

AVANGUARDIA GIURIDICA

collana a cura di MARCO ANTONIOL

espropriazione per pubblica utilità

MA33

DANIELE LOMBARDI

LA RETROCESSIONE NELL'ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ

gli articoli 46,47 e 48
del d.P.R. n. 327/2001

EXEO edizioni 

STUDI APPLICATI

pubblicazioni professionali

ISBN formato pdf : 978-88-95578-70-5

AVANGUARDIA GIURIDICA

collana a cura di **MARCO ANTONIOL**

espropriazione per pubblica utilità

MA33

DANIELE LOMBARDI

LA RETROCESSIONE NELL'ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ

gli articoli 46,47 e 48
del d.P.R. n. 327/2001

EXEO edizioni 

STUDI APPLICATI

pubblicazioni professionali

ISBN formato pdf : 978-88-95578-70-5



fax: 049 9710328 – tel: 049 9710328 martedì e giovedì 12:30 > 14:00
e-mail: info@exeoedizioni.it - www.esproprioonline.it - www.exeoedizioni.it

L'opera è dedicata all'analisi della disciplina dell'istituto della retrocessione nell'espropriazione per pubblica utilità, contenuta nel capo X, titolo II, del d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 (artt. 46, 47 e 48). L'argomento della retrocessione, nelle sue due forme totale e parziale, in genere, salvo alcune autorevoli eccezioni, poco approfondito dalla letteratura, viene affrontato facendo ampio ricorso alla casistica giurisprudenziale. La giurisprudenza ha, infatti, fin dalla l. 25 giugno 1865 n. 2359, giocato un ruolo fondamentale nello scolpire l'essenza dell'istituto, togliendo l'eccesso e rifinando i particolari, nonché colmando i vuoti legislativi. L'analisi degli aspetti salienti dell'istituto, quali ad esempio il presupposto, la situazione giuridica soggettiva dell'istante, gli effetti, la tutela giurisdizionale, il danno da mancata retrocessione ecc., è svolta senza tralasciare la disciplina dettata al riguardo dalla l. n. 2359/1865.

Copyright © 2012 Exeo S.r.l. Tutti i diritti riservati. È consentita la stampa e l'utilizzo in più dispositivi ad esclusivo uso personale della persona fisica acquirente, o del singolo destinatario del prodotto in caso di soggetto acquirente diverso da persona fisica, e dei suoi stretti collaboratori professionali: **ogni diversa utilizzazione e diffusione, con qualsiasi mezzo, con qualsiasi scopo e nei confronti di chiunque altro, è vietata.** Quanto alla riproduzione dei contenuti, sono consentite esclusivamente citazioni in virgolettato a titolo di cronaca, studio, critica, recensione, attività della pubblica amministrazione o professionale, accompagnate dal nome dell'autore, dell'editore, e dal titolo e anno della pubblicazione. Sarà perseguita nelle sedi opportune ogni violazione dei diritti d'autore e di editore. Alle violazioni si applicano le sanzioni previste dagli art. 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della legge 633/1941.

edizione: marzo 2012 | autore: Daniele Lombardi, laureato in giurisprudenza | collana: Avanguardia Giuridica, a cura di Marco Antoniol | materia: espropriazione per pubblica utilità | tipologia: studi applicati | formato: digitale, pdf | codice prodotto: MA33 | ISBN: 978-88-95578-70-5 | prezzo: € 30,00 | editore: Exeo srl CF PI RI 03790770287 REA 337549 ROC 15200/2007 c.s.i.v. € 10.000,00, sede legale piazzetta Modin 12 35129 Padova – sede operativa: via Dante Alighieri 6 int. 1 35028 Piove di Sacco PD casella postale 76/A 35028 Piove di Sacco PD info@exeoedizioni.it. Luogo di elaborazione presso la sede operativa.

professionisti

pubblica amministrazione

SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	6
CAPITOLO I	8
RETROCESSIONE ED ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ	8
1. Nozione e ratio della retrocessione nell'espropriazione per pubblica utilità.....	8
2. Espropriazione e retrocessione: il venir meno del nesso logico- giuridico che lega il bene espropriato e la sua destinazione alla soddisfazione dell'interesse generale	12
3. L'espropriazione quale presupposto della retrocessione.....	16
4. L'effetto della retrocessione: il ritrasferimento del diritto di proprietà sul bene espropriato	23
5. La situazione giuridica soggettiva del proprietario espropriato	27
6. Natura e prescrizione del diritto di retrocessione.....	29
7. I soggetti e l'oggetto della retrocessione.....	36
8. Le questioni attinenti alla tutela giurisdizionale in materia di retrocessione: giurisdizione esclusiva vs. giurisdizione di legittimità	45
8.1 La tutela giurisdizionale prima delle sentenze della Corte Costituzionale n. 204/2004, n. 281/2004 e n. 191/2006	46
8.2 La tutela giurisdizionale dopo l'intervento della Corte Costituzionale.....	48
9. Il danno da mancata retrocessione	54
CAPITOLO II	61
LA RETROCESSIONE TOTALE (ART. 46, D.P.R. N. 327/2001)	61
1. L'art. 46 del d.P.R. n. 327/2001 e l'art. 63 della l. n. 2359/1865	61
2. La causa fondante la retrocessione totale	62

