

Espropri *online*

l'espropriazione per pubblica utilità

rivista bimestrale
fondata e diretta da Paolo Loro

anno 2 numero 6
novembre dicembre 2008

SOLLEVATA LA QUESTIONE DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE DELL'ARTICOLO 43 TUE

Nota alla ordinanza TAR Campania, sez. V Napoli, 29/10/2008 n. 730

Pubblicato su EOL in data 14 novembre 2008

PAOLO LORO

Si sapeva che prima o poi sarebbe successo: è toccato al TAR Campania, sezione V Napoli sottoporre l'articolo 43 al vaglio di costituzionalità (ordinanza n. 730 del 29 ottobre 2008; presidente Antonio Onorato, relatore Gabriele Nunziata), avendo «tentato inutilmente, praticando il canone ermeneutico dell'interpretazione adeguatrice, di utilizzare tutti gli strumenti ermeneutici quali riconosciuti per trarre dalla citata disposizione censurata un significato costituzionalmente corretto».

L'occasione è fornita al giudice campano da una vicenda, a suo modo esemplare, di giustizia impotente, che illustra come sia stato possibile frustrare qualunque tentativo – commissario *ad acta* compreso – di ottenere l'esecuzione – non di una – ma di reiterate sentenze di ogni ordine e grado, aventi tutte ad oggetto la condanna alla restituzione del bene (si badi bene: non ancora irreversibilmente trasformato), salvo l'affossamento finale di ogni speranza derivante dall'esercizio da parte del Comune (non senza un tentativo annullato) dell'articolo 43.

Nel 2003 una Amministrazione comunale approvava il progetto di un campo di calcio disponendo l'acquisizione dell'area in violazione delle più elementari regole espropriative. La delibera veniva impugnata e annullata dal TAR.

Con ulteriori successive sentenze del TAR veniva prima annullata una nota del Comune di diniego di restituzione del suolo occupato e disposta la restituzione ai ricorrenti del terreno previo ripristino dello stato

dei luoghi, poi accolto il ricorso per l'esecuzione del relativo giudicato con nomina di un commissario *ad acta*.

Nel 2005 anche l'adito Consiglio di Stato (sent. n. 2095) imponeva all'Amministrazione di restituire l'area occupata e detenuta illegittimamente.

L'Amministrazione comunale perseverava nel non restituire il bene, finendo per adottare all'inizio del 2008 la procedura ex articolo 43, con provvedimento di Giunta. A seguito di impugnazione, il TAR annullava per incompetenza, con ennesima condanna del Comune alla *restitutio in integrum*.

Il Comune non impugnava la sentenza e disponeva nuovamente l'acquisizione coattiva sanante, questa volta con delibera di Consiglio Comunale.

I proprietari proponevano infine due ricorsi: uno per l'ottemperanza della sentenza passata in giudicato, l'altro avverso la delibera di adozione del nuovo provvedimento acquisitivo.

Il Comune si costituiva chiedendo con ricorso incidentale che, in caso di fondatezza dei ricorsi, fosse disposta la sola condanna al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene, ai sensi e per gli effetti di cui all'art.43, comma 3, del DPR n.327/2001, sostenendo la prevalenza dell'interesse pubblico al mantenimento dell'opera.

Il TAR campano a questo punto constata che, a seguito del nuovo – e questa volta non viziato per incompetenza – provvedimento di acquisizione sanante ad opera del Consiglio comunale « la richiesta restituzione quale ripristino in forma reale non può più avere luogo. Si ritiene, infatti, pacificamente che anche in sede di giudizio di ottemperanza trovi applicazione la disposizione dell'art. 43 del DPR 327 del 2001 che, in caso di apprensione e modifica di “res sine titulo” o con titolo annullato, consente la possibilità di neutralizzare la domanda di restituzione del bene proprio e solo con l'adozione di un atto formale preordinato alla acquisizione del bene medesimo (con corresponsione di quanto spettante a titolo risarcitorio), ovvero con la speciale domanda giudiziale formulata nel giudizio in questione ai sensi dello stesso articolo 43. »

Il TAR, dopo una ricostruzione dell'istituto dell'occupazione appropriativa e della disciplina – con esso incompatibile – dell'acquisizione sanante introdotta dall'articolo 43 del DPR 327/2001, considerata applicabile retroattivamente in quanto avente natura processuale, concentra la sua attenzione sulla verifica della legittimità dell'assetto degli interessi

quale risultante nella gravata delibera consiliare di adozione del provvedimento acquisitivo.

Secondo il TAR, « la giurisprudenza (da ultimo, Cons. Giust. Ammin., 29.5.2008, n.490), sembra ormai persuasa che l'art.43 del DPR n.327 del 2001 persegue una finalità di sanatoria di situazioni nelle quali l'autorità dello Stato si sia espressa mediante una compressione del fondamentale diritto di proprietà in assenza delle procedure legittime di esproprio. Non rileva dunque la causa della illegittimità del comportamento, se cioè eseguito in assenza di una dichiarazione di pubblica utilità o a seguito dell'annullamento di essa o per altre cause, ma ciò che è sostanziale è che l'interesse pubblico non può essere soddisfatto altro che con il mantenimento della situazione ablativa. 5.1 In altri termini la rottura dell'equilibrio autorità - libertà recata da detta norma è sottoposta, per volontà dello stesso Legislatore, a limiti formali ma soprattutto sostanziali che, secondo l'insegnamento della Adunanza Plenaria n. 2 del 29 aprile 2005, si riconducono ad un'approfondita e meditata motivazione sull'esercizio di un tale potere *extra ordinem*, là dove il Legislatore si esprime con la frase "valutati gli interessi in conflitto" dal tenore della quale scaturisce la necessità di una valutazione comparativa tra l'interesse pubblico e quello privato. Al riguardo l'interesse privato non è esattamente quello alla utilizzazione del bene per scopi personali, ma esclusivamente quello alla difesa dell'irrinunciabile diritto di proprietà; la valutazione non può dunque essere compiuta tra l'utilità effettiva che il privato ricava o intende ricavare dal bene e quella a favore della collettività, ma tra la tutela del diritto costituzionale alla proprietà privata e il particolare beneficio che l'acquisizione reca all'interesse pubblico. La motivazione deve perciò porre in luce esattamente i motivi di interesse alla realizzazione dell'opera, indicando anche la non percorribilità di soluzioni alternative, dando preciso conto della urgenza che ha imposto di obliterare le procedure corrette, ovvero delle contingenze che hanno interrotto, sospeso, annullato o comunque non hanno condotto a buon fine il giusto procedimento espropriativo; va inoltre evidenziata la assoluta necessità, e non mera utilità, che l'immobile sia acquisito nello stato in cui si trova, dal momento che la mancata acquisizione costituirebbe uno spreco di risorse pubbliche. »

Dunque il TAR prende atto che la sanabilità mediante acquisizione ex art. 43 può riguardare qualunque tipo di illegittimità, anche i casi più gravi di assenza di una originaria dichiarazione di pubblica utilità, rilevando non il vizio della procedura ma l'interesse pubblico sostanziale al

L'ARTICOLO 43 T.U.E. E LA CORTE COSTITUZIONALE

Nota alla ordinanza TAR Campania, sez. V Napoli, 29/10/2008 n. 730

Publicato su EOL in data 17 novembre 2008

ROBERTO CONTI

Davvero interessante l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del Tar Campania-sez.Napoli-.

Essa, coraggiosamente, intende rappresentare la coscienza critica del giudice amministrativo che, nella stragrande maggioranza, è stato visto dagli interpreti come strenuo difensore dell'art.43 testo unico espropriazione e delle soluzioni in esso esposte nel tentativo di riportare l'ordinamento interno su canoni di conformità alle norme convenzionali sancite dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

Già in altra occasione abbiamo tentato di fare una compiuta analisi della disposizione introdotta traumaticamente all'interno del testo unico espropriazione e ad essa ci permettiamo di rinviare, salvo qualche cenno che si renderà fare specificamente nel prosieguo, per evitare sterili e poco proficue ripetizioni-Conti, *L'occupazione acquisitiva.Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006,473-625-.

