



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

SEDE AMMINISTRATIVA: UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di STORIA, FILOSOFIA E DIRITTO CANONICO

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA

CICLO XXIII

TITOLO TESI: ELEMENTI STORICO COSTITUZIONALI IN TEMA DI ESPROPRIAZIONE PER
PUBBLICA UTILITÀ

Direttore della Scuola: Ch.mo Prof. Roberto Kostoris

Supervisore: Ch.mo Prof. Luigi Garofalo

Controrelatore: Ch.ma Prof.ssa Chiara Cacciavillani

Dottorando: d.ssa Ilaria Gobbato

| | |
|---|------------|
| ABSTRACT | 2 |
| INTRODUZIONE | 5 |
| L'ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ NEL DIRITTO ROMANO | 13 |
| 1. SUL CONCETTO DI PROPRIETÀ | 13 |
| 2. SULL'ESISTENZA DELL'ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ NEL DIRITTO ROMANO: LE ORIGINI | 21 |
| 3. LE PRIME FONTI | 25 |
| 4. L'ETÀ DEL PRINCIPATO | 41 |
| 5. (... CONTINUA): TRA L'AVVENTO DI ADRIANO E LA MORTE DI ALESSANDRO SEVERO | 48 |
| 6. (... CONTINUA): DAL BASSO IMPERO ALL'EPOCA GIUSTINIANEA | 58 |
| 7. SUL PROCEDIMENTO ESPROPRIATIVO | 60 |
| 8. CONCLUSIONI | 72 |
| L'ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ NEL DIRITTO ITALIANO | 75 |
| 1. BREVI PREMESSE SULL'EVOLUZIONE STORICA DELL'ISTITUTO | 75 |
| 2. INQUADRAMENTO DELL'ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ NELLA CARTA COSTITUZIONALE E NEL PANORAMA EUROPEO | 79 |
| 3. SULL'INTERPRETAZIONE CONFORME A COSTITUZIONE | 80 |
| 4. INTERPRETAZIONE CONFORME E DIRITTO DI PROPRIETÀ | 97 |
| 5. L'ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ NELLA DISCIPLINA ATTUALE | 102 |
| 6. SULLE ESPROPRIAZIONI INDIRETTE | 106 |
| CONCLUSIONI | 128 |
| BIBLIOGRAFIA | 132 |

ABSTRACT

The aim of this thesis shall be the use of the interpretation of law in accordance with the Constitutional principles in order to analyse how, in the real life of the jurisprudence on the expropriation for public utility, the State authority and the private autonomy intersects, keeping constant the cardinal role of the Judge in the uneasy balancing of the concerned interests.

The reason for focusing on this topic has its roots on the consideration that “relations between the State and the private property rights constitutes – as it is the case for the right of individuals freedom – the cardinal issue related with citizen’s life in a social environment; and the expropriation for public utility constitutes the most dramatic point of contact between the State authority and the private autonomy” (cfr. U. NICOLINI, *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Enc. Dir.*, XV, 1966, 802).

Nevertheless, the regulatory scheme of expropriation for public utility, as framed in artt. 42, 43 and 44 of the Italian Constitution, consisting in the possibility of *auferre rem privati*, represents the most relevant burden on the property right, than could be extinguished and perish for the person that is expropriated, in favor of a community of beneficiaries for reasons of public utility.

The formula adopted by the Constituent Assembly, on the other hand, leaves – inevitably - many questions of interpretation and practical enforcement opened: those questions concern the evaluation of the concept of general interest

as assumption for the expropriation, the adherence or distance from the aims of the Constitution interpretation of applicative rules, that might be not sharp enough to avoid that the Public Authority operates such a “sensitive power” in a way that might seem discretionary; and, last but not least for the high importance that it could have on the citizen – that is the final aim of the law – the issue of the quantification of the compensation due in case of expropriation.

This seems to be more evident if it is taken into consideration that, notwithstanding the limits defined by the Constitutional Chart, the administrative practice has opted – for many years – for the so called indirect expropriation, by which the withdrawal of the property right was achieved as an effect of irreversible transformation of a private good in order to satisfy a public interest, without an adherent compliance with the applicable rules, and without the direct enforcement of an expropriation act.

Moving from the described assumptions, this thesis aims to analyze and investigate the origins of the expropriation for public utility, that shall be found, even before the age of commons, in the roman law: the existence in the roman law of a regulatory scheme with juridical and social functions similar to the ones of the modern expropriation for public utility seems to be one of the most controversial issues discussed by those who are studying roman law.

So far, the starting point of this thesis will be the study of the sources, to underline if and with which extent there could be room for such a regulatory scheme in the roman law: an *excursus* that shall be of help in understanding the issues that, even nowadays, concern the expropriation, with a particular

consideration to the very recent rules introduced by the d.l. n. 128 of August 13, 2011, as emended by the implementation law n. 148 of September 14, 2011.

INTRODUZIONE

L'idea di questo lavoro dottorale nasce dalle ricerche svolte durante la stesura della tesi di laurea della quale questo lavoro vorrebbe configurarsi come uno sviluppo orientato verso uno degli istituti principi del diritto amministrativo, quale, appunto, quello dell'espropriazione per pubblica utilità.

L'obiettivo, infatti, vorrebbe essere quello di utilizzare il prisma dell'interpretazione conforme a Costituzione per analizzare come, nella realtà giurisprudenziale, si intersecano autorità statale e autonomia privata, fermo restando il ruolo cardine spettante al Giudice in questo difficile bilanciamento di interessi.

La scelta di focalizzare l'attenzione su tale istituto nasce dalla semplice considerazione che “i rapporti tra lo Stato e la proprietà privata costituiscono, insieme con quello della libertà dell'individuo, il problema cardine della vita organizzata socialmente; e l'espropriazione per pubblica utilità costituisce il punto di incontro più drammatico tra l'autorità dello Stato e l'autonomia privata”¹.

“L'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità viene quindi giustificato come il portato necessario della civile convivenza”: ma se “fondamento di tale istituto è la sociale convivenza, è chiaro che non può esigersi la cessione nell'interesse comune senza un adeguato compenso, dovendo i carichi pubblici essere ugualmente ripartiti fra tutti i cittadini”².

¹ U. NICOLINI, *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Enc. Dir.*, XV, 1966, 802.

² F. M. DE ROBERTIS, *La espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano*, Roma, 1972, 2.

Tale potere è presente in tutte le Costituzioni moderne e rappresenta, appunto, la massima estensione di potere lecitamente concessa alla Pubblica Amministrazione nei confronti dell'individuo.

Lo stesso art. 1 del primo Protocollo addizionale della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali dispone che "nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge". L'art. 6 del Trattato di Maastricht, a sua volta, impone all'Unione il rispetto dei "diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario", così includendo nel novero degli stessi anche la stessa proprietà privata.

Diversamente dal diritto comunitario, però, la Costituzione italiana attribuisce alla proprietà privata un diverso rango costituzionale, dal momento che la stessa è disciplinata nell'ambito del Titolo relativo ai rapporti economici e non del più alto livello dei diritti fondamentali della persona cui è dedicato il Titolo primo della Carta.

Ed è questa la ragione per cui, nell'ordinamento italiano, il potere di espropriare spetta non solo al legislatore stesso, conformemente al principio anche comunitario della riserva di legge, ma anche ad ogni altro soggetto pubblico cui la legge attribuisce il potere di realizzare l'interesse generale.