3. Il mero inizio dell'esecuzione dell'opera	68
4. L'impossibilità dell'esecuzione dell'opera	69
5. La previsione del termine decennale per l'esecuzione o l'inizio dei lavori.....	73
6. La tutela giurisdizionale in materia di retrocessione totale....	74
7. Il secondo comma dell'art. 46 del d.P.R. n. 327/2001	77
LA RETROCESSIONE PARZIALE	79
(ART. 47, D.P.R. N. 327/2001)	79
1. L'art. 47 del d.P.R. n. 327/2001 e gli artt. 60, 61 e 62 della l. n. 2359/1865.....	79
2. La causa fondante la retrocessione parziale	81
3. Gli adempimenti procedurali.....	85
3.1 Gli adempimenti procedurali nella l. n. 2359/1865.....	85
3.2 Gli adempimenti procedurali nel d.P.R. n. 327/2001	86
4. La dichiarazione di inservibilità.....	88
5. La tutela giurisdizionale in materia di retrocessione parziale	93
CAPITOLO IV	98
LE DISPOSIZIONI COMUNI.....	98
(ART. 48, D.P.R. N. 327/2001)	98
1. L'art. 48 del d.P.R. n. 327/2001 e l'art. 60 della l. n. 2359/1865	98
2. Il corrispettivo della retrocessione	99
3. Il diritto di prelazione del Comune nella l. n. 865/1971	102
BIBLIOGRAFIA.....	111
SITOGRAFIA.....	116

§§

INTRODUZIONE

L'istituto della retrocessione, nelle sue due forme totale e parziale, si presenta, di solito, come argomento di "nicchia", cui la letteratura non ha dedicato, salvo alcune autorevoli eccezioni, grande attenzione.

Anche il legislatore, in occasione dell'emanazione del d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327, ha dimostrato poco interesse al riguardo, riservandogli solo tre articoli, ma soprattutto rinunciando a colmare rilevanti vuoti di disciplina, rimettendo, in tal modo, all'interprete il compito di precisare, ad esempio, quali sono i soggetti legittimati oltre l'espropriato, se sussiste l'applicabilità in caso di cessione volontaria, quale sia il riparto di giurisdizione, ecc.

Secondo la sommessa opinione di chi scrive, invece, la retrocessione, pur se fase solamente eventuale della vicenda espropriativa, merita ben altra attenzione.

Essa costituisce, infatti, il necessario corollario del principio cardine posto alla base dell'espropriazione per pubblica utilità, principio che rappresenta un'autentica chiave di volta senza la quale il costrutto dell'espropriazione, così come concepito in uno stato di diritto, crollerebbe inesorabilmente.

Mi riferisco, senza ovviamente tralasciare la tassativa previsione da parte della legge e il pagamento dell'indennità, alla necessaria destinazione al soddisfacimento di un interesse generale, rappresentato da un'opera pubblica o di pubblica utilità, quale presupposto per poter sacrificare il diritto di proprietà.

Ecco, allora, che è possibile affermare come sia "ragionevole" prevedere la retrocessione, vale a dire il ritrasferimento del diritto di proprietà al precedente proprietario del bene espropriato, nell'ipotesi in cui il bene medesimo non sia stato destinato al soddisfacimento del suddetto interesse generale, in quanto l'opera

pubblica o di pubblica utilità non è stata realizzata oppure, pur realizzandosi l'opera, "avanzino" dei fondi non utilizzati.

Si è voluto, con la presente monografia, fornire al lettore un'analisi della disciplina dell'istituto della retrocessione contenuta nel capo X, del titolo II, del t.u. espropri (artt. 46, 47 e 48), facendo ampio ricorso alla principale casistica giurisprudenziale, sia civile che amministrativa, esistente sull'argomento.

La giurisprudenza ha, infatti, da sempre, fin dalla l. 25 giugno 1865 n. 2359, giocato un ruolo fondamentale nello scolpire l'essenza dell'istituto, togliendo l'eccesso e rifinendo i particolari, nonché colmando i vuoti legislativi.

L'opera è suddivisa in quattro capitoli. Nel primo dei quali sono stati affrontati gli argomenti e le problematiche che presentano elementi condivisi dalle due tipologie di retrocessione. Gli altri tre capitoli, invece, sono dedicati rispettivamente alla retrocessione totale (art. 46), alla retrocessione parziale (art. 47), e alle disposizioni comuni alle due tipologie di retrocessione (art. 48).

