termine  
in occupazione regolamentare...) comincia a decorrere il termine quinquennale per il  
risarcimento del danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà. Questi principi –  
come ha chiarito la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato...condivisa da  
questo TAR... non possono più considerarsi vigenti nell'ordinamento giuridico, perché  
non sono conformi ai principi della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, che  
hanno una diretta rilevanza nell'ordinamento interno; inoltre il testuale disposto  
dell'art. 43 DPR 8 giugno 2001, n° 327, preclude che l'amministrazione possa  
acquistare in assenza di un titolo previsto dalla legge (cfr., Cons. Stato, Ad. Pl. 29 aprile  
2005, n° 2)".

2. *Risarcimento danni: natura permanente e termine prescrizione della relativa azione  
(commento a Cons. Stato, sez. IV, 26 settembre 2008, n° 4660)*

In tema di risarcimento del danno da occupazione provvedimento si è  
registrato negli ultimi tempi un deciso mutamento di indirizzo nella  
giurisprudenza amministrativa.

Infatti, l'occupazione *sine titulo* è stata qualificata, dopo la sentenza della CEDU  
dell'anno 2000, come "illecito permanente", con la conseguenza che l'azione  
risarcitoria non può essere considerata prescritta con decorso di cinque anni  
dall'avvenuta trasformazione del fondo.

Infatti, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha osservato che l'art. 43 TU  
Espr. presuppone la perdurante sussistenza del diritto di proprietà ed un illecito  
permanente dell'amministrazione che utilizza il fondo altrui, in assenza del  
decreto di esproprio, anche se è stata realizzata l'opera pubblica. In sostanza, la  
decorrenza del termine prescrizione rimane sospesa fino a quando perduri una  
situazione di concreta illiceità, legata all'occupazione illegittima del terreno del  
privato, perché essa comporta una continua e ininterrotta reiterazione  
dell'ingiusta condotta lesiva. Solo nel momento in cui la situazione di illiceità

l'insufficiente convenienza di un titolo giustificante l'occupazione, il termine di prescrizione potrà cominciare a decorrere.

In questa direzione, si afferma che il testo e la *ratio* dell'art. 43 non consentono di ritenere sussistente un termine quinquennale, decorrente dalla trasformazione irreversibile dell'area o dalla realizzazione dell'opera. Al contrario, l'art. 43 ribadisce il principio per il quale, nel caso di occupazione *sine titulo*, vi è un illecito il cui autore ha l'obbligo di restituire il suolo e di risarcire il danno cagionato, salvo il potere dell'Amministrazione di far venire meno l'obbligo di restituzione *ab extra*, con l'atto di acquisizione del bene al proprio patrimonio, quale previsto dai commi 1 e 3 dello stesso art. 43, sempreché ricorrano le condizioni specificate in tale norma.

In senso contrario a tale indirizzo – assolutamente prevalente: cfr., CdS, sezione IV, n° 2420/09; id., n° 615/09; id., n° 1552/08; id., n° 6124/07; id., n° 5830/2007; id., 3752/07 – si staglia la decisione dei giudici di Palazzo Spada del 26 settembre 2008, n° 4660 la quale, muovendo dalla premessa della perdurante vigenza nel nostro ordinamento dell'istituto della occupazione appropriativa, ha invece affermato che, in applicazione dei principi generali di cui all'art. 2935 c.c., l'azione risarcitoria soggiace al termine di prescrizione quinquennale, che inizia a decorrere dallo spirare del termine dell'occupazione validamente autorizzata.

Così motiva la Sezione IV: *"...la prescrizione decorre sempre dalla scadenza del periodo di occupazione legittima. Occorre tuttavia distinguere: nel caso in cui l'opera venga realizzata nel periodo di occupazione legittima, si deve attendere, per l'inizio della prescrizione, la scadenza del termine di occupazione d'urgenza, perché è solo in questo momento (laddove nel frattempo non sia stato emanato un decreto di espropriazione) che si consuma l'illecito, fonte del diritto al risarcimento del danno.*

*In ipotesi, invece, di occupazione illegittima per totale mancanza di provvedimento autorizzativo o per decorso dei termini del precedente provvedimento, è la radicale trasformazione del fondo che, determinando la perdita della proprietà del bene da parte del privato, costituisce illecito istantaneo a effetti permanenti: tale illecito abilita il*