Possiamo pertanto distinguere – in ambito nazionale – un'espropriazione atta a garantire il soddisfacimento del creditore nei confronti del debitore

inadempiente, tenuto, sulla base di quanto disposto dall'art. 2740 c.c., a rispondere dell'adempimento con tutti i suoi beni presenti e futuri; ovvero un'espropriazione dei beni privati collegati ad un reato (la cd. confisca) o ancora un'espropriazione – quella di cui nel prosieguo ci si occuperà – finalizzata al perseguimento dell'utilità pubblica e di competenza della Pubblica Amministrazione.

Ed è propria a tale terza tipologia di espropriazione che si riferisce il richiamato art. 42, co. 3, della Costituzione lì dove stabilisce che “la proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo espropriata per motivi di pubblica utilità”.

Pur, quindi, non essendo la proprietà esplicitamente inclusa tra i diritti fondamentali, la Costituzione ne afferma espressamente la garanzia, sottoponendo ogni sua legittima limitazione al duplice vincolo della riserva di legge e del pubblico interesse, prevenendo, nel contempo, che la sua ablazione sia “ristorata” con l'attribuzione di un indennizzo.

Tale potere – come anticipato – è normalmente attribuito alla Pubblica Amministrazione, alla quale compete l'intero procedimento espropriativo e l'adozione del relativo provvedimento di esproprio, nel pieno rispetto dei limiti procedurali e sostanziali disposti dal legislatore.

È chiaro, anche ad una prima attività ermeneutica della previsione costituzionale, il riferimento, mediante la clausola generale della “funzione sociale”, alla somma dei poteri che sono concessi al legislatore per limitare, conformare, incidere la proprietà attraverso una competenza legislativa esclusiva.

Mi riferisco, ad esempio, alla nozione di “funzione sociale”, clausola generale che, nel primo comma del citato articolo, manifesta la volontà del Costituente di legare la posizione del singolo individuo e delle sue attribuzioni non solo alla soddisfazione di un interesse privato, ma anche alle esigenze della società nel suo complesso.

Su questo presupposto, l’istituto dell’espropriazione per pubblica utilità, così come tratteggiato dagli artt. 42, 43 e 44 della Costituzione, consistendo nella possibilità di *auferre rem privati*, da cui il termine ablazione, rappresenta la limitazione più incisiva del diritto di proprietà che viene ad estinguersi in capo al soggetto espropriato a favore di un collettività beneficiaria per motivi di pubblico interesse.

La formula adottata dai costituenti, però, lascia inevitabilmente aperti numerosi problemi interpretativi e pratici che riguardano la valutazione del concetto di interesse generale quale presupposto per l’espropriazione; la conformità o meno a Costituzione di leggi applicative che, non essendo sufficientemente dettagliate, possano rendere discrezionale il “delicato potere” di cui la Pubblica Amministrazione è titolare; nonché, infine – ma di notevole importanza per il cittadino che rappresenta il fine ultimo delle previsioni legislative – la quantificazione dell’indennizzo.

Del resto – come sostenuto da Nicolini aprendo la voce “espropriazione per pubblica utilità” nell’*Enciclopedia del diritto* ed evidenziando fin da subito quello che ancor oggi è il tema portante della questione –, se è pur vero che l’art. 42 della Costituzione ha introdotto una nuova definizione di proprietà, non più intesa in termini meramente civilistici quale diritto originario della personalità

dell'uomo, bensì, in un'ottica costituzionalistica di diritto-valore all'interno di un nucleo di valori portanti e formanti il nuovo Stato costituzionale, è altrettanto vero che la norma in parola ha creato una lunga serie di problemi interpretativi sul contenuto di tale diritto reale e sulle limitazioni di cui possa essere suscettibile.

E ciò a maggior ragione se solo si considera che, nonostante i limiti dettati dalla Carta costituzionale, la prassi amministrativa si è avvalsa per moltissimo tempo della cd. espropriazione indiretta, nella quale l'ablazione del diritto di proprietà avveniva non in conseguenza dell'adozione di un provvedimento di esproprio da parte dell'Autorità competente, bensì per effetto della trasformazione irreversibile di un bene privato per il soddisfacimento di un interesse pubblico, senza che tale soddisfacimento fosse portato avanti nel rispetto della normativa di settore.

Precisamente – utilizzando la terminologia coniata al riguardo dalla giurisprudenza –, è stata ritenuta ammissibile l'ablazione del bene privato (e dunque il conseguente trasferimento della proprietà in capo al soggetto espropriante) sia quando intervenuta in conseguenza dell'irreversibile trasformazione del bene stesso in assenza di qualsivoglia provvedimento amministrativo (cd. occupazione usurpativa) sia quando conseguita sulla base di un provvedimento invalido (cd. occupazione appropriativa).

Muovendo da tali presupposti, il critico approfondimento delle questioni finora descritte – ovvero dell'interpretazione costituzionale delle disposizioni in materia di proprietà ed esercizio del pubblico potere –, quindi, ha come obiettivo quello di indagare il ruolo spettante al Giudice nell'utilizzare dette disposizioni costituzionali, di non immediata interpretazione, nell'esercizio di quell'attività

ermeneutica che è il presupposto logico e metodologico per la risoluzione del caso concreto e del bilanciamento degli interessi sottesi al giudizio.

L'analisi che segue, pertanto, prenderà in considerazione sia l'attività del Tribunale Amministrativo, primo organo a conoscere delle questioni in materia di espropriazione per pubblica utilità, sia della Cassazione, in virtù della sua funzione nomofilattica, che della Corte Costituzionale quale Giudice delle Leggi: non senza, peraltro, aver prima indagato le origini dell'istituto.

L'espropriazione per pubblica utilità, infatti, viene fatta comunemente risalire allo svilupparsi in epoca comunale delle idee di socialità e di subordinazione dell'interesse privato a quello pubblico³: e ciò perché la concezione del *dominium*, propria del diritto romano – “una concezione individualistica, assoluta, esclusiva e intollerante di limitazioni provenienti dall'esterno, sia pure dallo Stato per motivi di pubblico interesse – [avrebbe impedito] totalmente ai Romani, per tutta l'età classica, di addivenire alla costruzione di un vero istituto dell'espropriazione per pubblica utilità. Inoltre perché, anche nell'età postclassica e nell'età giustiniana [...] limitazione di tal genere ed espropriazioni restano casi isolati”, con la conseguenza che, non mutando sostanzialmente la vecchia concezione del classico *dominium*, non si pervenne ad un vero istituto dell'espropriazione per pubblica utilità”⁴.

Ed invero l'esistenza nel diritto romano di un istituto con finalità e funzioni giuridico-sociali corrispondenti, almeno in parte, a quelle dell'odierna espropriazione per pubblica utilità, è tra i problemi più controversi nelle discipline

³ La dottrina, infatti, è solita collocare la nascita dell'istituto intorno al 1300, quando, negli statuti comunali, disposizioni prescritte per singoli casi concreti rilevano l'esistenza di principi che possono essere considerati gli antesignani delle attuali leggi in materia di espropriazione.

⁴ U. NICOLINI, *Espropriazione*, cit., 802.

romanistiche: e ciò anche perché – come evidenziato da autorevole dottrina⁵ – si è sempre cercato di applicare gli odierni criteri dommatici “allo studio di un istituto che trova il suo fondamento e la sua ragione di essere in una concezione tanto lontana ed abnorme dalla nostra mentalità giuridica: l’*imperium* estrinsecatesi attraverso la *coercitio* magistratuale. E l’errore – continua De Robertis – è stato tanto maggiore in quanto si sono voluti portare nella valutazione dell’espropriazione romana i criteri giuridici propri dell’elaborazione privatistica, non tenendo presente che la espropriazione per pubblica utilità, sia per la sua base giuridica che per il suo campo di applicazione e per le modalità della procedura, è un istituto che sorge e si afferma sul terreno del diritto pubblico”.