§§

CAPITOLO I RETROCESSIONE ED ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ

1. Nozione e ratio della retrocessione nell'espropriazione per pubblica utilità

Nel linguaggio comune il termine “retrocessione”, quale atto o effetto del retrocedere, indica un movimento contrario al senso di avanzamento, l'indietreggiare, il ritornare indietro nello spazio¹.

Secondo, invece, un significato più propriamente giuridico la retrocessione può essere identificata con l'atto del ritrasferire la titolarità di un bene o di un altro diritto al suo precedente titolare, sia che ciò avvenga in base ad un atto consensuale, sia che avvenga in forza di una norma di legge².

Ai fini che più qui interessano da vicino occorre, però, restringere ulteriormente il campo definitorio, concentrando l'attenzione relativa alla nozione della retrocessione nell'ambito dell'espropriazione per pubblica utilità.

Ecco allora che diventa possibile definire con una maggiore precisione la retrocessione (anche se non ancora in modo completamente esaustivo, ma comunque sufficiente per identificarne la nozione a livello introduttivo) come l'istituto costituente «il naturale bilanciamento di quello espropriativo»³, chiamato ad operare nell'ipotesi in cui il bene espropriato non sia utilizzato in tutto o in parte per la realizzazione dell'opera

¹ BATTAGLIA S., *Grande dizionario della lingua italiana*, XV, UTET, Torino, 1990.

² BATTAGLIA S., *op. cit.*

³ CERISANO G., *Manuale della nuova espropriazione per pubblica utilità*, Padova, 2004, pag. 361ss.

pubblica o di pubblica utilità programmata.

In tale ipotesi il legislatore ha previsto, tramite il capo X del d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 dedicato specificatamente alla retrocessione (artt. 46, 47 e 48), la possibilità per il proprietario espropriato di ottenere la restituzione dei beni ablati.

Si vedrà meglio in seguito, non essendo il presente paragrafo la sede opportuna per tali approfondimenti di analisi, come la circostanza che l'opera non sia stata realizzata o iniziata entro un certo termine, oppure sia stata realizzata, ma non utilizzando completamente i beni espropriati, dia luogo alla fondamentale distinzione tra le due figure di retrocessione previste dal t.u. espropri: la retrocessione totale e la retrocessione parziale⁴.

La *ratio* di tale istituto va ricercata, come affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nel principio del «minor sacrificio possibile dell'interesse privato compatibile con la tutela dell'interesse pubblico»⁵.

Si tratta del principio di proporzionalità, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁶, che proprio in materia di limitazione del diritto di proprietà trova uno dei suoi principali campi di applicazione⁷.

⁴ Anche nel sistema delineato dalla l. 25 giugno 1865 n. 2359, erano contemplate, secondo la giurisprudenza, solamente due tipologie di retrocessione: la retrocessione totale e quella parziale (TAR Abruzzo, Sez. I L'Aquila 29 marzo 1989 n. 141). Così CARANTA R., *Retrocessione e posizione giuridica soggettiva dell'espropriato*, in *Giust. Civ.*, Milano, I, 1993, pag. 217 ss.

⁵ FONDERICO F., *La retrocessione totale e parziale nell'espropriazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, Milano, n. 11/1995, pag. 1055 ss. Cass. SU civ. civ., 6 febbraio 1984 n. 870.

⁶ Si veda, ad es., C.G.Eu., 26 novembre 1985, causa 182/84. Il principio di proporzionalità viene affermato anche dall'art. 5 comma 3 del Trattato istitutivo della Comunità europea, a norma del quale «L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato».

⁷ Il principio in questione deve le sue origini all'elaborazione della giurisprudenza tedesca di fine '800. Sull'argomento si rimanda a FANTIGROSSI U., *Sviluppi recenti del principio di proporzionalità nel diritto amministrativo italiano*, *Liuc Papers*, n. 220, serie *Impresa e Istituzioni*, 26 settembre 2008, in

Tale principio generale dell'ordinamento «implica che la pubblica amministrazione debba adottare la soluzione idonea ed adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti. Esso si risolve, in sostanza, nell'affermazione secondo cui le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, sia con atti normativi, sia con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo, cioè adeguato all'obiettivo da perseguire, e necessario, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile»⁸.

Il sacrificio dell'interesse privato è, a norma del comma terzo dell'art. 42 della Costituzione, giustificato solamente in ragione del soddisfacimento dell'interesse generale e nelle ipotesi tassativamente indicate dalla legge (leggasi dichiarazione di pubblica utilità), nonché prevedendo il pagamento di un'indennità.