Non resta, allora, che concentrarsi sui vizi di costituzionalità prospettati dal giudice remittente, alcuni dei quali si dirà subito, non convincono, rimettendosi alla completa disamina in fatto della vicenda processuale già compiuta da Paolo Loro nel suo scritto, già pubblicato su questa Rivista - Loro, *Sollezata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 43-*.

Il giudice campano ha per un verso ipotizzato che l'interpretazione della disposizione appena ricordata espressa dalle Corti amministrative - *ex plurimis* Cons.Stato Ad.Plen.n.2/2005 -, nel consentire che l'atto di ac-

quisizione sanante intervenga successivamente alla declaratoria giurisdizionale di restituzione dell'area- anche se irreversibilmente trasformata- al legittimo proprietario in dipendenza dell'accertata illegittimità della procedura ablatoria, finirebbe con l'intaccare l'intangibilità del giudicato, vulnerando uno dei principi fondamentali dell'ordinamento, scolpito dall'art.2909 c.c.

D'altro lato, dubbi vengono espressi in ordine alla concreta utilizzazione che le Amministrazioni hanno fatto dell'art.43, facendolo assurgere a momento "ordinario" dell'azione amministrativa concernente l'acquisizione al patrimonio pubblico di aree destinate alla realizzazione di opere di pubblica utilità, in tal modo stravolgendo il sistema fissato in via generale dallo stesso testo unico e dunque legittimando operazioni elusive degli obblighi procedimentali dell'instaurazione del contraddittorio.

Non mancano, ancora, riferimenti espliciti alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che avrebbe individuato nello strumento introdotto nel testo unico il rischio di operazione arbitrarie in danno del proprietario sostanzialmente sovrapponibili a quelle che avevano caratterizzato la *stagione giurisprudenziale* dell'occupazione acquisitiva - e di quella usurpativa-.

Il par.7 della motivazione si diffonde, ancora, sul tema dei rapporti fra ordinamento interno e diritto sovranazionale-della CEDU- facendo esplicito richiamo alla sentenza n.349/2007 della Corte costituzionale che ha dichiarato l'incostituzionalità del criterio risarcitorio introdotto dal comma 7 bis dell'art.5 bis della l.n.359/1992, probabilmente intendendo completare il ragionamento espresso al par.6.2.2.

Quanto al par.8, esso è invece dedicato integralmente ai profili per così dire "di rito" diffondendosi sui possibili vizi dell'art.43 per eccesso di delega e dunque sull'ipotetico contrasto della disposizione con l'art.76 Cost. per violazione dei principi guida fissati nella legge delega n.59/1999.

Così riassunti i termini del provvedimento in rassegna, i primi due profili, che possono esaminarsi congiuntamente, non sembrano fondarsi su argomentazioni idonee a sostenere l'incostituzionalità della disposizione "incriminata".

Devesi infatti ricordare che la Corte costituzionale italiana ha ripetutamente affermato che le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma per-

ché è impossibile darne interpretazioni costituzionali- Corte cost. 2003 n.301-.

Principio ulteriormente chiarito quando si è riconosciuto che «eventuali residue incertezze di lettura sono destinate a dissolversi una volta che si sia adottato, quale canone ermeneutico preminente, il principio di supremazia costituzionale che impone all'interprete di optare, fra più soluzioni astrattamente possibili, per quella che rende la disposizione *conforme a Costituzione*»¹.

In modo ancora più chiaro è stato poi sottolineato da Corte cost. n. 190/2000 che l'interpretazione *conforme a Costituzione* deve essere privilegiata per evitare il vizio di incostituzionalità della norma interpretata.

Se dunque il giudice è abilitato a sollevare la questione di legittimità costituzionale solo dopo avere accertato che è impossibile seguire un'interpretazione *costituzionalmente corretta*², ne consegue l'inammissibilità delle questioni che non si danno carico di chiarire se sia possibile offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata dalla norma.

Ecco, allora, che lo scenario che il giudice rimettente campano descrive in parte qua, a ben considerare, muove dall'interpretazione della disposizione operata da un numero consistente di operatori del settore-amministrazioni – e dal diritto *vivente* -giudici- che avrebbe condotto a risultati abnormi tanto sotto il profilo dell'ambito operativo dell'art.43, quanto in ordine alla possibilità stessa di consentire l'operatività dell'art.43 in sede di ottemperanza, in tal modo rendendo caducabile l'accertamento in ordine al diritto alla restituzione del fondo operato dal giudice amministrativo nella fase di merito attivata dal proprietario e, con esso, la *forza* del giudicato.

Ma rispetto a queste considerazioni sembra agevole osservare che il remittente sembra non considerare i principi fissati dalla Corte costituzionale di cui si è dato conto sopra.

In altri termini, nulla avrebbe impedito al giudice remittente di considerare l'illegittimità dell'atto di acquisizione sanante adottato dall'amministrazione nel corso del giudizio di ottemperanza come richiesto dai ricorrenti nel secondo ricorso, proprio per le ragioni esposte a so-

¹ Corte cost.2003 n.198. La questione è stata dichiarata inammissibile (o manifestamente inammissibile) qualora il giudice rimettente non abbia tentato l'interpretazione conforme (Corte cost. 2003 n.279), anche se si sia richiamato a un diritto vivente contrario, dal quale abbia ritenuto di non poter prescindere (Corte cost. 2003 n.229), tanto più quando un'interpretazione idonea a fugare il dubbio di costituzionalità fosse rintracciabile nella giurisprudenza (Corte cost. 2003 n.348), specie in quella della Cassazione (Corte cost. 2003 nn.19, 107, 244).

² Corte cost. 2003 n.19

ESTINZIONE DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ, IMPOSSIBILITÀ DI ABBANDONO DEI BENI IMMOBILI E POTERI DI SUPPLENZA DEL GIUDICE

Nota a TAR Puglia sez. III n. 2176/2008

Publicato su EOL il 4 novembre 2008

JACOPO DE PAOLIS

1. E' notizia di pochi giorni orsono: la sezione III del Tar Puglia, nel suo recente arresto giurisprudenziale del 22 settembre (Sentenza 2176/2008) ha sconvolto i consolidati orientamenti giurisprudenziali delle supreme Giurisdizioni della Cassazione e del Consiglio di Stato³ in materia di tutela dei privati dinanzi alle occupazioni sine titulo consumate dalle P.A.

La vera e propria rivoluzione copernicana prospettata dal Tar Puglia, se non fosse sconfessata in sede d'appello dal Consiglio di Stato potrebbe ingenerare degli scenari fortemente innovativi rispetto a quello che generalmente si è abituati ad osservare nel procedimento, ci si passi l'espressione, "para-espropriativo" conseguente all'utilizzo da parte delle autorità esproprianti di moduli operativi residuali e non assistiti ab origine dal principio di legalità.

Mettendo a fuoco nello specifico l'oggetto della sentenza in esame, il Collegio pugliese ha inteso statuire sull'inestricabile groviglio di elementi legislativi e, soprattutto, giurisprudenziali che si pongono di fronte

³ Cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen. 29/04/2005 n.2; Cass. 18/02/2000 n. 1814; Cass. SS.UU. 13/11/2000 n. 1172; Cass. 28/03/2001 n. 4451; Cass. 30/01/2001 n. 1266; Cass. 14/04/2003 n. 5902; Cass. SS. UU. 29/08/2008 n. 21929;

all'operatore giuridico in relazione alla sorte del diritto dominicale del privato a seguito del procedimento espropriativo di natura indiretta.