... termine prescrizione di cinque anni dalla data della trasformazione, e risarcimento del danno...(...) Dunque, a proprio del momento consumativo dell'illecito:

- Durante il periodo di occupazione legittima, l'illecito si consuma allo scadere del provvedimento di occupazione d'urgenza (cfr., Cass., sez. I: 29 novembre 1993, n° 11796; 22 febbraio 1994, n° 1725; 22 luglio 1994, n° 6825; 18 ottobre 1994, n° 8495; 20 ottobre 1994, n° 8567);
- Dopo la scadenza del periodo di occupazione legittima, l'illecito si consuma nel momento in cui si realizza la radicale trasformazione del fondo occupato (cfr., Cass., Sez. I, 12 aprile 1994, n° 3403);
- In caso di occupazione illegittima ab initio, l'illecito si consuma nel momento della irreversibile trasformazione del fondo (cfr., Cass., Sez. I, 29 aprile 1994, n° 4174)".

3. Occupazione usurpativa: perdita della proprietà per "abbandono" e risarcimento danni per equivalente (commento a Cons. Giust. Amm., 18 febbraio 2009, n° 51 e Cons. Giust. Amm., 25 maggio 2009, n° 486)

Le critiche mosse all'istituto dell'occupazione acquisitiva hanno condotto la giurisprudenza di legittimità a circoscriverne il campo di operatività, richiedendo per la sua configurabilità la sussistenza della previa dichiarazione di pubblica utilità, in difetto della quale si ha un difetto o una mancanza del vincolo di scopo o di destinazione pubblica e, dunque, occupazione usurpativa.

Alla mancanza della previa dichiarazione di pubblica utilità, la Suprema Corte ha assimilato il caso in cui la dichiarazione sia nulla perché priva dei termini per l'inizio e la fine dei lavori e delle espropriazioni previsti dall'art. 13 l.n. 2359/1865, e l'ipotesi della sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità nel caso di inutile decorso dei termini finali in essa fissati per il

zione e dei lavori a sensi dell'art. 13, co. 3, l.n.

In questi casi, scrivono gli ermellini, non è possibile far prevalere l'interesse pubblico di cui la PA è portatrice e sussiste la cd. occupazione usurpativa, nell'ambito della quale bisogna distinguere tra *occupazione usurpativa pura* (mancanza del decreto di pubblica utilità) e *occupazione usurpativa spuria* (nullità o annullamento del decreto di pubblica utilità).

L'occupazione usurpativa, nelle due forme anzidette, integra un *fatto illecito permanente* con conseguente possibilità per il privato di proporre un'azione di restituzione del suolo occupato ovvero, in alternativa alla restituzione, il risarcimento del danno per perdita definitiva della proprietà del bene (e conseguente rinuncia implicita al diritto di proprietà dello stesso).

Del resto, tale facoltà abdicativa rappresentava una vera e propria opportunità per il privato, in quanto l'azione restitutoria avrebbe dovuto superare l'ostacolo dell'eccessiva onerosità (art. 2048 c.c.) e del pregiudizio all'economia nazionale derivante dalla possibile distruzione dell'opera pubblica realizzata (art. 2933, 2° c.c.).

Pertanto, a conti fatti, non era più vero che l'occupazione usurpativa fosse istituto che consentiva la restituzione del bene perché, come visto, l'azione risarcitoria per equivalente dava maggiori garanzie al privato, soprattutto economiche e dunque, agli effetti, l'occupazione appropriativa e quella usurpativa rendevano lo stesso: in entrambe il privato avrebbe perso la proprietà del bene. Ma su presupposti differenti: nell'occupazione appropriativa, ciò si verificava a seguito del fenomeno estintivo/acquisitivo dell'accessione invertita per effetto della irreversibile trasformazione del bene; nell'occupazione usurpativa, invece, ciò avveniva per la concreta impossibilità per il privato di agire per la restituzione del bene, formalmente di sua proprietà, per i limiti previsti dagli artt. 2058 e 2933 c.c.

Le epigrafe al presente paragrafo confermano questo orientamento, ma in modo particolare la pronuncia del Consiglio di Giustizia amministrativa del 25 maggio 2009, n° 486 – ci dice qualcosa di più. Infatti, secondo i giudici isolani, qualora (e nonostante) il privato abbia richiesto il risarcimento danni per equivalente economico (con ciò manifestando la rinuncia implicita alla proprietà del bene), la pubblica amministrazione conserva pur sempre la possibilità di rimediare al danno mediante l’offerta della *restitutio in integrum* nello stato di fatto in cui esso si trovava prima dell’utilizzazione per finalità di interesse pubblico, rimettendolo nella piena disponibilità materiale e giuridica dell’interessato, fino alla pronuncia della sentenza di condanna di primo grado, fermo restando il potere però del danneggiato di rifiutare – giustificatamente – tale forma di riparazione.