Pochi argomenti della scienza romanistica sono stati così dibattuti come quelli riguardanti il nostro istituto: la *summa divisio* è quindi tra gli autori che ammettono in diritto romano l’esistenza di una procedura avente le stesse finalità giuridico-sociali dell’odierno istituto della espropriazione per pubblica utilità e coloro che, al contrario, negano recisamente che lo Stato Romano abbia potuto, *invito domino*, venire in possesso di beni appartenenti a privato. Fermo restando, peraltro, che anche tra i primi – ovvero tra coloro che ne riconoscono l’esistenza – sussistono posizioni contrastanti per quanto riguarda l’identificazione di un momento genetico, il fondamento giuridico, nonché le modalità di realizzazione della stessa vicenda ablatoria.

Punto di partenza, quindi, del presente lavoro sarà lo studio delle fonti, per evidenziare se e in quale misura vi potesse essere spazio per tale istituto nel mondo romano: un *excursus* che meglio permetterà di comprendere le

⁵ F. M. DE ROBERTIS, *La espropriazione*, cit., VII s.

problematiche che ancor oggi interessano la vicenda espropriativa, anche alla luce delle novità recentissimamente introdotte dal d.l. 13 agosto 2011, n. 128, così come modificato dalla legge di conversione 14 settembre 2011, n. 148.

CAPITOLO I

L'ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ NEL DIRITTO ROMANO

1. Sul concetto di proprietà

L'analisi dell'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità non può che muovere da una chiara definizione del concetto di proprietà: definizione, questa, che specialmente nel diritto romano offre difficoltà di varia natura.

Definita come *mancipium* nell'età aurea della lingua latina – sostantivo, questo, derivato dal termine *manus* utilizzato per identificare la *potestas* del re, del magistrato o del *paterfamilias* e inteso in senso generico come signoria⁶ – venne poi designata nell'età classica con il termine *dominium*: la parola *mancipium*, infatti, aveva perso il suo originario significato, tant'è che le stesse espressioni *mancipium dare* e *mancipium accipere* – che originariamente significavano dare o ricevere in proprietà – in quest'età venivano intese nel senso di dare o ricevere nella forma della *mancipatio* e il termine *mancipium* aveva assunto il preciso significato di potestà sui *filiifamilias* altrui venduti o dati a nozza dal loro *paterfamilias*⁷.

Il termine utilizzato dalla giurisprudenza per indicare la proprietà è quindi *dominium* e *dominus* quello per indicare il suo titolare, anche se non è raro trovare casi in cui tale diritto è designato non con un termine specifico, ma con delle perifrasi che danno rilievo al legame sussistente tra il titolare e il bene oggetto di proprietà, come per esempio *rea mea est* ovvero *res in bonis meis est*.

⁶ Cfr. Cic. *Ep. ad Brut.*, I.16.4: ... *ut esset sui iuris et mancipii res publica*. Cfr. altresì Gell. 18.6.9: ... *matrem autem familias appetam esse eam solam, quae in mariti manu mancipioque esset*.

⁷ Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, Milano, 1966, 231 ss.

Questa difficoltà di attribuire in termini assoluti un *nomen* al concetto di proprietà è speculare alla difficoltà di definirne il contenuto.

Come evidenziato da autorevole dottrina, infatti, “il tentativo di definire il diritto di proprietà è opera della riflessione giuridica moderna. Nelle fonti romane non ne abbiamo traccia”⁸.

Anche la celebre definizione di proprietà come *ius utendi et abutendi re sua* è ricavata, assolutamente mutandone il significato, da una legge delle Pandette dove si dice che il possessore di buona fede, di fronte a una *petitio hereditatis*, non è tenuto *si quid dilapidaverunt perdidit, dum re sua se abuti putant*.

Quel che è plausibile è che, nell’età arcaica, la figura delle proprietà avesse una connotazione esclusivamente processuale: l’esistenza stessa, nel diritto romano, di diverse situazioni giuridicamente rilevanti configurabili come proprietà, infatti, dimostrerebbe l’assenza di una categoria sostanziale generale quale appunto il diritto dominicale.

Ciò del resto in ragione, molto probabilmente, della limitata tendenza all’astrazione dei giureconsulti romani: “l’assenza di un pensiero giuridico riflesso [infatti], non solo rendeva impossibile un approfondimento teorico di tale nozione [quella della proprietà], ma doveva anche ostacolare l’affermazione di un regime giuridico particolarmente complesso e rigoroso”⁹, con la conseguenza che, come è stato difficile il processo con cui si è formato il termine *dominium*, altrettanto

⁸ Cfr. P. BONFANTE, *Corso*, cit., 233.

⁹ Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei “iura praediorum” nell’età repubblicana*, Milano, 1969, 396.

difficile è stata la definizione del contenuto e del significato dello stesso istituto della proprietà quiritaria¹⁰.

Nelle fonti romane, quindi, la definizione del diritto di proprietà lascia il passo all'individuazione delle differenti caratteristiche che tale diritto reale ha presentato nel corso delle varie fasi dell'evoluzione storica del popolo romano.

Concentrandoci sulla proprietà fondiaria – che rappresenta l'espressione più completa e originaria di proprietà –, notiamo, infatti, che il suo contenuto è delineato tramite l'individuazione di una serie di elementi peculiari, che, seppur affievolendosi con il passare del tempo, ne determinano i confini.

Se è pur vero che, con il decorso del tempo, l'*ager arcifinius* acquista la prevalenza sull'*ager limitatus* al punto che, nell'epoca romano-ellenica, la distinzione tra le due categorie di fonti non ha più valore, è altrettanto vero che il fondo di proprietà del cittadino romano veniva segnato nei propri confini attraverso il rito della *limitatio* con la conseguenza che i territori non delimitati erano già di per sé parte dell'*ager publicus* e, in quanto tali, esclusi dal concetto di dominio privato.

La proprietà romana, nella sua origine, era poi una signoria assoluta illimitata internamente, concepita ed ordinata in modo da respingere qualunque limitazione o influenza esterna, tant'è che le stesse servitù, volontariamente costituite, erano totalmente ignote all'antichissimo diritto e sono state, poi, riconosciute nelle sole servitù di acquedotto e di passaggio.

Ed ancora. La dottrina ha evidenziato come la proprietà romana avesse virtù assorbente, di tal che tutto ciò che si trovava all'interno dei confini del fondo

¹⁰ Cfr. F. SCHULZ, *Principles of Roman law*, Oxford, 1936, 43, il quale parla di “*disinclination for abstract formulation*”.

apparteva al proprietario del fondo stesso, senza il bisogno che l'istituto dell'accessione disciplinasse il fenomeno; fosse libera da ogni peso sia pubblico sia privato, come se la proprietà si affermasse di fronte alla stessa sovranità dello Stato¹¹ e fosse perpetua, non essendo possibile una sua costituzione a termine, fissando – a titolo di esempio – che, per effetto del passaggio del tempo, essa potesse ritornare all'alienante secondo il concetto della revoca reale.

Certo è che queste caratteristiche andarono via via affievolendosi¹², ma quantomeno nel diritto classico esse sono ancora intatte. Si tratta di caratteri che indubbiamente non rispondono a quella funzione economica della proprietà che caratterizza l'istituto del diritto moderna, ma conferiscono al *dominium* una posizione di superiorità rispetto alle altre signorie generali sulla cosa.