Sul tema, a lungo regolato da creazioni giurisprudenziali più o meno sofisticate, quali l'accessione invertita, il ricorso ai criteri dell'irreversibile trasformazione del fondo occupato, l'avvenuta realizzazione dell'opera pubblica o fondato su riferimenti codicistici quali l'art. 2058 c.c. (eccessiva onerosità per il danneggiante nello schema risarcitorio) o l'art. 2933 c.c. (pregiudizio all'economia nazionale), si è oggi innestata tutta la problematica relativa all'interpretazione e alla relativa applicazione dell'art. 43 del t.u. degli espropri (D.P.R. 8/6/2001 n. 327).

La predetta normativa, recependo il contenuto delle varie statuizioni di condanna da parte della Corte EDU⁴ nei confronti dell'Italia in materia di espropriazione indiretta, ha imposto un riassetto della tematica più rigoroso quanto all'applicazione del principio di legalità dell'azione amministrativa e soprattutto volto al superamento di una prassi patologica nel senso dell'abuso degli strumenti giurisprudenziali cui prima si faceva cenno.

In particolare, l'art. 43 del t.u. sancisce a chiare lettere che, in mancanza del decreto d'esproprio o della cessione spontanea del bene da parte del privato, il diritto di proprietà può estinguersi solo se vengano utilizzate le procedure di "sanatoria" dell'occupazione illegittima previste ai commi 1 e 3, ovvero l'adozione di un provvedimento amministrativo espresso e formale di acquisizione o la formulazione di una domanda al giudice da parte della P.A., chiamata in sede contenziosa dal privato, di condanna al risarcimento del danno con esclusione della restituzione del bene.

Da questa fondamentale impostazione, fondata sul rispetto e sulla valorizzazione degli indirizzi giurisprudenziali della Corte EDU, il Tribunale Amministrativo fa discendere un'interpretazione originale dell'esposto apparato normativo che, probabilmente, ne disegna i contorni in modo più rispettoso dei contrapposti interessi che a questa disposizione fanno da sfondo.

Nel rapporto tra privato e P.A., è evidente che debba riconoscersi al soggetto espropriato un contenuto minimo di certezza, stante la sua soggezione di fronte al procedimento ablatorio pubblico, e tale assicurazione viene data dal rispetto dell'iter normativo prestabilito dal t.u. delle espropriazioni; d'altro canto, è molto utile fornire alle amministrazioni espro-

⁴ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, 30/05/2000, *Belvedere Alberghiera srl c. Italia*; Id. Sez. II, 30/05/2000, *Carbonara e Ventura c. Italia*;

prianti dei moduli d'azione concretamente operativi per realizzare le infrastrutture programmate in termini ragionevoli. Per tale ragione, il temperamento tra le contrapposte esigenze, nonché tra le differenti impostazioni giurisprudenziali, l'una quella della Corte EDU fortemente improntata alla tutela privatistica, l'altra quella delle nostre supreme giurisdizioni più orientata al soddisfacimento degli interessi pubblicistici, ha portato alla formulazione, nell'art. 43 del t.u., delle due esplicite previsioni di sanatoria delle occupazioni illegittime sia ab origine che in via sopravvenuta, prima richiamate.

Conformemente a quanto espresso dall'Ad. Plen. 2/2005, il Collegio Giudicante di Bari è partito dall'assunto che l'amministrazione occupante la quale utilizzi di fatto il fondo, o che addirittura vi abbia già stabilito l'opera programmata, non può estinguere di per sé il contenuto del diritto dominicale. La perdita del diritto di proprietà, in altre parole, non è giustificabile in virtù di mere ricognizioni di fatto ed ex post. In tali casi l'estinzione della proprietà può avvenire solo ed esclusivamente in relazione all'operatività di una delle due forme di acquisizione sanante previste dall'art. 43 t.u. .

A tale soluzione però, il Consiglio di Stato aveva invero precisato sin dalla suddetta Ad. Plen., n.2 del 29/04/2005, che la restituzione del bene, nei casi in cui la p.a. non avesse utilizzato uno dei meccanismi di acquisizione sanante previsti, avrebbe potuto essere impedita solo da *una autonoma scelta del privato che rinunci alla restituzione*.

Tale impostazione viene oggi contrastata profondamente dal Tar Puglia il quale afferma perentoriamente, confliggendo anche con gli orientamenti espressi dalla Suprema Corte di Cassazione pure a SS.UU., che non può ammettersi nel nostro ordinamento giuridico l'estinzione del diritto di proprietà per una scelta unilaterale di natura abdicativa del privato. Nel caso di specie la raffinata impostazione giuridica del citato Consiglio di Stato nonché della Cassazione (sia pure espressa in modo perspicuo nelle sentenze nn. 1814 del 18/04/2000 e, SS.UU., 1172 del 13/11/2000) farebbe di fatto rientrare dalla finestra ciò che è uscito dalla porta, ovvero la possibilità di estinguere il diritto di proprietà senza il rispetto dei principi di certezza e legalità dell'azione amministrativa. Questo perché tale orientamento appena citato implica necessariamente che, nei casi in cui l'amministrazione espropriante non si sia avvalsa del meccanismo dell'acquisizione sanante, essa possa comunque scongiurare la restituzione del bene al privato facendo coincidere alla eventuale domanda risarcitoria di quest'ultimo l'effetto di una rinuncia implicita al

LA PEREQUAZIONE O COMPENSAZIONE DI CUBATURA NELLA PIANIFICAZIONE URBANISTICA

Publicato su EOL in data 20 ottobre e 20 dicembre 2008

NICOLA CENTOFANTI

Sommario: 1. *Nozione* | 2. *L'alternatività del modello al procedimento ablatorio* | 3. *La mancanza di fonti nazionali* | 4. *Le norme di piano* | 5. *L'attuazione del piano regolatore* | 6. *La concentrazione di cubatura. L'indennità in caso di espropriazione* | 7. *Le leggi regionali. La l.r. Basilicata 11 agosto 1999, n. 23* | 8. *La l. r. Calabria 16 aprile 2002, n. 19* | 9. *La l. r. Emilia Romagna 24 marzo 2000, n. 20* | 10. *La l. r. Lombardia 11 marzo 2005, n. 12* | 11. *La l.r. Veneto 23 aprile 2004, n. 11* | *L'autorità espropriante* | 2. *La responsabilità del delegante al procedimento ablatorio* | 3. *La responsabilità del soggetto delegato* | 4. *La solidarietà* | 5. *I criteri per la distribuzione della responsabilità* | 6. *Il legittimo passivo nel giudizio*

1. *Nozione*

La dottrina definisce la perequazione la possibilità data al proprietario di un lotto di potere trasferire liberamente la superficie lorda d'uso, generata dall'indice fondiario indicato dal piano urbanistico, a patto di cedere al comune l'area da destinare ad attrezzature o a finalità pubbliche (Urbani P. *Conformazione della proprietà, diritti edificatori e moduli di destinazione d'uso dei suoli*, in *Urb. App.*, 2006, 905).

La previsione perequativa ha funzione di incentivare l'adesione spontanea dei proprietari agli obiettivi collettivi.

Le aree interessate sono quelle oggetto di previsioni edificatorie o quelle vincolate o che saranno vincolate per la realizzazione di attrezzature pubbliche o per la realizzazione di interventi di edilizia economica popolare.

Alle aree soggette è attribuito un indice di cubatura utilizzabile su altri lotti. Tale cubatura diventa realizzabile dopo la cessione.

In questo senso la perequazione costituisce un superamento dell'urbanistica vincolistica in quanto l'attribuzione di un premio al proprietario che aderisce alla proposta di cessione realizza l'effetto di consentire senza oneri per l'amministrazione l'acquisizione di aree da destinare a servizi anche se dette aree non entrano nel patrimonio indisponibile del comune mancando una idonea disposizione di legge.