Il nesso tra il «trasferimento coattivo della proprietà e i motivi di interesse generale presuppone [...] l'identificazione di una plausibile idoneità del mezzo al fine, ossia una apprezzabile proporzionalità tra l'interesse da perseguire e lo strumento

<http://www.biblio.luic.it>. L'autore, una volta richiamato il caso *Kreuzberg* del 1882, «nell'ambito del quale una corte amministrativa prussiana aveva ritenuto invalida l'ordinanza di chiusura di un negozio alimentare, nel quale si vendeva alcool, privo di licenza, senza che l'autorità avesse valutato la possibilità di adottare un provvedimento sanzionatorio di minor gravità», ricorda come già G.D. Romagnosi, nelle sue *Istituzioni di diritto amministrativo* (Milano, 1814), aveva individuato nel principio di proporzionalità una delle «basi direttrici», così le definiva il Romagnosi medesimo, «del diritto amministrativo, come regolatore delle ipotesi in cui la norma positiva e la sua corretta interpretazione non fossero sufficienti ad identificare una regola di condotta ove si tratti di imporre, nel pubblico interesse, un sacrificio agli interessi del privato».

⁸ Cons. St., Sez. IV, 14 aprile 2006 n. 2087.

prescelto, proprio perché quest'ultimo comporta il sacrificio forzato di un diritto»⁹.

Oltre a tali ragioni è possibile considerare, quale *ratio* della retrocessione, anche esigenze di carattere finanziario, all'ordine del giorno nell'agenda dell'attuale contesto di crisi economica¹⁰.

È quanto emerge da una sentenza del giudice amministrativo in tema di retrocessione parziale in base alla quale, per lo meno in tale tipologia di retrocessione, la funzione dell'istituto in esame non sarebbe quella di «risarcire» il proprietario legittimamente espropriato [...] ma risponde all'interesse della p.a. di liberarsi di un bene «inservibile» cedendolo (beninteso a pagamento) al soggetto che presumibilmente è il più interessato ad acquistarlo»¹¹.

Nel senso di una sempre maggiore rilevanza degli aspetti finanziari nell'azione dei pubblici poteri (anche) in tema di retrocessione, è possibile citare un'altra sentenza, relativa questa volta alla prelazione riconosciuta al Comune dall'art. 48 del d.P.R. n. 327/2001, nella quale si afferma che laddove la suddetta prelazione comunale «venga esercitata nell'assenza della necessaria provvista finanziaria, la stessa si risolve in una prenotazione e non già in una prelazione. Occorre porre sempre maggiore attenzione al profilo finanziario dell'attività pubblica, sì che anche tale aspetto deve essere apprezzato in sede di controllo di legittimità degli atti amministrativi, non apparendo più

⁹ GASPARRI W., *Espropriazione (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano 2006, pag. 2305 ss.

¹⁰ In tal senso si veda anche SAITTA N., *Prime osservazioni sulla "nuova" retrocessione dei beni espropriati*, Saggio dedicato agli *Scritti in onore di Leopoldo Mazzaroli*, punto 1, in <http://www.lexitalia.it>, il quale fa riferimento a ragioni di carattere economico del beneficiario dell'espropriazione: «l'improduttività di un bene inutilizzato o non più utilizzabile in tutto o in parte». Oltre agli aspetti economico-finanziari l'autore menziona, tra le ragioni poste alla base della retrocessione, anche quelle di carattere affettivo dell'espropriato: «l'interesse, anche non economico, a ricomporre l'unità del cespite spezzata dall'espropriazione riunificando il compendio patrimoniale originario».

¹¹ TAR Umbria, Sez. I Perugia, 12 gennaio 2007 n. 8. I giudici umbri rimandano, in tema, a C. Cost., 6 luglio 1987, n. 245.

concepibile che un ente pubblico contragga impegni di spesa senza una qualsivoglia previsione circa la loro copertura»¹².

2. Espropriazione e retrocessione: il venir meno del nesso logico-giuridico che lega il bene espropriato e la sua destinazione alla soddisfazione dell'interesse generale

L'espropriazione per pubblica utilità quale disciplinata dal t.u. espropri, tipica espressione dell'esercizio dei c.d. poteri ablatori reali¹³, viene definita come «il provvedimento che ha l'effetto di costituire un diritto di proprietà o altro diritto reale in capo ad un soggetto (detto espropriante, non necessariamente si tratta dell'amministrazione che emana il provvedimento), previa estinzione del diritto in capo ad altro soggetto (espropriato) al fine di consentire la realizzazione di un'opera pubblica o per altri motivi di pubblico interesse e dietro versamento di un indennizzo»¹⁴.