4. *Acquisizione sanante: art. 43 DPR 8 giugno 2001, n° 327 e tramonto dell’occupazione appropriativa (commento a T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 29 aprile 2009, n° 813)*

Si è già osservato che con il DPR 8 giugno 2001, n° 327 il legislatore è intervenuto in materia espropriativa dettando una nuova disciplina, al fine di porre rimedio alla situazione determinata dall’elevato numero di sentenze di condanna emesse dalla Corte EDU nei confronti dell’Italia, volte a eliminare la prassi dell’espropriazione indiretta e garantire la conformità al principio di legalità di tutte le occupazioni di aree da parte dell’amministrazione.

Come evidenziato dalla decisione dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n° 2 del 2005, si tratta di un potere acquisitivo “*avente in qualche misura, valore sanante dell’illegittimità della procedura espropriativa, anche se, come si è detto, solo ex nunc – (che) ha natura eccezionale e non può risolversi in una mera alternativa alla procedura ordinaria*”.

In tal modo la PA realizza, mediante l’adozione di un provvedimento a valle, l’acquisto del diritto di proprietà del bene, che viene acquisito al patrimonio

...ria dell'illecito a monte posto in essere  
... dall'amministrazione e previa corresponsione del risarcimento dei danni.

La norma di nuovo conio ha così introdotto il principio secondo cui l'autorità amministrativa può acquisire al patrimonio pubblico anche un bene occupato senza titolo idoneo, purché ciò avvenga sulla base di un formale provvedimento amministrativo fondato sulla "valutazione degli interessi in conflitto" e con il riconoscimento al privato del ristoro del danno. Per effetto di tale norma, in caso di illegittimità o assenza della procedura espropriativa e di realizzazione dell'opera pubblica, l'unico rimedio per evitare la restituzione dell'area è l'emanazione di un provvedimento ex art. 43, in assenza del quale l'amministrazione non può addurre l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica quale causa di impossibilità oggettiva, di impedimento alla restituzione dell'area, sicché solo il detto atto di acquisizione comporta l'ablazione del diritto di proprietà.

Questi principi sono stati, da ultimo, compiutamente illustrati da TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 29 aprile 2009, n° 813, ove il Collegio esclude l'attuale vigenza nel nostro ordinamento dell'istituto, di creazione pretoria, dell'occupazione appropriativa, ritenuto non conforme ai principi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

## DANNO MORALE DA VIOLAZIONE DELLA PROPRIETÀ PRIVATA.

1. Esiste nel diritto interno il danno morale da lesione della proprietà? 2. La dimensione giusnaturalistica della proprietà privata come limite al risarcimento del danno non patrimoniale. 3. Una recente decisione delle Sezioni Unite sulla giurisdizione nei confronti dell'Argentina non tema di *bond*: la proprietà non sembra essere un diritto inerente la dignità umana (*commento a Cass., Sez. Un. n° 11225/2005*)

### 1. *Esiste nel diritto interno il danno morale da lesione della proprietà?*

Per chi intendesse affermare la risarcibilità del danno non patrimoniale in tema di lesione della proprietà, una prima possibile via da percorrere potrebbe essere quella dell'applicazione diretta della norma convenzionale e della giurisprudenza nell'ordinamento interno.

Apparendo allora indiscutibile che l'art. 1 Prot. n° 1 alla Convenzione EDU ha piena efficacia precettiva nell'ordinamento interno e risultando, in modo altrettanto evidente, che l'ordinamento nazionale ha previsto dei rimedi interni per ottenere il risarcimento del danno correlato alla violazione del diritto anzidetto, alla stregua dell'art. 13 della Convenzione, e da ultimo che la Convenzione è parte integrante del Trattato di Lisbona, non v'è dubbio che spetterà al giudice nazionale valutare l'esistenza del danno morale e di quantificarne l'ammontare.