La tendenza più recente, quella che possiamo definire urbanistica post-vincolistica, si esprime invece attraverso strumenti urbanistici che cercano di rendere partecipe il privato nell'attuazione del disegno urbanistico anche oltre gli obiettivi egoistici che egli è razionalmente orientato a perseguire.

Il pianificatore, assegnando a tutti i suoli compresi nel comparto una medesima potenzialità edificatoria, pone le condizioni affinché il perseguimento di tali finalità avvenga in coincidenza con il contestuale raggiungimento di obiettivi collettivi, in termini di cessione di aree a verde o di formazione di opere destinate ad uso collettivo.

E' evidente che l'effetto delle norme può realizzarsi solo quando si verifica la collaborazione dei proprietari interessati.

Se questi restano fermi su posizioni di chiusura nessuna perequazione è possibile.

La stessa amministrazione rimane vincolata dalla proposta perequativa; essa, infatti, non può rifiutare l'adesione solo parziale di alcuni proprietari se non è tassativamente stabilito dalle norme di piano.

2. L'alternatività del modello al procedimento ablatorio

Questa modalità di manifestazione della precettività pianificatoria ha la precipua funzione di legare vantaggi ed oneri che gravano sul costruttore mediante un vincolo di necessaria contestuale attuazione. Questo legame consente, all'interno dei comparti perequativi, di evitare il ricorso

all'esproprio e di assicurare l'effettiva realizzazione degli interventi di urbanizzazione.

La localizzazione, entro un piano perequativo, non ha dunque valenza di vincolo preordinato all'ablazione, ma ha unicamente la funzione di predeterminare gli obiettivi collettivi cui è subordinato il perseguimento dei vantaggi che i privati possono ottenere con le trasformazioni edilizie.

(Boscolo E. *Espropriazione: la giurisprudenza della cedu e l'urbanistica regionale tra perequazione, compensazione e premialità*, in *Foro Amm. TAR*, 2005, 1334).

Il procedimento ablatorio diventa residuale come estrema risorsa per l'amministrazione nel caso in cui nessun proprietario abbia aderito all'iniziativa.

Nel caso di adesioni solo parziali l'amministrazione deve attivarsi con il procedimento espropriativo solamente per la parte residua.

Non c'è di fatto nessuna preclusione al procedimento ablatorio, ma solo la sua eventuale sostituzione nell'ambito di quella tendenza che vuole imporre la realizzazione degli obiettivi urbanistici attraverso accordi con i soggetti interessati con evidenti risparmi procedurali e di relativo contenzioso.

La molla per fare scattare l'accordo è l'aspetto premiale che favorisce chi aderisce spontaneamente alle disposizioni di piano.

Alla cessione bonaria delle aree dietro corrispettivo in questi casi si sostituisce una cessione bonaria degli immobili in cui il corrispettivo è costituito dalla cubatura che il proprietario può realizzare su altri lotti.

3. La mancanza di fonti nazionali

Mancano delle disposizioni generali stabilite dal legislatore nazionale per realizzare la perequazione. Alcuni principi sono fissati dalla legislazione regionale, ma le vere fonti si trovano nelle disposizioni di attuazione dei piani regolatori generali che hanno disciplinato l'istituto.

La giurisprudenza ammette la possibilità di introdurre la perequazione in assenza di specifiche previsioni legislative.

Essa ritiene che sia possibile introdurre la perequazione nella pianificazione comunale anche in assenza di specifiche previsioni nella legislazione nazionale e regionale.

I VINCOLI AD ATTUAZIONE PRIVATA NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Pubblicato su EOL il 24 novembre 2008

RAFFAELLO GISONDI

La realizzazione diretta delle infrastrutture di interesse collettivo da parte dei proprietari delle aree su cui esse sono urbanisticamente localizzate (cd "standards privati") è stata originariamente presa in considerazione dalla Corte Costituzionale nell'ambito della più vasta problematica dei vincoli urbanistici di carattere espropriativo gravanti sulla proprietà fondiaria: chiamata a stabilire se la reiterazione dei suddetti vincoli faccia nascere in capo alla p.a. un obbligo di indennizzo verso i proprietari delle aree interessate, la Consulta, nella nota sentenza n. 20/05/1999 n. 179¹, ha dato al quesito una risposta affermativa ma, al contempo, ha sentito il bisogno di precisare a quali tipologie di vincoli debba essere riconosciuto il carattere espropriativo, con conseguente soggezione ad un regime di durata temporanea, e quali, invece, debbano considerarsi di natura conformativa, e, quindi, sottratti alla alternativa fra temporaneità ed indennizzabilità.

In siffatto contesto la Consulta ha affermato che «sono al di fuori dello schema ablatorio-espropriativo con le connesse garanzie costituzionali (e quindi non necessariamente con l'alternativa di indennizzo o di durata predefinita) i vincoli che importano una destinazione (anche di contenuto specifico) realizzabile ad iniziativa privata o promiscua pubblico-privata, che non comportino necessariamente espropriazione o inter-

¹ Giur. It. 1999, 2155 con nota di G. De Marzo.

venti ad esclusiva iniziativa pubblica e quindi siano attuabili anche dal soggetto privato e senza necessità di previa ablazione del bene»².

Tali previsioni urbanistiche, secondo la Corte Costituzionale, sono il risultato di una scelta di politica programmatoria nella quale l'obiettivo di interesse generale, di dotare il territorio di attrezzature e servizi, anziché essere affidato esclusivamente all'intervento pubblico, viene ritenuto realizzabile anche attraverso l'iniziativa economica privata, pur se accompagnata da strumenti di convenzionamento. E ciò può verificarsi quando si tratta di servizi di rilevanza economica suscettibili di essere forniti in regime di libero mercato come i parcheggi, gli impianti sportivi, i mercati, gli edifici per iniziative di cura e sanitarie, etc.

La tematica è di recente è tornata alla attenzione della Corte Costituzionale anche se non più in relazione alle problematiche urbanistico-espropriative, ma sotto il profilo della compatibilità dell'esecuzione diretta delle opere da parte dei proprietari delle aree assoggettate a vincolo con la disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici.

A tal proposito la Corte, con le sentenze n. 129 del 28/03/2006 e n. 269 del 13/0/2007³, ha stabilito che il rapporto convenzionale che si instaura fra il proprietario dell'area che realizza direttamente l'opera e la pubblica amministrazione rientra nella nozione comunitaria di appalto pubblico, ed ha, conseguentemente, dichiarato incostituzionali, per contrasto con l'art. 117 comma 1 della Carta fondamentale⁴, le norme emanate dalle regioni Lombardia e Trentino Alto Adige nella parte in cui prevedono che l'affidamento della esecuzione di un'opera di valore pari o superiore alla soglia comunitaria possa essere disposto a favore del pro-

² Il principio affermato dalla Corte Costituzionale ha avuto immediati riflessi anche nella giurisprudenza sia civile che amministrativa. La giurisprudenza della Corte di Cassazione ha affermato, infatti, che le aree soggette vincoli ad attuazione pubblico-privata sono da considerarsi edificabili ai sensi dell'art. 5 bis della L. 359 del 1992, in quanto l'edificabilità non si identifica e non si esaurisce in quella residenziale ma comprende tutte quelle forme di trasformazione dei suoli riconducibili alla nozione tecnico giuridica di edificazione e perciò necessitanti di un titolo edilizio abilitativo (Cass. SSUU 23/04/2001 n. 172 in Foro It, 2002, 151 con nota di S. BENINI, Cass. 10/07/2007 n. 15389, Giust civ. Mass. 2007, 78; Cass. 12/07/2007 n. 15616 Giust civ. Mass. 2007, 78; Cass. 21/03/2007 n. 6808 Giust civ. Mass. 2007). La giurisprudenza amministrativa, pronunciandosi sul tema della durata e della reiterazione dei vincoli espropriativi, ha escluso che facciano parte di tale categoria i vincoli a "servizi privati", come il verde attrezzato, in quanto destinazioni realizzabili anche attraverso l'iniziativa privata, in regime di economia di mercato (Cons. Stato, IV, 19/04/2007 n. 870 in Riv. Giur Ed. 2007, 3, 1157).