Il *dominium* può quindi essere definito – utilizzando le parole del Bonfante – come “la signoria eminente fra le varie signorie generali sulla cosa”¹³: e ciò in ragione del fatto che esso si viene a differenziare, rispetto alle altre signorie generali come la *possessio* e l'usufrutto, per il fatto che queste sono al primo subordinate, che queste presuppongono l'esistenza del primo e, per definizione, derivano da un rapporto con il proprietario.

¹¹ Il *tributum*, infatti, era personale e si pagava secondo i beni, ma non sulla proprietà, atteso che qualunque onere o imposizione sul *dominium* avrebbe cancellato il *dominium* stesso. L'Imperatore, il Popolo Romano, il titolare del *vectigal* erano considerati come proprietari, mentre il godimento, sia pur pieno e perpetuo, che ne servavano i possessori non era proprietà ma riceveva appunto il nome di *possessio* o usufrutto.

¹² Nel diritto classico compaiono le servitù; la forza assorbente della proprietà è mitigata dall'istituto del diritto di superficie e l'immunità dei fondi di proprietà dei cittadini cessa, nel 292 d.C., con Diocleziano così venendo a mancare la base delle separazione tra proprietà e *possessio* dei fondi provinciali, che già Diocleziano chiama proprietà e che Giustiniano abolisce definitivamente. È da attribuirsi a quest'ultimo anche l'introduzione dell'istituto della revoca reale e della libera costituzione della proprietà *ad tempus*.

¹³ Cfr. P. BONFANTE, *Corso*, cit., 246. Ivi si legge che “la proprietà si trova di fronte agli altri diritti reali nella stessa posizione della sovranità, la quale si può ridurre all'espressione astratta ed evanescente dell'alta sovranità, di fronte ai poteri generali o parziali che ne rilevano e che, al di fuori di essa, non hanno né legittimità né vita”.

Del resto, se secondo la scienza giuridica moderna la proprietà può essere definita come la signoria più generale, in atto o in potenza, sulla cosa, nel campo del diritto romano i caratteri dell'astrattezza, dell'indeterminatezza e dell'elasticità sono comuni a molti istituti per i quali la definizione appena citata potrebbe essere adeguata – basti pensare alla *possessio* o all'*usufructus* – essendo presenti, anche in questi istituti, le caratteristiche della proprietà modernamente intese.

In altri termini, nonostante l'assenza di una definizione di proprietà – ricollegabile sia al disinteresse dei giuristi romani nei riguardi delle definizioni, sia all'esistenza di più forme di proprietà che avrebbero reso assai arduo darne una definizione comune onnicomprensiva – i Romani ne hanno “sempre avuto un'idea molto esatta”, riuscendo sempre ad evitare confusione con altre figure giuridiche dalla stessa non molto differenti¹⁴.

Semmai i giuristi romani hanno sentito l'esigenza di soffermarsi sull'analisi delle limitazioni che potevano gravare sulla proprietà: da quelle determinate dalla volontà delle parti come l'usufrutto o le servitù prediali, a quelle legali, operanti – ad esempio – nell'ambito dei rapporti di vicinanza.

I predetti diritti, unitamente a tutti i diritti parziali che per qualunque ragione vengano a gravare sulla cosa, diminuendo il godimento assoluto di cui gode il proprietario nei suoi confronti, altro non sono che una limitazione legale, strettamente connesse alla struttura che la proprietà assume in una data legislazione.

¹⁴ Cfr. V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Roma, 1933, 263.

Conseguentemente – come si è poc’anzi evidenziato – dal momento che la proprietà fondiaria era vista come un territorio chiuso e indipendente nel quale nessuno poteva penetrare e sul quale nessuno poteva esercitare alcun diritto, capace di assorbire per accessione tutto quanto vi si incorporasse, la struttura originaria del *dominium ex iure Quiritium* non poteva consentire, per definizione, l’esistenza di vere e proprie limitazioni.

Ciononostante, mano a mano che la proprietà andò ad assumere una connotazione sempre più economica, anche per effetto delle numerose divisioni ereditarie e dell’aumentare dei commerci, essa subì, a partire dall’età antica fino a quella romano-ellenica, un numero sempre crescente di limitazioni – l’*iter limitare* scomparve per le proprietà scaturite dalle *possessiones* e l’*ambitus* fu spesso eliminato – sia di ordine privato, ovvero stabilite nell’interesse del privato, che di ordine pubblico, in virtù delle quali veniva ristretto il godimento della cosa nell’interesse sociale, senza possibilità per i privati di derogare ad esse mediante patto.

È proprio tra le limitazioni di diritto pubblico¹⁵ che si inserisce l’espropriazione per pubblica utilità, che si sostanzia nell’obbligo di cedere un bene di cui si ha la titolarità per il soddisfacimento di un interesse collettivo.

A tal proposito, merita fin da subito evidenziare – anche se sul punto meglio si tornerà nel prosieguo – che, in quanto tale, l’espropriazione per pubblica utilità deve anzitutto essere distinta dalla confisca: se è pur vero, infatti, che anche

¹⁵ Tra queste la dottrina è solita annoverare l’obbligo di imposta fondiaria (il *vectigal*, il *tributum*, lo *stipendium*), le limitazioni per motivi religiosi, l’uso pubblico di sponde fluviali, il passaggio pubblico coattivo di carattere transitorio, le limitazioni in ordine alle miniere e quelle relative all’edilizia.

in virtù della confisca lo Stato può disporre dei beni del singolo cittadino, questa si differenzia dalla prima per la natura sanzionatoria che la caratterizza.

Si trattava, infatti, di una multa con cui veniva punito un cittadino, limitando o negando la sua capacità di essere proprietario, senza che tale sanzione fosse giustificata dalla necessità di soddisfare alcun attuale e concreto interesse pubblico¹⁶.

Occorre poi evidenziare – per una più chiara comprensione dell’istituto – che l’espropriazione per pubblica utilità è un istituto di diritto pubblico, con tutto quello che ciò comporta nella definizione delle sue caratteristiche.

L’assolutezza della proprietà come principio cardine del diritto privato, quindi, deve essere intesa tale solo nei confronti di altri soggetti privati, ma non dello stato: la Pubblica Amministrazione, in quanto fornita di *imperium*, è libera di esplicare il suo potere fin dove questo non incontri un limite, non potendosi intendere come tale quello dell’assolutezza del diritto di proprietà del privato¹⁷.

Peraltro, l’evoluzione che ha subito il concetto di proprietà e di cui già si è detto, impone una trattazione del tema strettamente connessa ai peculiari periodi storici che hanno caratterizzato l’epoca romana: nelle prossime pagine si

¹⁶ Sul concetto di confisca si veda altresì P. BONFANTE, *Corso*, cit., 239. L’Autore identifica la confisca con la *publicatio*, allontanandosi a quell’orientamento dottrinario assolutamente maggioritario che ritiene invece che *publicatio* fosse un termine generico utilizzato per indicare il passaggio di un bene dal privato allo stato, senza dar rilievo alle ragioni e alle modalità di tale passaggio, ben potendo quindi lo stesso essere il frutto sia di espropriazione per pubblica utilità che di confisca o di volontaria cessione: cfr., sul punto, E. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, v. *Publicatio*. Si evidenzia poi come parte della dottrina sia altresì solita distinguere tra l’espropriazione per pubblica utilità da quella per pubblica necessità: cfr. P. BONFANTE, *Corso*, cit., 239, nonché F. PICCINELLI, *Della espropriazione per causa di pubblica utilità considerata nel diritto romano*, Firenze, 1882, 60. Tale distinzione non sembra però meritevole di accoglimento visto che l’espropriazione, quando mossa da necessità, altro non è che un tipo particolare di espropriazione per pubblica utilità, in cui il “grado” di utilità è tale da non poter esser diversamente soddisfatto.