Il che peraltro - se dovesse accedersi alla nozione di "bene" contemplata dall' art. 1 Prot. n° 1 alla Convenzione EDU secondo l'interpretazione allargata offertane dalla Corte EDU: non solo la proprietà già esistente nel patrimonio del singolo, ma anche qualsiasi utilità suscettibile di entrare a far parte del patrimonio di un soggetto (cfr., *ex pluribus*, Corte EDU, 30 giugno 2005, *Teteriny c/ Russia*) – renderebbe possibile, in linea meramente teorica, il riconoscimento del danno non patrimoniale anche per le ipotesi di lesione del "patrimonio" del soggetto (ivi compresi: avviamento

posta e contributi, indebito, aspettative. Sicché, da questo punto di vista, è ben giustificata l'azione risarcitoria promossa in ragione dell'illegittimo esproprio d'azienda - NdR).

Ma se anche si volesse negare tale percorso ermeneutico, sostenendo che le norme della CEDU e la giurisprudenza di Strasburgo non hanno efficacia precettiva *diretta* nel nostro ordinamento, ma che necessitano di una sentenza di condanna interposta allo Stato italiano, sarebbe comunque possibile pervenire al medesimo risultato valorizzando di contenuto l'art. 2059 c.c. alla stregua delle sentenze della Cassazione del maggio del 2003 le quali, come noto, hanno completamente rivisitato l'istituto del danno non patrimoniale.

2. *La dimensione giusnaturalistica della proprietà privata come limite al risarcimento del danno non patrimoniale.*

Senonché, altra possibile obiezione potrebbe essere quella che il danno non patrimoniale da lesione del diritto di proprietà trova ingresso nell'ordinamento sovranazionale, ivi trovando una sua giustificazione, in quanto nel contesto della Convenzione EDU – e dunque della giurisprudenza di Strasburgo – il diritto dominicale muove da una dimensione essenzialmente *giusnaturalistica* che non si addice affatto alla costruzione interna del diritto dominicale, ove campeggia piuttosto la funzione sociale della proprietà.

Fu Hegel a identificare la proprietà come un diritto fondamentale della personalità, precisando nel *Grundlinien* che la proprietà “appare come mezzo riguardo al bisogno; ma dal punto di vista della libertà, essa è la sua prima forma di esistenza, e quindi è per se stessa essenzialmente fine”<sup>43</sup>.

Tuttavia sarebbe sufficiente rilevare che tale concezione non alberga affatto nella Convenzione e che anzi è proprio, la Convenzione a garantire la limitazione del diritto dominicale per ragioni di interesse pubblico nell'ambito del canone di

<sup>43</sup>G.F.W.Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1821, par. 41, citato da L. Mengoni, *Proprietà e libertà*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1999, 427 e ss.



funzione sociale intanto è limite interno al diritto di proprietà secondo il criterio economico scritto nell'art. 42, commi 2 e 3 della Costituzione, quanto è pure limite esterno al diritto dominicale come diritto di libertà personale (anche e non solo economica): in tale prospettiva, *ha poco senso misurarsi allora sulla natura inviolabile del diritto dominicale per farne poi derivare la soluzione del problema in punto di risarcibilità del danno morale.*

E infatti: una volta che il *diritto vivente* ha riconosciuto la risarcibilità dei valori costituzionali incidenti sulla persona umana, non v'è dubbio alcuno che la proprietà in quanto diritto tutelato a livello costituzionale, una volta lesa sia poi in grado di produrre lesioni significativamente non inferiori a quelle correlate a altri valori costituzionali inerenti alla persona che pure albergano nella Carta costituzionale.

Il punto è che la funzionalizzazione della proprietà non incrina in alcun modo la natura intrinseca del diritto di proprietà che, laddove riconosciuto, merita una tutela piena ed effettiva in quanto inerente alla persona del titolare.

In tale prospettiva, la *querelle* in ordine al ruolo della proprietà ed alla sua collocazione sistematica fra istanze liberiste o collettiviste, ove ancora ritenuta attuale, risulterebbe inconferente rispetto al tema che riguarda la tutela della proprietà come espressione della persona umana.

Non è infatti in discussione che il compito della legislazione ordinaria sia quello di garantire - *a chi è proprietario* - mezzi di tutela pieni ed efficaci: oltre che conformare la proprietà alle esigenze della collettività.