³ La prima si legge in Giur. It. 2006, 6, 1287 e nel sito www.giurcost.org con nota di A. Venturi, la seconda in Riv. Giur. Ed., 2007, 6, 1477.

⁴ La Corte Costituzionale afferma. Infatti, che le direttive comunitarie fungono da norme interposte atte ad integrare il parametro per la valutazione di conformità della normativa regionale all'art. 117, primo comma, Cost.

prietario dell'area vincolata senza l'esperimento di procedura di evidenza pubblica per gli appalti che eguagliano o superino la soglia comunitaria.

L'orientamento assunto dalla Corte Costituzionale con le sentenze del 2006 e del 2007 si presta, tuttavia, ad alcune riflessioni critiche.

A non convincere è in primo luogo il percorso argomentativo seguito dalla Consulta per arrivare ad estendere la disciplina comunitaria sugli appalti anche ai casi di attuazione diretta, da parte dei proprietari delle aree sottoposte a vincolo, delle previsioni urbanistiche che localizzano infrastrutture di interesse collettivo.

A tale conclusione la Corte costituzionale perviene assimilando la predetta fattispecie a quella della realizzazione «a scomputo» delle opere di urbanizzazione da parte dei titolari di un piano di lottizzazione o di un permesso di costruire.

Come è noto la convenzione urbanistica con la quale i soggetti interessati a lottizzare o a conseguire un titolo edilizio si impegnano verso la p.a. alla realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria e/o secondaria è stata inquadrata dalla Corte di Giustizia CE⁵ nell'ambito della

⁵ Si tratta della nota sentenza 12 luglio 2001 in causa C-399/98 (Riv. it. dir. pubbl. comunit. 2001, 815) la quale ha affermato che la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993 n. 93/37/Cee (volta a coordinare le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori) osta ad una normativa nazionale in materia urbanistica che, al di fuori delle procedure previste dalla direttiva medesima, consenta al titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione, nel caso in cui il valore di tale opera eguagli o superi la soglia fissata dalla suddetta direttiva. In dottrina a commento di questa decisione si ricordano: Girimonte, *La Corte di giustizia si pronuncia in materia di appalti e opere di urbanizzazione: nuove riflessioni anche alla luce delle recenti modifiche alla legge Merloni*, in Giur. it., 2002, 2025; Cugurra, *Normativa comunitaria e opere di urbanizzazione*, in Riv. giur. urb., 2002, II, 193; Quaglia, *Le opere di urbanizzazione tra convenzioni urbanistiche e procedure di evidenza pubblica*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2001, 842; Marchegiani, *La normativa italiana in materia di urbanistica alla luce di una recente sentenza del giudice comunitario*, ivi, 852; R. Gracili - L. Mele *La direttiva comunitaria 93/37 sugli appalti pubblici e la realizzazione delle opere di urbanizzazione* in Riv. Giur. Ed. 2002, II, 269; Civitarese Matteucci *L'esecuzione delle opere di urbanizzazione fra diritto interno e diritto comunitario*, in Foro amm. C.d.S., 2002, 1361 e ss. Occorre altresì rammentare che la posizione assunta dalla Corte di Giustizia CE a proposito della realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo è stata gradualmente recepita anche nella legislazione interna dapprima con la modifica dell'art. 2 comma 5 della L. 109/94 ad opera dell'art. 7 della L. 166/02 che ha, però, limitato la necessità di ricorrere alla procedura di gara soltanto ai casi in cui la convenzione di lottizzazione preveda la realizzazione a scomputo di "singole opere" il cui valore sia uguale o superiore alla soglia comunitaria. Da ultimo, anche su impulso della Commissione Europea, che ha aperto verso il nostro paese una procedura di infrazione, la questione è stata nuovamente disciplinata dal codice degli appalti pubblici approvato con D.Lgs 633/06. Il Codice dei contratti, in particolare, disciplina in primo luogo la tipologia di opere la cui realizzazione a scomputo richiede l'espletamento delle procedure di gara, includendovi le opere di urbanizzazione secondaria sia sopra che sotto soglia e le opere di urbanizzazione primaria di valore superiore alla soglia (rimangono quindi realizzabili direttamente solo le opere di urbanizzazione primaria sotto soglia) - artt. 121 comma 1 e 122 comma 8 -. Secondariamente il nuovo te-

SUL VALORE DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

*Publicato su EOL in data 5 novembre e 5 dicembre 2008
destinato agli Scritti in onore di Umberto Leanza*

UGO VILLANI

Sommario: 1. *L'immediata applicabilità della Convenzione europea* | 2. *La questione del rango della Convenzione europea anteriormente alla legge costituzionale n. 3 del 2001* | 3. *Il valore della Convenzione europea quale parametro di costituzionalità in virtù del nuovo testo dell'art. 117, 1° comma* | 4. *La subordinazione della Convenzione europea alla Costituzione* | 5. *La possibile coincidenza tra disposizioni della Convenzione europea e norme di diritto internazionale generale* | 6. *Il problema della "comunitarizzazione" della Convenzione europea* | 7. *La rilevanza della giurisprudenza nell'interpretazione e nello sviluppo dei diritti previsti dalla Convenzione europea* | 8. *L'obbligo di interpretazione conforme delle norme interne rispetto alla Convenzione europea e alla giurisprudenza della Corte europea* | 9. *Il valore delle sentenze della Corte europea nei processi nazionali e la necessità di interventi legislativi.*

1. L'immediata applicabilità della Convenzione europea

L'aspetto centrale della problematica relativa al valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano risiede oggi, anche in considerazione delle recenti sentenze della Corte costituzionale

del 24 ottobre 2007 n. 348 e n. 349¹, nel rango della stessa in rapporto, da un lato, alle leggi ordinarie, dall'altro, alla nostra Costituzione. Questo aspetto, peraltro, non esaurisce la tematica concernente il ruolo della Convenzione in Italia; essa presenta anche altri profili, in parte legati al rango della Convenzione di Roma, in parte indipendenti da tale questione.

In primo luogo, infatti, occorre esaminare se le disposizioni della Convenzione siano suscettibili di ricevere immediata applicazione nel nostro ordinamento (con conseguente possibilità di essere invocate in giudizio dagli individui), ovvero se, a questo fine, si renda necessario un intervento legislativo dello Stato². Questa seconda alternativa si collega ad una concezione in base alla quale lo Stato parte, aderendo alla Convenzione europea, assumerebbe un obbligo nei riguardi degli altri Stati parti, non già nei confronti dell'individuo. Di conseguenza lo Stato sarebbe tenuto ad adempiere tale obbligo, introducendo all'interno del proprio ordinamento le norme necessarie a dare attuazione e riconoscimento ai diritti contenuti nelle Convenzioni; ma, in assenza di tali norme, le disposizioni della Convenzione non potrebbero trovare applicazione, né gli individui potrebbero invocarle a tutela dei propri diritti. Il riconoscimento di una immediata applicazione, al contrario, comporta che le disposizioni della Convenzione, in virtù della sola legge di esecuzione nello Stato parte, siano idonee a produrre tutti i loro effetti giuridici nell'ordinamento interno e, quindi, a conferire agli individui un diritto "giustiziabile", cioè tutelabile anche in giudizio.