¹⁷ Cfr. F. M. DE ROBERTIS, *La espropriazione*, cit., 12.

procederà quindi all'analisi delle fonti, suddivise per periodi storici, che ci sono pervenute al riguardo, nel tentativo di porre chiarezza sulla *vexata questio* dell'esistenza o meno nel diritto romano dell'espropriazione per pubblica utilità.

Come si è già anticipato, infatti, l'esistenza di tale istituto nel diritto romano è una delle questioni più controverse: parte della dottrina, muovendo dalla constatazione della predominante natura pubblica dell'*ager*, ha infatti negato la possibilità di espropriare beni privati per il soddisfacimento di un interesse pubblico¹⁸; al contrario, secondo altri Autori l'istituto avrebbe, seppur con modalità differenti, operato anche in età romana¹⁹.

La ragione di tali contrastanti conclusioni è da rinvenirsi indubbiamente nel fatto che le fonti a noi pervenute non sono chiare e di univoca lettura, nulla

¹⁸ Cfr. P. BONFANTE, *Corso*, cit., 239; nonché FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1908, 455 ss., secondo il quale l'espropriazione per pubblica utilità è probabilmente esistita solo nell'età romano-ellenica. Cfr. altresì A. PROFUMO, *Le fonti e i tempi dell'incendio neroniano*, Roma, 1905: per l'Autore l'inesistenza dell'espropriazione per pubblica utilità sarebbe comprovata dal fatto che Nerone, per recuperare le aree dove far costruire la *domus* sia ricorso all'incendio, che, al contrario, non sarebbe stato necessario nel caso in cui fosse stato possibile per l'Imperatore espropriare le terre necessarie. Ed ancora, sempre a sostegno della tesi negativa, si veda E. DE RUGGIERO, *Lo Stato e le opere pubbliche di Roma*, Torino, 1925, 162 ss.

¹⁹ Cfr. E. COSTA, *Storia del diritto romano privato*, Torino, 1925, 209, secondo il quale "la revocabilità del *dominium* da parte dello stato" sarebbe connaturale "al rapporto stesso nel quale esso sta di fronte a questo che lo ha costituito per mezzo dell'*adsignatio* e che solo nel più antico assetto lo stato vi sia ricorso col più grave riserbo per rispetto intenso ond'era circondata la personalità del *paterfamilias* investito del *dominium* in rappresentanza della *famiglia* e per le poche occasioni che la semplice vita dei primi secoli e in particolare le scarse esigenze edilizia di questi ne dovevano porgere". Sul punto si veda altresì F. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1921, 281; G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, Torino, 1920, 309 ss., dove si legge che "l'espropriazione per pubblica utilità dovette essere praticata nell'epoca classica, penetrando sempre più negli usi in seguito, fino all'epoca giustiniana nella quale, malgrado qualche ostensione liberale di quel grande imperatore, fu largamente praticata". Dello stesso avviso è anche A. FERNANDEZ DE BUJAN. L'Autore – in *Derecho publico romano*, Madrid, 1999, 202 – afferma che "*si bien no existió en Roma una ley general reguladore de la expropiacion forzosa, si se conocen numerosos casos en los que la expropiacion tuvo lugar por razones de utilidad publica o de interes social, tanto respecto de bienes muebles como de bienes inmuebles*". Si veda anche E. LOZANO CORBÌ, *La expropiación, forzosa, por causa de utilidad publica y en interes del bien comun en el derecho romano*, Zaragoza, 1994, nonché , dello stesso Autore, *Existió en la epoca republicana el derecho a la expropiación forzosa por causa de utilidad publica?* In *Revista de Estudios Historicos-Juridicos, Sección Derecho Romano*, XVII, Valparaiso, 1995.

dicendo circa il modo in cui, nella costruzione delle opere pubbliche, venisse risolto il problema dei fondi di proprietà privata interessati dalla costruzione in parola.

* * *

2. *Sull'esistenza dell'espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano: le origini*

Le ricerche effettuate permettono di porre, quale data di rilievo ai fini della presente trattazione, il 200 a.C.: prima di tale data, infatti, l'*ager publicus* costituiva la maggior parte del territorio romano²⁰, con la conseguenza che non vi era ragione che potesse giustificare il ricorso ad un istituto come quello dell'espropriazione per pubblica utilità, visto che “le limitazioni alla proprietà privata [e dunque anche l'espropriazione, intesa quale massima limitazione al diritto fondiario] sono in ragione inversa della diffusione della proprietà medesima”²¹.

Del resto, come già osservato da autorevole dottrina, se un diritto ammette la proprietà privata in uno scarso numero di casi e solo su piccola parte del territorio, sottoponendo la massima parte di questo alla proprietà pubblica, “è certo che l'interesse pubblico di limitare l'azione del proprietario rispetto alla cosa sua [sia] infinitamente minore di quando si ammetta invece la proprietà con larghezza maggiore ... via via che si estende la proprietà quantitativamente si

²⁰ Cfr. Gai 2.7: *in eo [provinciali] solo dominium populi romani est vel Caesaris; nos autem possessionem tantum et usufructum habere videmur*. Lo stesso Cicerone, del resto, afferma che ai tempi della fondazione di Roma, la proprietà privata consisteva solo nei beni mobili e che i cittadini avevano solamente la *possessio* ma non il *dominium* dei fondi. In dottrina, cfr. G. PADELLETTI, in *Archivio Giuridico*, 13, 1874.

²¹ Cfr. F. M. DE ROBERTIS, *La espropriazione*, cit., 43.

restringe la proprietà dal punto di vista legale, sorgono cioè maggiori limitazioni alla facoltà dei singoli proprietari”²².

“Se poche sono le proprietà private – continua ancora Scialoja – l’interesse dello stato di espropriare queste poche proprietà private, è infinitamente minore di quando lo stato si trovi di fronte ad una grandissima massa di proprietà privata. È certo che nei primi tempi del diritto romano, in cui scarso era il numero della proprietà fondiaria e piccola la estensione dei fondi, lo stato poteva dare qualunque opera pubblica senza bisogno di togliere al privato ciò che esso stesso gli aveva attribuito: il proprietario era quindi sovrano intangibile dei propri fondi come di tutte le cose sue. E questa proprietà veniva pienamente rispettata, dal momento che essa non urtava minimamente gli interessi dello stato: perciò in questi primi tempi non c’era alcun bisogno di procedere ad espropriazione”²³.

Come se ciò non bastasse, occorre evidenziare – a supporto della tesi qui sostenuta circa l’inesistenza dell’istituto dell’espropriazione per pubblica utilità prima del 200 a.C. – che la necessità per lo stato di procedere con l’espropriazione della proprietà privata è tanto più impellente quanto maggiore è la sua propensione alla costruzione di opere pubbliche.

Ebbene se caliamo queste due osservazioni nella Roma antica, dove l’estensione delle terre pubbliche aveva una portata assolutamente straordinaria ed era limitatissima l’attività dello stato nel campo edilizio²⁴, occorrerà riconoscere che l’istituto dell’espropriazione non poteva che essere in linea di principio sconosciuto.

²² Cfr. V. SCIALOJA, *Teoria*, cit., 317 s.

²³ Cfr. V. SCIALOJA, *Teoria*, cit., 317 s.

²⁴ Cfr. E. DE RUGGIERO, *Lo Stato e le opere pubbliche in Roma antica*, Torino, 1925, 29 s.