La proprietà privata è riconosciuta e garantita dall'ordinamento europeo, da quello italiano e dalla totalità degli ordinamenti che presuppongono un'economia di mercato, i quali prevedono disposizioni sostanzialmente simili al nostro art. 42 della Costituzione¹⁵

Nell'art. 42, tipica espressione del carattere compromissorio della Costituzione italiana, è presente «la difficile coesistenza di due opposte ideologie, quella che fa della proprietà l'asse portante della libertà, e quella che l'ammette solo se e in quanto

¹² TAR Liguria, Sez. I Genova, 22 gennaio 2011 n. 152.

¹³ GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, pag. 1144, il quale parla, al riguardo, di «procedimenti ablatori reali».

¹⁴ CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2005, pag. 324.

¹⁵ Si vedano ad esempio: C.e.d.u., Protocollo 1, art. 1; Carta dei diritti fondamentali dell'UE, art 17; Trattato Cost. UE, art. 11-77; Grundgesetz, art. 14; V Emendamento alla Costituzione federale americana.

compatibile con la funzione sociale»¹⁶

Il comma secondo dell'art. 42, infatti, tramite una riserva di legge rinforzata, attribuisce alla legge ordinaria il compito di riconoscere e garantire la proprietà privata, determinandone modi di acquisto, di godimento e i limiti, allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.

Al fine di assicurare la predetta funzione sociale l'ordinamento può imporre al proprietario, tramite l'espropriazione per pubblica utilità non a caso definita come «uno degli istituti più caratteristici del rapporto tra libertà e autorità»¹⁷, il massimo sacrificio di quello che nel secolo XVIII C. Beccaria definiva «il terribile, e forse inutile diritto»¹⁸.

È chiaro che, qualora i pubblici poteri necessitino di beni che il mercato non riesce a produrre, quale ad esempio un terreno su cui deve essere necessariamente realizzato uno svincolo volto a decongestionare il traffico, «non c'è dubbio che l'aggregato dei moltissimi pendolari che beneficiano di quest'opera potrebbe essere quantificato in misura molto superiore di quello della proprietaria del piccolo immobile con giardino, che andrebbe sacrificato per poter realizzare l'opera pubblica. La decisione [...] è sicuramente giustificata sul piano dell'efficienza economica»¹⁹.

Tale sacrificio massimo, vale a dire la perdita del diritto di proprietà, non necessariamente definitiva se si considera l'eventuale retrocessione del bene espropriato, andando ad

¹⁶ BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, 2004, pag. 517.

¹⁷ GASPARRI W., pag. 2305 ss.

¹⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, cap. XXII.

¹⁹ MATTEI U., *I diritti reali - 1- La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2003, pag. 433. L'autore precisa che «tuttavia, l'applicazione di questo criterio, a carattere nettamente maggioritario, non aiuta a risolvere il bilanciamento del conflitto fra una maggioranza e una minoranza. Per sostituire al criterio della massimizzazione del benessere quello paretiano, ben maggiormente rispettoso dei diritti individuali, occorrerebbe, infatti, una compensazione (non meramente potenziale, ma effettivamente pagata), tale da riportare la proprietaria dell'immobile esattamente sulla curva di indifferenza da cui l'espropriazione la sposterebbe».

incidere su un diritto fondamentale riconosciuto e garantito dalla Costituzione, è consentito solo nel rispetto dei limiti e delle garanzie imposti dalla Costituzione medesima.

La tutela della proprietà privata nei confronti dei pubblici poteri «elaborata sul piano teorico dal diritto naturale ed incorporata nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo scaturita dalla rivoluzione francese [...] si è diffusa a macchia d'olio nel mondo occidentale. Il contenuto della garanzia ha creato una sorta di diritto comune, fondato su due capisaldi: la necessità della “pubblica utilità” e l'indennizzo»²⁰.

Ecco allora che il comma terzo dell'art. 42 Cost. dispone che «la proprietà privata possa essere, nei casi previsti dalla legge e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale»²¹.

La riserva di legge contenuta nell'art. 42, comma terzo, della Costituzione è una riserva di legge relativa che consente di disporre la sottrazione coattiva della proprietà privata anche tramite atto amministrativo.

Le garanzie del privato vengono, in tal caso, tutelate attraverso il controllo, esercitato dalla Corte Costituzionale, «del rispetto, da parte del legislatore ordinario, dei limiti e delle condizioni da cui

²⁰ MATTEI U., pag. 429. È interessante, al riguardo, aggiungere come l'espropriazione per pubblica utilità, inconcepibile nell'ottica della concezione del *dominium* tipica del diritto romano, ma anche, in senso opposto, in quella del *dominio eminens* caratteristica del periodo feudale, sia andata affermandosi solo in epoca comunale, grazie ad una concezione della proprietà privata la quale, nella visione solidaristica e cristiana tipica di quel periodo, poteva essere sacrificata solo nell'interesse collettivo e dietro pagamento di un giusto *pretium*. Principio questo che, successivamente elaborato e arricchito del requisito della preventiva e generale previsione da parte della legge, è giunto fino ai giorni nostri. Per una premessa storica sull'espropriazione si veda: NICOLINI U., *Espropriazione per pubblica utilità*, a) *Premessa storica*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1989, XV, pag. 802 ss.