In proposito vari argomenti inducono a ritenere che, di regola, la Convenzione europea sia immediatamente applicabile nel nostro ordi-

¹ Per dei primi commenti a tali sentenze cfr. M. Castellaneta, *Certo il primato dei principi costituzionali*, in *Guida al Diritto*, 2007, n. 44, p. 59 ss.; O. Forlenza, *Solo l'introduzione di criteri flessibili garantisce equità nei risarcimenti*, ivi, p. 54 ss.; F. Donati, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *Dir. U.*, 2007, n. 3, p. 14; F. Gullotta, *I nuovi ristori espropriativi*, ivi, p. 19 ss.; A. Saccucci, *Rango e applicazione della CEDU nell'ordinamento interno secondo le sentenze della Corte costituzionale sull'art. 117, comma 1, Cost: un passo avanti, due indietro?*, ivi, p. 26 ss.; U. Villani, *I rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Costituzione nelle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, ivi, p. 46 ss.; C. Zanghi, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze del 24 ottobre 2007*, ivi, p. 50 ss. L'orientamento delle predette sentenze è stato confermato dalla sentenza della Corte costituzionale del 27 febbraio 2008 n. 39.

² Su questa tematica cfr. F. Raspadori, *I trattati internazionali sui diritti umani e il giudice italiano*, Milano, 2000; B. Nascimbene (a cura di), *La CEDU. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002.

namento, a prescindere da misure statali di attuazione³. In questo senso depone, anzitutto, la formulazione dell'art. 1, il quale dichiara che le Parti contraenti "riconoscono" ("*reconnaissent*", "*shall secure*") i diritti elencati nel testo. Tale formulazione esprime un obbligo immediato e precettivo di rispettare i diritti enunciati nella Convenzione.

Essa risulta ancor più eloquente se raffrontata con la formulazione che, in un primo momento, era stata proposta per tale disposizione, la quale prevedeva che gli Stati parti "*undertake to secure*" i diritti in questione, così dando la sensazione di una norma "programmatica", destinata ad essere attuata da misure statali, in adempimento dell'impegno assunto. La sostituzione di tale formula con quella presente nell'art. 1 è prova della volontà degli Stati parti di assumere, in virtù della stessa partecipazione alla Convenzione (e della sua esecuzione nel proprio ordinamento), l'obbligo immediato di rispettare i diritti ivi contemplati. Sul punto la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza del 27 marzo 2003, *Scordino c. Italia*⁴, ha osservato che, «en substituant le mot 'reconnaissent' au mot 's'engagent à reconnaître' dans le libellé de l'article 1, les rédacteurs de la Convention ont voulu indiquer de surcroît que les droits et les libertés du Titre I seraient directement reconnus à quiconque relèverait de la juridiction des Etats contractants».

Un ulteriore argomento a sostegno della immediata applicabilità delle disposizioni della Convenzione europea può ricavarsi dall'art. 13, il quale espressamente stabilisce che ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella stessa Convenzione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo davanti ad una istanza nazionale.

Merita poi di essere sottolineato che la legge italiana che dispone l'autorizzazione alla ratifica della Convenzione europea (legge 4 agosto 1955 n. 848) contiene altresì l'ordine di esecuzione, il quale, nel provvedere all'adattamento del diritto italiano alla Convenzione stessa, comporta il riconoscimento nel nostro ordinamento dei diritti in essa previsti ed esprime la volontà del legislatore di dare "piena ed intera esecuzione" alla stessa, non di ... rinviare tale esecuzione all'emanazione di ulteriori, successive misure legislative.

Né va trascurato, da ultimo, che, tra le diverse interpretazioni possibili delle disposizioni della Convenzione, va preferita quella che tutela nella maniera più efficace i diritti da esse riconosciuti, in conformità del

³ Nella giurisprudenza italiana si veda, in particolare, Cass. pen., sezioni unite, 8 maggio 1989, ricorrente Polo Castro, in RIDU, 1990, p. 419 ss.

⁴ Requête n. 36813/97.

OCCUPAZIONE ACQUISITIVA: NUOVI ORIENTAMENTI IN MATERIA DI PRESCRIZIONE DEL CREDITO RISARCITORIO

Publicato su EOL in data 2 dicembre 2008

INES MELLONI

Con la sentenza SSUU 26 febbraio 1983 n. 1464, dopo un'ampia ricognizione dello stato delle questioni, la Corte di Cassazione affermò che nelle ipotesi in cui la P.A. occupi un fondo di proprietà privata per la costruzione di un'opera pubblica e tale occupazione sia illegittima, la radicale trasformazione del fondo da un lato comporta l'estinzione in quel momento del diritto di proprietà del privato e la contestuale acquisizione (a titolo originario), della proprietà in capo all'ente costruttore, dall'altro costituisce un illecito (istantaneo, sia pure con effetti permanenti) che abilita il privato a chiedere, nel termine prescrizione di cinque anni dal momento della trasformazione del fondo nei sensi prima indicati, la condanna dell'ente medesimo a risarcire il danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà.

Alla citata sentenza viene attribuita la creazione dell'istituto dell'occupazione acquisitiva.

Tante furono le critiche mosse, da parte della dottrina, alla riferita ricostruzione; la stessa Corte di Cassazione, prese sulla questione una posizione diversa da quella espressa dalle Sezioni Unite nella richiamata sentenza e dopo di allora condivisa da numerose pronunce, tutte nello stesso senso. Con la sentenza 18 aprile 1987 n. 3872 la Sezione II osservò infatti che alla stregua dei principi risultanti dall'art. 42 cost. e dagli art. 834, 922, 934 e 936 c.c., l'occupazione illegittima di un suolo privato

da parte della p.a., seguita dalla costruzione dell'opera pubblica, non può comportare l'automatica acquisizione del bene alla mano pubblica, atteso che, nonostante l'esecuzione dell'opera, il privato resta titolare del suo diritto di proprietà, fin quando non vi rinunci. Conseguentemente la prescrizione dell'azione di risarcimento del danno subito dal proprietario non inizia a decorrere dal compimento dell'opera, non produttivo dell'estinzione del diritto di proprietà.

Breve parentesi, in quanto la Cassazione con decisione a SS.UU (sent. n. 3940 del 10 giugno 1988), ha modo di affermare che una «nuova riflessione critica sui temi ora enunciati e su quelli con essi connessi, conduce questa Corte a Sezioni unite a ribadire la validità dell'indirizzo instaurato con la sentenza n. 1464 del 1983 e da allora incontrastatamente seguito, salvo che dalla pronuncia n. 3872 del 1987, dalla giurisprudenza di merito (nell'ambito della quale non è dato registrare alcun significativo dissenso)». Aggiunge la Corte, a confutazione della tesi per cui l'istituto dell'occupazione acquisitiva, negando l'esperibilità dell'azione di rivendicazione del privato conto la P.A., finirebbe con il premiare, e quindi con l'incentivare, un comportamento dell'amministrazione palesemente illecito e contrastante con i principi della legalità, che «L'acquisizione del fondo alieno per via di occupazione definitiva illegittima anziché attraverso la rituale procedura espropriativa comporta infatti, per il privato, un ristoro più completo e per l'ente occupante oneri più gravi. Mentre la indennità di espropriazione non rappresenta una integrale ripara-zione della perdita subita dal proprietario, bensì il massimo di contributo garantito all'interesse privato, tenuto conto dell'interesse pubblico che l'espropriazione mira a realizzare, il risarcimento del danno dovuto al proprietario del fondo arbitrariamente occupato non potrà mai essere inferiore al valore venale di esso e potrà all'occorrenza superare tale misura in ragione dei frutti perduti. La somma attribuita a titolo di rivalutazione monetaria a differenza di quella dovuta a titolo di indennità da espropriazione (principio di consolidata giurisprudenza); l'ammontare della somma risarcitoria non è poi soggetta a decurtazione (come invece quella indennitaria) qualora dalla esecuzione dell'opera pubblica derivi un vantaggio ad altra parte del fondo; il maturare, infine, a carico della p.a. di un debito risarcitorio di entità superiore a quello indennitario non dovrebbe lasciare andar esente da addebito, nei confronti dell'ente di appartenenza, il funzionario responsabile della lievitazione del costo della opera pubblica».