In altri termini, la mera circostanza che inizialmente l'*ager publicus* fosse di proprietà del Popolo Romano e, solo per sua concessione, potesse essere concesso in godimento alle famiglie patrizie – come ci narra Livio parlando della concessione da parte del *Populus Romanus* ai cittadini privati delle terre pubbliche affinché questi si costruissero le proprie abitazioni²⁵ – rende ingiustificabile l'esistenza dell'espropriazione per pubblica utilità in questa prima fase della storia romana.

Peraltro, anche ad ammettere che, in tale periodo arcaico della storia romana, vi siano stati dei casi di espropriazione per pubblica utilità²⁶ è difficile ritenere che le radici dell'istituto, nei termini di cui già si è detto, possano essere riscontrate già in questo periodo: come si è già evidenziato, infatti – e contrariamente a quanto sostenuto da Meyer –, si trattava sempre di terre che, seppur concesse ai patrizi, rimanevano comunque di proprietà pubblica, come è testimoniato da numerosi passi di Livio²⁷.

Il che significa però, che, a mano a mano che il concetto di proprietà privata si andò definendo, è plausibile pensare che tale cambiamento abbia potuto portare con sé anche la possibilità che il *dominium* stesso potesse essere oggetto di ablazione in favore della comunità: e ciò a maggior ragione se si considera che la terra coltivabile venne ben presto distribuita gradualmente ai veterani, ai coloni ovvero ai privati, mediante assegnazioni che continuarono, in maniera sempre più

²⁵ Liv. *Hist.* I.35; II.48; IV.48; VI.5, 14, 37, 39.

²⁶ Cfr. G. MEYER, *De iure expropriationis in imperio romano, Dissertatio inauguralis*, Marburg, 1857, 15 ss. L'Autore sostiene, infatti, che, già in età monarchica, a partire dal Re Servio Tullio fino alla Repubblica, si possono rinvenire i primi esempi di espropriazione per pubblica utilità: i riferimenti sarebbe riscontrabili nella *lex Icilia de Aventino publicando* e nella legge di Licinio Solone che proibiva ai cittadini romani di possedere più di 500 iugeri di terra pubblica.

²⁷ Liv. *Hist.*, III.31.32; VI.35.36.

massiccia, per tutta l'età della Repubblica, tant'è che nell'epoca dell'Imperatore Traiano l'*ager publicus* costituiva solo il 22 per cento delle terre periferiche romane²⁸.

In altri termini, quando Roma raggiunse un grado di progresso tale per cui le nuove distribuzioni e concessioni di terra, ottenuta quest'ultima anche attraverso le sempre più massicce campagne militari, divennero sempre più frequenti e, nel contempo, venne ammessa la possibilità di disporre, in caso di morte, dell'*ager publicus*, si perfezionò un tassello importante nella definizione del concetto di proprietà privata e, conseguentemente, nella possibilità della sua ablazione da parte dello Stato.

La data del 200 a. C. quale limite temporale dal quale cominciare la ricerca nasce quindi dal fatto che, a partire da tale momento, si vennero a costituire, per così dire, le circostanze propizie al sorgere dell'istituto: da un lato, con la legge agraria del 111 a. C. l'*ager publicus* ebbe a passare quasi completamente nelle mani dei privati, tramite la conversione degli antichi possessori in proprietari ed abolendo gli istituti della *occupatio publica* e della *possessio relativa*; dall'altro, si intensificò l'attività edilizia a opera dello Stato²⁹.

E proprio in questo periodo che, secondo parte della dottrina, si diffuse, nella prassi amministrativa, un procedimento a carattere discrezionale che – seppur con alcune diversità – può essere assimilato all'odierna espropriazione, in

²⁸ Cfr., sul punto, E. LOZANO CORBÌ, *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el derecho romano*, Zaragoza, 1994, 30.

²⁹ È significativo, a tale proposito, che le grandi vie consolari furono tutte costruite in epoca posteriore al 200 a.C. e che la costruzione degli acquedotti non cominciò prima del 312 a.C. Sul punto si veda la testimonianza di Frontino che, nella sua opera *De aquis Urbis Romae*, precisa che “*ab Urbe condita per annos CCCCXXXI contenti fuerunt Romani usu aquarum quas aut ex Tiberi, aut ex puteis, aut ex fontibus hauriebant*”.

quanto, al pari di quest'ultima, si concretizzava nella cessione coattiva della cosa da parte del proprietario.

L'analisi delle fonti può meglio chiarire la natura e le peculiarità di tale procedimento.

* * *

3. *Le prime fonti*

La fonte più antica ritrovata sul punto è un frammento riguardante il rogo dei libri di Numa: nel 181 a. C. questi libri, ritenuti “socialmente pericolosi” – racconta Livio – vennero ritrovati sotterrati nel fondo di uno scriba e il senato stabilì fossero bruciati e fosse corrisposta un'indennità al proprietario: *scriba tribunos plebis adit, a tribunis ad senatum res est reiecta. Praetor se iusiurandum dare paratum esse aiebat libros eos legi servarique non oportere. Senatus censuit satis habendum quod praetor iusiurandum dare polliceretur; libros primo quoque tempore in comitio cremandos esse; pretium pro libris, quantum Q. Petillio praetori maiori que parte tribunorum plebis videretur, domino esse solvendum. Id scriba non accepit. Libri in comitio igne a victimarios facto in conspectu populi cremati sunt*³⁰.

Vero è che nel passo appena citato, Livio precisa che i volumi in questione erano “*ad persolvendam religionem pertinere*”: ma non si ritiene che tale informazione possa impedire di riconoscere nella fattispecie descritta dallo storico patavino un primo esempio di espropriazione per pubblica utilità.

E ciò per varie ragioni.

³⁰ Cfr. Liv. XL.29.

Anzitutto per il fatto che se si fosse trattato di una sanzione religiosa (collegata per l'appunto alla natura "sacra" dei libri oggetto di espropriazione), l'intervento dello Stato non avrebbe avuto ragione d'essere, dal momento che le sanzioni religiose avevano tal forza da imporsi indipendentemente dall'intervento dello Stato³¹.

Sotto un diverso profilo, poi, non si può negare che se di sanzione religiosa si fosse trattato, avrebbe quantomeno dovuto esserci l'intervento dei sacerdoti: ma di ciò le fonti non fanno menzione, lasciando invece traccia dell'intervento statale.

Quest'ultimo, quindi – esclusa la possibilità che si trattasse di provvedimento religioso –, testimonia la necessità di tutelare un interesse della società, in qualunque forma esso si presenti (economico, morale, religioso o politico), che seppur eventualmente collegato ad una questione religiosa costituisce un qualcosa di più rispetto al mero interesse religioso.

Ma ritorniamo al testo di Livio. Lo storico narra che il proprietario dei libri fece ricorso ai tribuni della plebe, ma che l'intervento del Senato concluse la diatriba, confortando la decisione pretoria e ordinando, nello stesso tempo, che al proprietario venisse corrisposta un'indennità.

Quel che emerge dalla narrazione di Livio è che i tribuni intervennero non contro la legalità dell'atto di espropriazione, ma per impedire che in questo caso concreto si espropriasse, dando rilievo al fatto che non sarebbero sussistite le condizioni necessarie affinché il magistrato potesse legittimamente procedere con l'espropriazione: diversamente, infatti, non avrebbe avuto senso l'inciso *praetor*

³¹ Cfr. L. LUSIGNANI, *Le limitazioni della proprietà in diritto romano*, Lenght, 1898, 508.

se iusiurandum dare patrum esse aiebat libros eos legi servarique non oportere: senatus censuit satis habendum quod praetor iusiurandum pollicetur.