Né può essere dato campo alla riduttiva osservazione che il diritto di proprietà non è tutelato direttamente nella Convenzione, ma nel Protocollo aggiuntivo: così opinando, infatti, si ometterebbe di considerare che, in realtà, *il diritto di proprietà è l'unico diritto patrimoniale riconosciuto dalla Convenzione EDU* e che il mancato inserimento nel corpo della Convenzione fu dettato unicamente dal mancato accordo fra gli Stati aderenti rispetto ai profili di tutela, ma non certamente per una

---

<sup>44</sup> Cfr., Supra, Parte Terza, Capitolo 3, § 5.

proprietà rispetto all'Uomo, già in precedenza  
tracciata dall'art. 17 dello Statuto delle Nazioni Unite.

3. *Una recente decisione delle Sezioni Unite sulla giurisdizione nei confronti dell'Argentina in tema di bond: la proprietà non sembra essere un diritto inerente la dignità umana (commento a Cass., Sez. Un. n° 11225/2005)*

Va detto che la prospettiva europea cui s'è fatto cenno - la proprietà come inerente al valore persona - non sembra trovare favore nella giurisprudenza (progressista - sic!) della Corte di Cassazione.

Chiamata ad accertare la sussistenza della giurisdizione italiana rispetto ad un'azione intentata da un risparmiatore nei confronti della Repubblica Argentina per la gestione dei *Bonds* emessi da quello Stato e per i danni prodotto, Cass. Sez. Un.. n. 11225/2005 ha riconosciuto il difetto di giurisdizione del giudice italiano, ritenendo sussistente l'immunità giurisdizionale dell'Argentina in relazione al rapporto dedotto in causa.

Facendo applicazione del principio di diritto consuetudinario internazionale, recepito dall'ordinamento italiano in virtù di richiamo dell'articolo 10 Costituzione, della cd. "*immunità ristretta o relativa*", in virtù del quale l'esenzione degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile è limitata agli atti *iure imperii* (a quegli atti, cioè, attraverso i quali si esplica l'esercizio delle funzioni pubbliche statali) e non si estende, invece, agli atti *iure gestionis* o *iure privato rum* (ossia agli atti aventi carattere privatistico, che lo Stato straniero ponga in essere, indipendentemente dal suo potere sovrano, alla stregua di un privato cittadino) le Sezioni Unite hanno escluso che l'attività svolta dallo Stato argenino, attraverso la collocazione sul mercato borsistico internazionale di titolo di debito pubblico che dovevano essere onorati senza ritardo alla rispettive scadenza, costituisca attività economica di mero diritto privato.

innegabilmente privatistica degli atti di emissione e  
internazionale delle obbligazioni di cui trattasi, *non  
analoga natura paritetica hanno*, secondo i giudici della Cassazione, *i successivi  
provvedimenti di moratoria adottati dal Governo argentino* e che manifestano, per  
converso, la potestà sovrana dello Stato. E ciò sia per la loro natura di leggi di  
bilancio sia, soprattutto, per le finalità perseguite, eminentemente pubbliche, di  
governo della finanza in funzione della tutela di bisogni primari di sopravvivenza  
economica della popolazione in un contesto storico di grave emergenza nazionale.  
Secondo le Sezioni Unite, non rileva in senso contrario che dette leggi incidano su  
diritti patrimoniali di cittadini stranieri posti in essere *iure privato rum*, poiché ciò  
non vale certamente a configurare quella deroga – eccezionale – all’immunità che è  
prospettabile solo in presenza di atti di esercizio della sovranità che di presentino  
lesivi di “valori universali della dignità umana”. Da qui il riconoscimento della  
immunità dalla giurisdizione della Repubblica Argentina, in relazione alle pretese  
nei suoi confronti azionate dal risparmiatore nel giudizio *a quo*.  
È allora evidente come questa ricostruzione sottovaluti la posizione del  
risparmiatore che ha acquistato i *bonds* argentini investendo parte dei suoi risparmi;  
non considerando, appunto, il *vulnus* cagionato dai provvedimenti legislativi  
adottati dal Governo argentino e dichiaratamente rivolti ad alterare, in modo più o  
meno significativo, l’obbligo di adempimento delle obbligazioni assunte.  
È però il caso di sottolineare come nella vicenda illustrata venisse proprio in gioco il  
*diritto al rispetto dei propri beni* tutelato a livello sovranazionale dall’art. 1 Prot. n° 1  
alla CEDU e dall’art. 17 dello Statuto delle Nazioni Unite e costituente,  
pacificamente, principio generale del diritto comunitario.  
È dunque evidente che se si fosse valorizzata tale prospettiva, evincibile a livello  
internazionale, la soluzione in punto di giurisdizione poteva essere radicalmente  
diversa, dovendo il giudice ponderare il rispetto del giusto equilibrio tra le esigenze  
di interesse generale della collettività e gli imperativi di salvaguardia dei diritti  
umani.