²¹ In modo analogo disponeva anche l'art. 29 dello Statuto Albertino: «Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili. Tuttavia, quando l'interesse pubblico legalmente accertato lo esiga, si può essere tenuti a cederle in tutto o in parte, mediante una giusta indennità conformemente alle leggi».

dipende la legittimità del provvedimento»²².

La suddetta sottrazione coattiva è riconosciuta in capo ai pubblici poteri non in generale, bensì solamente nelle ipotesi indicate dalla legge in modo tassativo, «ossia in quei casi in cui la legge attribuisce all'amministrazione il potere di dichiarare la pubblica utilità di un'opera»²³.

Illuminante, circa il ruolo svolto dalla dichiarazione di pubblica utilità quale limite al potere espropriativo, è quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa, secondo la quale la suddetta dichiarazione ha la funzione di individuare «il concreto interesse pubblico da perseguire (attraverso l'approvazione del progetto dell'opera da realizzare)» e di destinare «definitivamente il bene del privato, necessario per la realizzazione di quell'opera, al soddisfacimento dei relativi interessi generali, riconoscendo la sussistenza di un nesso logico, oltretutto giuridico e teleologico, tra il bene dichiarato di pubblica utilità ed il provvedimento espropriativo, nel senso che quest'ultimo è autorizzato a sottrarre il bene al legittimo proprietario solo ed esclusivamente nella misura in cui effettivamente il bene stesso sia utilizzato poi per il conseguimento dello specifico interesse pubblico fissato con la dichiarazione di pubblica utilità»²⁴.

Può accadere, però, che tale nesso venga meno perché l'opera pubblica, alla cui realizzazione il bene espropriato era destinato, non è stata realizzata nei termini previsti, oppure è stata realizzata, ma alcuni dei fondi espropriati non hanno ricevuto la prevista destinazione, in quanto non utilizzati.

²² MACARIO F., *Art. 42, in Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., I, Torino, 2006, pag. 864 ss.

²³ GASPARRI W., pag. 2305 ss.

²⁴ TAR Lombardia, Sez. I Brescia, 6 maggio 2008 n. 480. Riguardo il nesso logico che lega il bene dichiarato di pubblica utilità e il provvedimento espropriativo anche Cons. St., Sez. IV, 8 luglio 2003 n. 4057; TAR Puglia, Sez. I Bari, 17 agosto 2010 n. 3401. Mentre di «coerenza con i principi costituzionali alla base dell'espropriazione» si parla in TAR Basilicata, Sez. I Potenza, 11 marzo 2011 n. 128.

È proprio in tale evenienza che opera la retrocessione, nelle sue due forme, totale e parziale, consentendo di ottenere il ritrasferimento, a favore del proprietario espropriato, di quei beni che furono sacrificati in nome dell'interesse generale.

Si comprende, quindi, come il legislatore abbia predisposto non solo «rigorosi accertamenti preliminari all'espropriazione in ordine alla sussistenza dei necessari presupposti che giustifichino tale sacrificio», ma anche «una sorta di controllo in certo senso *ex post*, volto a verificare se, in concreto, fosse proprio necessario il sacrificio stesso»²⁵.

Nel caso dall'esito di questo controllo *ex post*, rappresentato da un lato dalla «verifica dell'avvenuto completamento o quanto meno dell'inizio dell'opera», dall'altro dall'accertamento, «ad opera realizzata, della mancata utilizzazione di parte del bene espropriato», emerga che il sacrificio imposto alla proprietà privata attraverso l'espropriazione sia ingiustificato, si avvia «un meccanismo restitutorio che dovrebbe in certo modo porre riparo al...mal fatto»²⁶.

Del resto, se per H. de Balzac «l'amministrazione è l'arte di applicare la legge senza offendere gli interessi»²⁷, si comprende come tale meccanismo restitutorio vada identificato con l'istituto della retrocessione.

3. *L'espropriazione quale presupposto della retrocessione*

Alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso la Corte Costituzionale interpretò i rapporti tra espropriazione e retrocessione nel senso della separazione strutturale e funzionale tra i due istituti, individuando nell'espropriazione un mero

²⁵ SAITTA N., punto 1.

²⁶ SAITTA N., punto 1.

²⁷ DE BALZAC H., *La Comédie humaine - Le médecin de campagne*, 1832-1833.

antecedente storico della retrocessione²⁸.