La legittimità dell'istituto dell'occupazione sembra in buona sostanza riposare anche su ragioni equitative; la soluzione offerta dalla Corte conduce infatti a soddisfare sia il proprietario, attraverso un adeguato risarcimento, che l'Amministrazione, costretta diversamente a subire dannose dispersioni di ricchezza. Il risarcimento del danno, parametrato al valore venale del bene, consente altresì di ricondurre l'istituto dell'occupazione entro i parametri di legalità, viceversa pregiudicati qualora si consentisse la privazione della proprietà senza corresponsione del controvalore del bene. Emerge di conseguenza l'importanza del profilo risarcitorio, quale strumento atto a riequilibrare patrimonialmente il sacrificio imposto al privato.

E' allora di tutta evidenza che l'effettività della tutela risarcitoria e le segnalate ragioni di equità e di legalità ad essa sottese, risultano fortemente condizionate dall'operatività della prescrizione del credito risarcitorio ed in particolare dalla soluzione che si voglia dare alle diverse problematiche che, sul punto, hanno da sempre caratterizzato l'istituto dell'occupazione acquisitiva: durata della prescrizione, sua decorrenza, interruzione ed ambito di operatività.

Riguardo al primo profilo da segnalare che la connotazione a partire dalla sent. Cass. SSUU 1464/1983, in termini di illecito istantaneo, seppur ad effetti permanenti, dell'occupazione appropriativa, che così si caratterizza dalla fattispecie di occupazione usurpartiva di cui è affermata la natura di illecito permanente¹ con conseguente impedimento alla decorrenza della prescrizione², ha condotto ad affermare che il diritto di credito al risarcimento è assoggettato alla prescrizione quinquennale³.

¹ cfr. Cass. Sez. I 18 luglio 2008 n. 19962; id. 19 dicembre 2007 n. 26727; id. 6 settembre 2006 n. 19127; id. 9 giugno 2006 n. 13477; id. 29 novembre 2005 n. 24819.

² cfr. Cass. Sez. I 1 agosto 2008 n. 20985; Corte d'Appello di Roma, Sez. I del 7 luglio 2008; Tar Sardegna Sez. II 31 gennaio 2008 n. 83; Tar Campania Sez. V Napoli, 17 ottobre 2007 n. 9561.

³ cfr. Tribunale di Bari, Sezione III civile del 09/09/2008; C.d.S. del 26 settembre 2008 n. 4660; Cass. Sez. I, 28 luglio 2008 n. 20543; id. 11 luglio 2008 n. 19229, id. 25 giugno 2008, n. 17324; id. 19 ottobre 2007 n. 22018; id. 19 ottobre 2006 n. 22479; id. 4 gennaio 2000 n. 8; - anche se non sono mancati gli sforzi argomentativi a sostegno della prescrizione decennale. Al riguardo è stato affermato, muovendo dalla distinzione del profilo possessorio da quello acquisitivo, che il privato, il quale abbia perduto il suo bene, divenuto parte ineliminabile dell'opera pubblica, ha diritto non al risarcimento del danno, ma al pagamento del valore che il bene aveva al momento in cui è stato acquistato a titolo originario dalla P.A.;, ciò in quanto solo il possesso, e quindi l'occupazione, potrebbe essere valutato in termini di liceità/illiceità, mentre l'irreversibile trasformazione del fondo in opera pubblica esulerebbe dall'ambito del fatto illecito della P.A., costituendo essa sola la fonte della fattispecie acquisitiva e del conseguente obbligo di pagamento del controvalore (cfr. Cass. Sez. I, 8 ottobre 1992 n. 10979; id. 17 luglio 1991 n. 7952; id. 20 novembre 1991

VERDE PUBBLICO: VINCOLO ESPROPRIATIVO SE NON E' PREVISTO L'INTERVENTO DEL PRIVATO

TAR CAMPANIA, SEZIONE II SALERNO n.2194 del 29/07/2008

Relatore: Francesco Mele - Presidente: Filippo Portoghesi

PROCEDURA --> GIUSTO PROCEDIMENTO --> CONCESSIONE EDILIZIA

Sintesi: Il procedimento per il rilascio del permesso di costruire è un procedimento ad iniziativa di parte; ne consegue che il Comune, prima dell'adozione del provvedimento finale, è tenuto, ai sensi dell'art. 10 bis della L. n. 241/1990, a notificare il privato l'eventuale volontà di denegare l'abilitazione richiesta, consentendogli di esporre le proprie ragioni a confutazione dei motivi di diniego ritenuti dall'Ente.

Estratto: « Meritevole di favorevole considerazione è, invero, la censura con la quale viene dedotta l'omissione della garanzia partecipativa del preavviso di rigetto prevista dall'articolo 10 bis della legge n. 241/1990. Il procedimento per il rilascio del permesso di costruire è, invero, un procedimento ad iniziativa di parte e, dunque, il Comune, prima della adozione del provvedimento finale, avrebbe dovuto notificare il privato della propria volontà di denegare l'abilitazione richiesta, consentendogli di esporre le proprie ragioni a confutazione dei motivi di diniego ritenuti dall'Ente.»

VINCOLI URBANISTICI ED EDIFICABILITÀ --> VINCOLI PROMISCUI --> VERDE PUBBLICO

Sintesi: La destinazione a verde pubblico standard, è vincolo pre-espropriativo, soggetto a decadenza per intervenuta decorrenza del termine quinquennale di efficacia, qualora non vi siano elementi per ritenere che, in presenza di tale destinazione, sia comunque consentita al privato l'attività di trasformazione del territorio.

VINCOLI URBANISTICI ED EDIFICABILITÀ --> DECADENZA, REITERAZIONE --> REITERAZIONE --> PROCEDIMENTO

Sintesi: La predisposizione di una mera proposta del piano urbanistico (nel caso di specie PUC), non essendo idonea a far scattare l'operatività delle misure di salvaguardia, non può comportare reiterazione del vincolo espropriativo.

Estratto: « Quanto alla espressa ragione di diniego, consistente nella destinazione dell'area a verde pubblico standard, si osserva che, trattandosi di vincolo pre-espropriativo (non vi sono, infatti, elementi per ritenere che, in presenza di tale destinazione, sia comunque consentita al privato l'attività di trasformazione del territorio), questo risulta scaduto per avvenuta decorrenza del termine quinquennale. Né risulta esservi stata reiterazione del medesimo, atteso che la predisposizione di una mera proposta di PUC da parte della Giunta Municipale non fa scattare l'operatività delle misure di salvaguardia e che in ogni caso tale atto è stato successivamente revocato dallo stesso organo comunale (delib. G.M. n. 10/2008).»

VINCOLI URBANISTICI ED EDIFICABILITÀ --> EDIFICABILITÀ --> MISURE DI SALVAGUARDIA

Sintesi: La decadenza del vincolo e la conseguente qualificazione dell'area quale zona bianca, non producono l'assoluta inedificabilità della stessa, ben potendo l'attività di trasformazione essere effettuata entro gli angusti limiti previsti dall'articolo 9 del testo unico dell'edilizia e dalla legislazione regionale.

Estratto: « Si osserva, infine, che la decadenza del vincolo e la conseguente qualificazione dell'area quale zona bianca non producono l'assoluta inedificabilità della stessa, ben potendo l'attività di trasformazione essere effettuata entro gli angusti limiti previsti dall'articolo 9 del testo unico dell'edilizia e dalla legislazione regionale. Sarà evidentemente compito dell'autorità comunale, in sede di rinnovazione del procedimento, verificare se in concreto ed in relazione al progetto presentato siano o meno rispettati gli indici previsti da tali disposizioni normative.»