“Il dispiegarsi di un movimento di pensiero volto a garantire quanto più possibile la tutela effettiva dei diritti fondamentali dell’uomo, sia in prospettiva comunitaria che in quella sovranazionale, impone di considerare con particolare attenzione l’operato giudiziale”<sup>45</sup>.

La conquistata consapevolezza che la risposta giudiziaria deve essere, prima di ogni altra cosa, rigorosamente improntata alla salvaguardia dei diritti fondamentali attribuiti ai singoli dagli strumenti normativi sovranazionali, è il risvolto della riconosciuta responsabilità dello Stato per le violazioni eventualmente perpetrate dagli organi giurisdizionali, anche se coincidenti con le Corti supreme.

Sul punto è utile rammentare che tanto la Corte EDU quanto la Corte di giustizia hanno concordemente riconosciuto siffatta responsabilità.

Il ruolo essenziale svolto dal potere giudiziario – e segnatamente dall’organo giurisdizionale di ultimo grado – nella tutela dei diritti umani, ha fatto dire alla Corte di giustizia che un’eventuale violazione del diritto comunitario perpetrata da tale organo metterebbe il privato nell’impossibilità di far valere in altra sede il proprio diritto.

Non v’è dubbio allora che la forza dei superiori principi, scritti nelle fonti degli ordinamenti sovranazionali, muta radicalmente l’essenza stessa della funzione giurisdizionale sempre più chiamata *verso il nuovo diritto*.

Ma ciò non si rileva ora per evocare lo spettro di eventuali, oltre che imbarazzanti, condanne agli Stati membri, quanto per sottolineare *il mutamento di prospettiva del giudice nazionale*, al quale rimane il non agevole compito di individuare il quadro normativo di riferimento attraverso il richiamo composito di fonti interne, comunitarie e sovranazionali.

Da qui la necessità di una *conoscenza approfondita dei sistemi* per qualunque operatore del diritto: è infatti giunto il momento di affermare con forza che il sistema normativo non

---

<sup>45</sup> R. Conti, cit., 459 e ss.

io rigidamente gerarchico delle fonti, al quale, per  
convesso, è saccente al regine fondato sulla supremazia delle fonti di diritto sopranazionali  
e nazionali produttrici di norme e fra le Corti, a loro volta competenti ad interpretare e a risolvere le  
controversie”<sup>46</sup> .

Piaccia osservare che tale conclusione - cioè: la necessità della conoscenza approfondita dei  
sistemi nella prospettiva della tutela multilivello in funzione dell’effettività della tutela  
giurisdizionale – è stata propiziata, nelle pagine della giurisprudenza transalpina, dalla  
rivisitazione dell’istituto della proprietà privata in modo tale che, rovesciando un sofisma  
pretorio nazionale (id est: accessione invertita), s’è giunti a restituire alla proprietà privata  
la prima forma di esistenza della libertà di ciascuno, perché – come ha insegnato il sommo  
Hegel – *“la proprietà, dal punto di vista della libertà, è per se stessa essenzialmente un fine”* .

---

<sup>46</sup> Amirante C., I diritti umani fra legislazione e giurisdizione, in La protezione dei diritti fondamentali, a cura di S. Gambino, Milano 2004, 179

Amirante C., *I diritti umani fra legislazione e giurisdizione*, in *La protezione dei diritti fondamentali*, a cura di S. Gambino, Milano 2004, 179

Arnaiz Saiz A., *Diritti fondamentali e progetto di Trattato sulla CE*, in *La protezione dei diritti fondamentali*, a cura di S. Gambino, cit., 257 e ss.

Balassarre, *Proprietà*, in *Enc. Giur.*, Roma, XXV, 10 e ss.

Baldi Lazzari, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, nn. 5-8/1990, 931

Bartole S., B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001

Cacciavillani I., *Occupazione di urgenza, occupazione acquisitiva e tutela del possesso nei confronti della PA*, in *Giust. Civ.*, 1984, 2829 e ss..