In realtà, come è stato osservato, tale impostazione lascia senza risposte «il quesito circa il perché la retrocessione debba avere luogo, potendosi immaginare, in assenza di qualunque legame sistematico con la precedente espropriazione, che il beneficiario dell'esproprio possa trattenere il bene e magari venderlo a condizioni più favorevoli»²⁹.

Procedendo in tal modo si tradirebbe quello che si è visto essere il presupposto fondante l'espropriazione, e cioè che il diritto dominicale può essere coattivamente sottratto al suo proprietario solo nella misura in cui serva all'esecuzione di un'opera realizzata nell'interesse generale della collettività.

Ad una espropriazione quale vero e proprio «presupposto indispensabile per dare attuazione all'istituto» della retrocessione fa riferimento una recente sentenza del TAR Veneto, secondo la quale occorre, a tal fine, che «i beni oggetto di richiesta di restituzione da parte degli originari proprietari siano stati dai medesimi ceduti a favore dell'amministrazione nell'ambito di una procedura espropriativa, finalizzata alla realizzazione di un'opera di pubblica utilità»³⁰.

La pronuncia si inserisce in quel filone giurisprudenziale e dottrinale che ammette la retrocessione anche in caso di cessione volontaria, vale a dire quell'atto di cessione, volontaria appunto, avente ad oggetto il bene o la quota di proprietà sul bene medesimo, che a norma dell'art. 45 del t.u. espropria il proprietario ha il diritto di stipulare con il soggetto beneficiario dell'espropriazione³¹.

²⁸ C. Cost., 6 luglio 1987, n. 245.

²⁹ GASPARRI W., pag. 2305 ss.

³⁰ TAR Veneto, Sez. I Venezia, 21 marzo 2011 n. 469.

³¹ Oltre TAR Veneto, Sez. I Venezia, 21 marzo 2011 n. 469, si veda anche: Cass., Sez. I civ., 30 luglio 2004 n. 14642; Cons. St., Sez. IV, 19 febbraio 2007 n. 874; TAR Puglia, Sez. III Lecce, 15 gennaio 2010 n. 169; TAR Lombardia, Sez. I Brescia, 30 dicembre 2004 n. 1988. Per quanto riguarda la dottrina è possibile segnalare: CERISANO G., pag. 361; CONTICELLI M., *L'espropriazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, pag. 1987

Tale contratto ad oggetto pubblico, che può essere stipulato dalla dichiarazione di pubblica utilità e fino alla data in cui è eseguito il decreto di esproprio (immissione in possesso), produce, a norma del comma 3 dell'art. 45 del d.P.R. n. 327/2001, lo stesso effetto tipico del decreto di esproprio (il trasferimento della proprietà del bene ablato e l'estinzione di tutti gli altri diritti reali o personali gravanti su di esso, salvo quelli compatibili con i fini cui l'espropriazione è preordinata) senza, però, che sia necessario portare a termine la procedura, emanando il decreto di esproprio medesimo³².

Il capo X del t.u. espropri nulla dice circa l'estensione della retrocessione alle ipotesi in cui il bene sia stato ceduto a seguito di cessione volontaria, ma è lo stesso art. 45, al comma 4, che prevede espressamente l'applicazione, in quanto compatibili, delle disposizioni contenute nel suddetto capo X.

È stato al riguardo osservato che «il testo unico, andando in contrario avviso rispetto ad una, seppure isolata, giurisprudenza di legittimità [...] abbia voluto escludere l'ammissibilità della risoluzione della cessione volontaria per inadempimento, prevedendo, invece, la possibilità di una caducazione dell'accordo di cessione, mediante il ricorso all'istituto della retrocessione»³³.

ss. Contrario all'operatività della retrocessione nel caso di cessione volontaria è SAITTA, secondo il quale, partendo dal dato della previsione come corrispettivo della retrocessione di un'indennità da calcolare con i medesimi criteri utilizzati per la determinazione dell'indennità di esproprio, «è agevole concludere per la negativa in ordine alla problematica in questione sulla base della semplice considerazione che, in caso di cessione volontaria dei beni espropriandi, al proprietario non viene corrisposta la pura e semplice indennità espropriativa [...]. Ammetterlo alla retrocessione significherebbe consentirgli di lucrare rispetto al corrispettivo della cessione volontaria più o meno liberamente concordata», SAITTA N., punto 11.

³² Cass., Sez. I civ., 2 marzo 1999 n. 1730.