Del resto, se ciò di cui si discuteva era l'opportunità o meno del procedimento, è plausibile ritenere che non vi fosse dubbio sulla legalità del procedimento medesimo. Ma se la legalità del procedimento non era messa in discussione, ciò significa, a sua volta, che si discuteva solo sull'opportunità dell'applicazione, nel caso concreto, di un istituto ammesso e riconosciuto dal sistema.

Se così è dunque – e il testo richiamato supporta tale interpretazione – si può concludere che l'espropriazione era un atto amministrativo, di competenza del magistrato procedente al quale competeva non solo la dichiarazione dell'interesse pubblico, ma anche l'emanazione del decreto che imponeva la cessione forzata, competendo invece ai tribuni intervenire nel caso in cui il magistrato avesse superato i limiti del potere lui attribuito.

Sempre Livio riporta anche un secondo episodio che parte della dottrina pone a fondamento delle argomentazioni circa l'inesistenza dell'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano.

Nell'anno 179 a. C. Crasso, proprietario di un fondo su cui doveva sorgere un acquedotto, si oppose all'espropriazione che l'aveva colpito: precisamente Livio narra che “*censores habuere et in promiscuo pecuniam; ex ea communiter locarunt aquam adducendam fornicesque faciendos: impedimento operi fuit M. Licinus Crassus, qui per fundum suum aquam duci non est passus*”³².

³² Cfr. Liv. XL.51.4.

L'interpretazione del passo è stata molto dibattuta: taluni vi hanno letto la conferma dell'esistenza dell'istituto, sul presupposto che, nel caso narrato dallo storico patavino, Crasso riuscì ad impedire all'amministrazione pubblica di far passare un acquedotto tra i suoi fondi³³; altri, invece, hanno negato, anche alla luce della brevità del testo, la possibilità di dedurre dal medesimo qualche informazione circa l'esistenza o meno dell'istituto in parola.

Coloro che negano l'esistenza dell'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità³⁴, infatti, sostengono che “se l'istituto dell'espropriazione fosse realmente esistito sarebbe assai strano che lo Stato non ne avesse approfittato quando ciò, come nel caso accennato, gli riusciva singolarmente utile, e si fosse rassegnato a subire, contro la volontà delle leggi e contro il vantaggio di tutti, la volontà di un solo cittadino”.

Senonché, a tale argomentazione, si potrebbe facilmente controbattere che, nello stesso periodo dell'episodio narrato da Livio, Roma aveva dato inizio alla guerra contro i liguri e contro i popoli dell'Istria e dell'Illiria; nel contempo i

³³ Proprio analizzando tale passo, in *De iure*, cit., 22, Meyer ha sostenuto che lo stato ottenesse le terre che dovevano servire per la costruzione di opere pubbliche attraverso una compravendita, fermo restando che in caso di opposizione da parte del privato, quest'ultimo non poteva essere costretto alla vendita del fondo in parola.

³⁴ Cfr. P. BONFANTE, *Corso*, cit., 294. Cfr. altresì F. PICCINELLI, *Della espropriazione per causa di pubblica utilità considerata nel diritto romano*, Firenze, 1882, 60. L'Autore opina che l'impedimento non sia stato riconducibile a Crasso ma solo allo scoppio della guerra contro i Liguri: causa, questa, che sola impedì la prosecuzione dei lavori relativi alla costruzione dell'acquedotto. Cfr. E. LOZANO CORBÌ, *La expropriation*, cit., 50 ss. Secondo l'Autore ispanico l'ipotesi più verosimile per cui l'acquedotto non fu costruito sarebbe da rinvenirsi proprio nel fatto che, nel medesimo 181 a.C., i Romani avessero intrapreso la guerra contro i liguri e contro i popoli dell'Istria e dell'Illiria. Del resto – prosegue sempre Lozano Corbì – non avrebbe senso pensare che l'interruzione dei lavori fosse collegata esclusivamente al fatto che parte delle terre interessate dalla costruzione appartenevano a Licinio Crasso: e ciò per la semplice considerazione che tali terre sicuramente non dovevano avere un'estensione tale da essere significative per la realizzazione dell'opera, dal momento che, in quell'epoca, la proprietà fodiaria era molto frazionata *privatus illis census era brevis*.

Galli avevano attraversato le Alpi e stava per cominciare la terza guerra macedone, sicché è ben plausibile pensare che la causa dell'interruzione dei lavori per la costruzione dell'acquedotto sia da rinvenire nel peculiare contesto politico che si era creato che, di certo, obbligava Roma a destinare diversamente le risorse, in termini di uomini e di denaro originariamente destinate alla costruzione dell'opera pubblica³⁵.

Anche questa costituisce evidentemente una mera induzione, a fronte di un testo che nulla dice sul punto: ma certo è che il silenzio delle fonti, se non può essere motivo a supporto dell'esistenza dell'istituto, non può neppure essere utilizzato in senso opposto.

Altra fonte è reperibile sempre nel testo di Livio: *Lepidus, molem ad Terracinam, ingratum opus, quod praedia habebat ibi, privatamque publicae rei impensam insuerat*³⁶.

La dottrina ha commentato il passo, rilevando che, con *ingratum opus*, Livio abbia voluto significare che, essendosi venute a fondere in Lepido le due qualità di proprietario dei fondi espropriandi e di magistrato procedente, egli si sia trovato nella condizione di dover imporre a se stesso la cessione dei fondi³⁷.

³⁵ Cfr. E. LOZANO CORBÌ, *La expropriación*, cit., 52 ss.

³⁶ Liv. XL.51.3.

³⁷ Cfr. in senso difforme, Piccinelli, il qual ritiene che la cessione dei fondi fosse stata causata dai danneggiamenti che i fondi stessi avevano subito a causa delle invasioni degli operai. Anche sul punto si veda E. LOZANO CORBÌ, *La expropriación*, cit., 67 ss., in quale, nel chiedersi quale sia la causa di tale affermazione, conclude che il censore M. Emilio Lepido, per dare l'esempio a tutti i cittadini, nell'ottica che il bene comune debba sempre anteporsi all'interesse del singolo cittadino, arriva a portare avanti la costruzione dell'opera pubblica, anche sacrificando i propri beni per far fronte all'utilità collettiva. L'opera quindi – prosegue l'Autore – sarebbe ingrata, in quanto il censore si sarebbe trovato a concorrere alla realizzazione dell'infrastruttura con il proprio patrimonio privato.

E sempre lo storico patavino in *Hist.* 2.5 narra il caso di uno schiavo che, avendo rivelato ai consoli la congiura che alcuni giovani romani, tra i quali anche il figlio di Bruto, stavano organizzando per porre i Tarquini al governo di Roma, venne premiato non solo con una somma di denaro, ma anche con la cittadinanza e la libertà. Se solo si considera che per il diritto romano, lo schiavo era un bene del patrimonio del *dominus*, è facile convenire che la libertà concessa al medesimo altro non fosse che un'espropriazione per pubblica utilità a carico del suo padrone³⁸.

Né a smentire l'assunto varrebbe sostenere l'assenza, in questo come negli altri casi segnalati riguardanti la concessione della libertà agli schiavi, di un'utilità pubblica visto che lo sviluppo della libertà e dello spirito umanitario, al pari del miglioramento delle condizioni dell'individuo, in quanto rientranti nel concetto romano di *humanitas*, altro non sono che manifestazione di un interesse che in quanto sociale è inevitabilmente pubblico³⁹.