Carbone V., *Epicedio per il fatto illecito da occupazione appropriativa?*, in *Danno e resp.*, 2001, 10

Carbone V., in *Corriere Giur.*, n° 2/1996, 135

Caringella F., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2006

Carotenuto G., *L'opera pubblica su suolo privato. Una decisione che lascia perplessi*, in *Giust. Civ.* 1983, 1, 1741 e ss.

Castelli Avolio Annunziata M., *Brevi note sugli aspetti pubblicistici della decisione in tema di danni da occupazione illegittima*, in *Gius. Civ.* 1983, I, 1740 e ss

Cavallaro, Pandolfo, in *Corriere Giur.*, n° 3/1993, 338

Cesaroni V., *Prime puntualizzazioni in tema di occupazione illecita ed effetti appropriativi da parte della pa*, in *Riv. Amm.*, 1984, 67 e ss.

Comporti, *Dalla occupazione illegittima di immobili da parte della pubblica amministrazione alla occupazione appropriativa*, in *Riv. Giur. Ed.* 1985, II, 3 e ss.;

Condorelli L., *La proprietà nella Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 1970

venzione europea dei diritti dell'uomo, in Riv. Dir.

Conti R., *L'occupazione acquisitiva*, Giuffrè,

Conti R., *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Giuffrè, 2006

Di Benedetto, *Diritto amministrativo*, 1996, 618-634

Di Prisco N., *Accessione invertita ed estinzione della proprietà*, in *Dir. E Giust.* 1983, 943 e ss.

Gambaro A., *Osservazioni a Sezioni Unite civile 16 febbraio 1983, n. 1464*, in *Resp. Civ.* 1983, 408

Fantigrossi, *Guida normativa*, 13/6/1995, n° 109, 30

Galli R., *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, 1994, 634-643

Gambaro A., *Occupazione acquisitiva*, in *Enc. Dir.*, Aggiorn, Milano, 2000, V

Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970

Hegel G.F.W., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1821, par. 41, citato da L.

Mengoni, *Proprietà e libertà*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1999, 427 e ss.

Leone G., Marotta A., *L'occupazione illegittima*, in *Trattato di diritto amministrativo*, 575 e ss.

Marotta V., *Espropriazione per pubblica utilità ed aspetti problematici della tutela di proprietà*, in *Cons. Sato*, 1984, II, 342

Mastrocinque R., *Il potere e il diritto*, in *Giust. Civ.*, 1983, III, 1737 e ss.

Nicolini U., *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 1940

Nunun R., *Osservazioni sulla tutela del diritto di proprietà nel sistema della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 1991, 669

Oriani R., *Occupazione d'urgenza, costruzione d'opera pubblica, decreto di espropriazione "tardivo", tutela giurisdizionale del proprietario, contributo ad uno studio interdisciplinare, prime impressioni sulla cosiddetta occupazione appropriativa da parte della p.a.*, in *Foro It.* 1983, I, 626 e ss.

Pace A., *Costituzione europea e autonomia contrattuale. Indicazioni e appunti*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), in corso di pubblicazione nel volume collettaneo

Convegno di studio in onore di Giuseppe Benedetti.

(1982-20 novembre 2002), Ceasar, Padova 2004

Padelletti M.L., *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, 1 e ss.

Pallottino M., *Occupazione illecita di un fondo e realizzazione dell'opera pubblica: acquisto istantaneo della proprietà da parte dell'amministrazione*, in *Riv. Amm.* 1983, III, 737 e ss.

Paternò G., *L'illecito della p.a. come modo di acquisto della proprietà*, in *Rass. Giur. Enel*, 1983, 30 e ss.

Pirrone, *Il caso Papamichalopoulos dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: restituito in integrum ed equa soddisfazione*, in *Riv. Dir. Inter.*, 1997, 152

Rodotà S., *Il terribile diritto*, Bologna, Il Mulino, 1981

Salvago S., *Occupazione acquisitiva nelle espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 1997, 41 ss.

Salvago, in *Corriere Giur.*, n° 2/1996, p. 178

Sandulli A.M., *I limiti della proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1971

Sandulli A.M., *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. civ.*, 1972, 465 e ss.

Sapienza R., *Espropriazione di beni e indennizzo nel sistema della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo: le sentenze nei casi James e Lightgow*, in *Riv. Dir. Internazionale*, 1987

Sciullo, *La base giuridica dell'espropriazione: il vincolo preordinato all'esproprio, la dichiarazione di pubblica utilità e l'occupazione acquisitiva*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)

Sorrentino F., *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2005, 79