I VINCOLI PROCEDIMENTALI DECADONO

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE V n.4415 del 17/09/2008
Relatore: Giuseppe Severini - Presidente: Emidio Frascione

VINCOLI URBANISTICI ED EDIFICABILITÀ --> VINCOLI PROCEDIMENTALI O STRUMENTALI

Sintesi: I cd. vincoli procedurali, o procedimentali, o strumentali, sono quei vincoli di piano regolatore generale che non preludono immediatamente ad una futura espropriazione o inedificabilità dei suoli, ma che, imponendo l'interposizione di uno strumento urbanistico attuativo, subordinano l'edificazione a un momento successivo all'approvazione di quest'ultimo.

Sintesi: I cd. vincoli procedurali, o procedimentali, o strumentali, costituiscono vincoli c.d. "di rinvio", con i quali l'amministrazione attua una riserva di pianificazione, introducendo nelle more un effetto di salvaguardia assoluto, per impedire ogni trasformazione che possa essere incompatibile col futuro assetto e utilizzo rinviato allo strumento attuativo.

VINCOLI URBANISTICI ED EDIFICABILITÀ --> VINCOLI PROCEDIMENTALI O STRUMENTALI --> DECADONO

Sintesi: Secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale, l'art. 2 della L. n. 1187/1968 si riferisce a tutti i vincoli, sia sostanziali, preordinati all'espropriazione, sia formali, tra cui rientrano i vincoli procedurali, quali il vincolo di piano particolareggiato, che limitano l'edificabilità per meglio definire in futuro la disciplina della zona attraverso il piano attuativo; ciò in quanto non è riscontrabile, nella citata disposizione, alcuna distinzione.

VINCOLI URBANISTICI ED EDIFICABILITÀ --> VINCOLI PROCEDIMENTALI O STRUMENTALI --> NON DECADONO

Sintesi: Secondo una parte della giurisprudenza, il vincolo procedimentale non ha di suo un contenuto sostanziale ablatorio e non incide sul godimento del bene tanto profondamente da renderlo inutilizzabile; lo stesso non soggiace pertanto al termine decadenziale di cui all'art. 2 della L. n. 1187 del 1968.

VINCOLI URBANISTICI ED EDIFICABILITÀ --> VINCOLI PROCEDIMENTALI O STRUMENTALI --> DECADONO E NON DECADONO

Sintesi: Secondo una intermedia posizione giurisprudenziale va esclusa la decadenza del vincolo procedimentale quando, in alternativa al piano particolareggiato, lo strumento generale offre la possibilità di interporre un piano di lottizzazione ad iniziativa privata.

VINCOLI URBANISTICI ED EDIFICABILITÀ --> VINCOLI PROCEDIMENTALI O STRUMENTALI --> DECADONO

Sintesi: Deve ritenersi che i vincoli procedurali siano soggetti a decadenza; ciò in quanto il vincolo di inedificabilità, conseguente alla riserva di pianificazione da parte dell'Amministrazione, impedendo l'edificazione privata, non può rimandarla a tempo indeterminato, senza venir meno al rispetto dovuto ai legittimi interessi dei proprietari dei suoli.

Estratto: « Torna qui in esame, anzitutto, la nota questione della decadenza, a norma dell'art. 2 l. 19 novembre 1968, n. 1187 ("Le indicazioni di piano regolatore generale, nella parte in cui incidono su beni determinati ed assoggettano i beni stessi a vincoli preordinati all'espropriazione od a vincoli che comportino l'inedificabilità, perdono ogni efficacia qualora entro cinque anni dalla data di approvazione del piano regolatore generale non siano stati approvati i relativi piani particolareggiati od autorizzati i piani di lottizzazione convenzionati. L'efficacia dei vincoli predetti non può essere protratta oltre il termine di attuazione dei piani particolareggiati e di lottizzazione"), allora vigente (prima di essere abrogato dall'art. 58 d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 e sostituito da quell'art. 9), dei cd. vincoli procedurali, o procedurali, o strumentali, cioè di quei vincoli di piano regolatore generale che non preludono immediatamente ad una futura espropriazione o inedificabilità dei suoli, ma che, imponendo l'interposizione di uno strumento urbanistico attuativo, subordinano l'edificazione a un momento successivo all'approvazione di quest'ultimo. Si tratta, come è stato efficacemente detto, di vincoli "di rinvio", giacché - in luogo di imporre immediatamente l'inedificabilità - il PRG col loro mezzo pospone l'imposizione al momento del piano attuativo. In pratica, queste scansioni hanno la funzione di evitare per il momento la realizzazione di trasformazioni, in attesa che l'amministrazione compia realmente le scelte di dettaglio col mezzo della strumentazione esecutiva riguardante quella zona o quel comparto. Un tale modus procedendi sposta in avanti le scelte amministrativo-urbanistiche e l'esercizio della relativa discrezionalità, e con esse l'utilizzabilità dei suoli, e questo avviene anche nel quadro di una tendenza generale della legislazione regionale che è volta ad assegnare allo strumento urbanistico generale soprattutto la funzione strutturale di piano di direttive, mentre rimette alla pianificazione operativa, e poi attuativa, la concreta determinazione delle espropriazioni e delle più puntuali conformazioni. In un tal quadro, l'interesse naturale del privato a far valere la temporaneità dei vincoli urta con quello dell'amministrazione comunale a proteggere questa sua riserva di pianificazione e dunque a introdurre nelle more un effetto di salvaguardia assoluto, per impedire ogni trasformazione che possa essere incompatibile col futuro assetto e utilizzo e soprattutto con gli spazi che residuano per le varie scelte da definire con la pianificazione attuativa. La questione si risolve, evidentemente, in quella dell'individuazione del momento a partire dal quale, in questa complessa sequenza, si realizza la compressione giuridica della facoltà dominicali per destinazione a usi o a i interessi pubblici: se è quello della pianificazione generale di tutte le aree interessate, ovvero se è solo quello della pianificazione attuativa, che determina quali terreni saranno oggetto di espropriazione o comunque in edificabili, e vincola a quell'obiettivo solo questi. L'opinione prevalente in giurisprudenza è nel primo senso, vale a dire fa decorrere il termine decadenziale dall'entrata in vigore dello strumento urbanistico generale: così Cons. Stato, IV, 26 gennaio 1987, n. 49; V, 7 aprile 1989, n. 220; V, 28 gennaio 1992, n. 82; V, 30 ottobre 1994, n. 1090; V, 29 aprile 1991, n. 699; V, 30 ottobre 1997, n. 1225; V, 2 dicembre 1998, n. 1721; V, 14 aprile 2000, n. 2238; V, 2 ottobre 2002, n. 5178; V, 18 marzo 2003, n. 1443.; IV, 14 ottobre 2005, n. 5710, VI, 28 dicembre 2007, n. 6741, per le quali l'art. 2 si riferisce a tutti i vincoli, sia sostanziali, preordinati all'espropriazione, sia formali, che limitano l'edificabilità per meglio definire in futuro la disciplina della zona - tra cui rientra il vincolo di piano particolareggiato - non essendovi nella disposizione alcuna distinzione; contra Cons. Stato, V, 22 marzo 1995, n. 451, V, 23 marzo 2000, n. 1588; IV, 2 marzo 2001, n. 1158; IV, 25 agosto 2003, n. 4812; V, 3 marzo 2004, n. 1013; IV, 21 dicembre 2006, n. 769, che si incentrano sul fatto che il vincolo procedimentale non ha di suo un contenuto sostanziale ablatorio e non incide sul godimento del bene tanto profondamente da renderlo inutilizzabile. Intermedia è la posizione che esclude la decadenza quando, in alternativa al piano particolareggiato, lo strumento generale offre la possibilità di interporre un piano di lottizzazione ad iniziativa privata: così la citata Cons. Stato, V, 30 ottobre 1997, n. 1225; V, 6 novembre 1987,