³³ BORGIO M., *Le società di trasformazione urbana. L'acquisizione degli immobili: le problematiche espropriative anche alla luce del nuovo T.U. dell'espropriazione per pubblica utilità*, in <http://www.esproprioonline.it/>. L'autore si riferisce al rinvio, contenuto nel comma 4 dell'art. 45 del t.u. espropri, alla disciplina del capo X, in quanto compatibile. Il richiamo alla giurisprudenza favorevole

A favore di una regolare procedura espropriativa quale presupposto necessario della retrocessione è da considerare anche la circostanza che la retrocessione stessa non trova applicazione nell'ipotesi della restituzione del bene a seguito dell'annullamento o della revoca del decreto di esproprio³⁴.

Sul punto la giurisprudenza concorda affermando che «l'annullamento giurisdizionale di tutti gli atti della procedura espropriativa ed in particolare di quello traslativo della proprietà - rappresentato dal decreto di esproprio - esclude che il Comune [...] possa qualificarsi come proprietario dei beni illegittimamente occupati. Proprio per tale ragione l'amministrazione intimata avrebbe dovuto provvedere direttamente, a seguito della caducazione in sede giurisdizionale del decreto di esproprio, alla restituzione della proprietà illegittimamente acquisita e, quindi, alla reintegrazione dei proprietari nel possesso dei beni espropriati»³⁵.

A differenza di quanto avviene nel caso della cessione volontaria, la retrocessione non opera nell'ipotesi di compravendita conclusa tra privato e pubblica amministrazione al di fuori del procedimento espropriativo.

È quanto avvenuto nel caso oggetto della pronuncia del TAR Veneto prima menzionata, nella quale era stata stipulata una compravendita prima dell'approvazione del piano per l'urbanizzazione per le attività industriali, e quindi prima della dichiarazione di pubblica utilità e di indifferibilità e urgenza, non rilevando a tal fine il fatto che l'amministrazione abbia concluso il contratto determinata dalla volontà di dare attuazione alle suddette previsioni urbanistiche.

La retrocessione (totale e parziale) non è stata considerata

all'ammissibilità della risoluzione della cessione volontaria per inadempimento, è relativo a Cass., Sez. I civ., 14 febbraio 2000, n. 1603.

³⁴ PALLOTTINO M., *Retrocessione dei beni espropriati*, in *Enc. Dir.*, Milano, XL,1989, pag. 93 ss. L'autore evidenzia come ai fini dell'applicazione dell'istituto della retrocessione «non si ha, né si presuppone alcuna rimozione del provvedimento espropriativo».

³⁵ TAR Sicilia, Sez. III Palermo, 7 luglio 2006 n. 1605.

applicabile, pur essendo istituto avente carattere generale, anche «nei casi in cui (come nell'ipotesi dell'attuazione della riforma fondiaria di cui alle leggi nn. 230/1950 e 8417/1950), l' "utilizzo" dell'immobile abitato consegua alla semplice espropriazione dell'area, considerata in sé per sé indipendentemente dalla sua specifica destinazione»³⁶.

Proseguendo con le ipotesi di non operatività della retrocessione, è possibile prendere in considerazione tutti quei casi in cui «l'atto ablativo non consista in una espropriazione, ovvero non disponga un trasferimento definitivo della proprietà dell'immobile: così, le occupazioni temporanee o d'urgenza e le occupazioni illecite, perché senza titolo o con titolo annullato o decaduto [...] così di conseguenza, la cosiddetta accessione invertita»³⁷.

Nel senso dell'impossibilità di applicare l'istituto oggetto del presente studio nell'ipotesi dell'accessione invertita, si è espressa anche la Corte d'Appello di Roma secondo la quale, essendo presupposto della retrocessione «una regolare espropriazione», essa non opererà nel caso in cui «il trasferimento è invece avvenuto nella forma dell'accessione invertita a cagione dell'irreversibile mutazione del terreno per effetto della realizzazione dell'opera pubblica, completata dopo lo spirare del termine di occupazione legittima»³⁸.

³⁶ TAR Campania, sez. II Salerno, 24 novembre 2009 n. 6910. In tale sentenza i giudici campani, osservano come, secondo la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. SU civ., 2 febbraio 1963 n. 183), l'espropriazione prevista dalle leggi di riforma agraria prevedeva due distinte e concorrenti finalità: da un lato il ridimensionamento della proprietà terriera, dall'altro la trasformazione e la colonizzazione agraria. Qualora una sola delle predette finalità si sia realizzata (nel caso di specie il ridimensionamento della proprietà per effetto dell'espropriazione), diventa irrilevante la mancata attuazione della seconda, dovendosi, di conseguenza, ritenere non operante il presupposto della mancata o parziale utilizzazione del bene espropriato richiesto per l'operare della retrocessione.

³⁷ PALLOTTINO M., pag. 93 ss.

³⁸ App. Roma, Sez. I civ., 6 dicembre 2010. Si veda anche TAR Puglia, sez. III Bari, 7 ottobre 2011 n. 1496, dove si parla di «radicale incompatibilità tra