³⁸ Altri esempi in tal senso sono rinvenibili sempre nell'opera di Livio. In *Hist.* 2.15 si legge, ad esempio, che "*servos ad libertatem Ap. Herdonius ex Capitolio vocabat*". Ed ancora, in *Hist.* 22.33, Livio narra di uno schiavo che fu premiato con la libertà per aver denunciato un tentativo di congiura da parte di altri 25 servi: *Servi quinque et viginti in crucem acti quod in campo martio coniurassent: indici data Libertas et aeris gravis XX millia*. Ed ancora, sempre Livio narra che Marco Giunio, mancandogli uomini per fronteggiare Annibale, si trovò costretto a prendere ed armare 8.000 schiavi, dopo aver loro concesso la libertà e pagato il relativo prezzo ai rispettivi padroni: cfr. Liv., 22.57: *et aliam formam novi delectus inopia liberorum capitum ac necessitas dedit: octo millia juvenum validorum ex servitisi, prius sciscitantes singulos, vellent ne militare, empta publice armavit*. Molti sono i casi di espropriazione di servi: a titolo di esempio cfr. Liv. 26.27; 32.36; D.48.8.2; D. 40.8.5.

³⁹ Sul punto, merita però segnalare che parte della dottrina (cfr. V. SCIALOJA, *Lezioni sulla proprietà*, Roma, 1928, 322) ha escluso che si tratti di espropriazione per pubblica utilità dal momento che lo stato non attribuirebbe a sé la proprietà del bene espropriato. Altri ancora sono giunti alla medesima conclusione dando rilievo al rapporto in cui si troverebbe l'interesse pubblico con l'atto della stato: non rinvenendosi nel caso di specie alcuna correlazione diretta tra i due elementi, dal momento che lo stato, liberando lo schiavo, non intende provvedere ad alcun interesse pubblico immediato, ma solo indirettamente cointeressare lo schiavo della protezione della cosa pubblica (cf. F. M. DE ROBERTIS, *La espropriazione*, cit., 9 s.)

Un caso che ben comprova l'esistenza dell'istituto in parola nel diritto romano è fornito da Cicerone, il quale racconta che gli auguri ordinarono la demolizione della casa di un privato cittadino poiché, a causa della sua altezza, impediva agli stessi di interpretare il volo degli uccelli⁴⁰: *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere. Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscrispsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscrispsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit quicquid sibi dare facere oporteret ex fide bona. m. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus) is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere.*

Se è pur vero che nel testo non si fa riferimento alcuno ad un qualche indennizzo da riconoscersi al privato costretto all'abbattimento dell'immobile, la dottrina ha rivisto in tale episodio un caso di espropriazione per pubblica utilità: la

⁴⁰ Cic., *de off.*, III.16.66.

circostanza che i privati cittadini – come si legge chiaramente nel passo⁴¹ – non potessero in alcun modo ostacolare l’attività del collegio e disattendere quanto da questo richiesto, infatti, dimostrerebbe la forza coercitiva del provvedimento pubblico, del tutto vincolante per il privato che ne fosse stato interessato.

Quanto alla “pubblica utilità” che avrebbe giustificato il provvedimento, peraltro, non vi è dubbio alcuno sul fatto che l’interesse religioso, in questa fase della storia romana, coincidesse con l’interesse pubblico in senso lato, sicché è del tutto plausibile, anche sotto questo profilo, che si sia trattato di espropriazione per pubblica utilità⁴².

Ancor più rilevante, ai nostri fini, è un passo di Frontino (*de aquis Urbis Romae*, cc. 127-28): ... *maiores nostri, admirabili aequitate, ne ea quidem*

⁴¹ Lo stesso episodio, peraltro, è tramandato anche da Valerio Massimo, in *Fac. ac dic. Mem.*, VII.2.1.

⁴² Al contrario, secondo Bonfante, il passo di Cicerone non costituirebbe un esempio di espropriazione per pubblica utilità, proprio per l’assenza di tale ultimo elemento. L’Autore sostiene infatti che la demolizione della casa fosse legata ad una sanzione religiosa, dotata di forza tale da imporsi a prescindere e indipendentemente dall’intervento statale: cfr. P. BONFANTE, *Corso*, cit., 285. La tesi non sembra però condivisibile: anzitutto perché l’Autore muove da una contrapposizione tra sanzioni legali e sanzioni religiose, come se, in caso di espropriazione per pubblica utilità si potesse parlare di sanzione legale. Inoltre perché presuppone un concetto di pubblica utilità, ovvero privo di ogni valenza religiosa, che non si confà all’epoca di Cicerone, nella quale – è noto – il *discrimen* tra diritto e religione non era assolutamente definito e moltissimi erano le commistioni e le sovrapposizioni tra i due ambiti. Si veda, sul punto, E. PAIS, *Ricerche sulla storia e sul diritto pubblico in Roma*, Roma, 1915, 277 dove si legge che fra magistrature civili e religiose non esisteva alcuna linea di confine. In altri termini, le magistrature civili intervenivano anche quando la ragione del loro intervento fosse il soddisfacimento di un’esigenza religiosa, atteso che era interesse della collettività il rispetto delle regole di matrice religiosa. Che tale episodio possa essere annoverato tra i casi di espropriazione per pubblica utilità è confermato anche da V. SCIALOJA, in *Lezioni sulla proprietà*, cit., 279 ss. e in *Teoria*, cit., 313 ss. Secondo l’Autore l’istituto dell’espropriazione era conosciuto con certezza fin dal principio dell’età imperiale. Con riferimento all’età repubblicana, invece – continua Scialoja – è più difficile dare risposte certe: ma anche ad ammettere che di regola l’espropriazione non tenesse luogo, il passo tramandato da Cicerone e da Valerio Massimo costituirebbe sicuramente un’eccezione, trattandosi indubbiamente di un caso di espropriazione per pubblica utilità. Peraltro, sempre in tema di espropriazione connessa ad esigenze di natura religiosa, giova ricordare anche il passo di Festo, in *De verborum significatione*, v. *summissiorem*. Festo ci riferisce, infatti, un caso molto simile a quello narrato da Cicerone e Valerio Massimo: *Caius Marius summissiorem aliis aedem Honoris et Virtutis fecit, ne si forte officeret auspiciis publicis, augures eam demoliri cogerent*.

eripuerunt privatis quae admodum publicum pertinerent, sed, cum aquas perducerent, si difficilior possessor in parte vendenda fuerat, pro toto agro pecuniam intulerunt, et post determinata necessarie loca, rursus eum agrum vendiderunt, ut proprium ius in suis finibus tam res publica quam privata haberent.

Il testo è fondamentale perché, nuovamente e in modo ancora più esplicito, conferma quanto già dedotto dalla letteratura di Livio: e, cioè, che l'istituto non solo operava, ma che, dietro l'attribuzione di una somma di denaro a compensazione della privazione subita, esso era finalizzato al soddisfacimento di un interesse pubblico, donde la precisazione che oggetto di espropriazione erano solo quelle terre che *admodum publicum pertinerent*.

Di diversa opinione è Bonfante, secondo il quale tale passo dimostrerebbe “ancora una volta la forza della suggestione” della tesi favorevole all'esistenza dell'istituto in parola⁴³: le parole di Frontino, infatti – a detta dell'Autore – testimonierebbero, senza possibilità di contestazione, “l'assoluta signoria privata messa quasi allo stesso livello di dignità della sovranità pubblica, cui non cede nemmeno per ragioni di pubblica utilità”. Ciò sarebbe tanto più evidente – continua Bonfante – in quanto Frontino noterebbe “questa mirabile *aequitas* dei maggiori in relazione agli appezzamenti di *ager publicus* posseduti dai privati ... non i *domini* soltanto ma anche i *possessores* dovevano essere rispettati”.

Ma a ben vedere non vi è traccia nel testo di un principio di inviolabilità del *dominium* di fronte all'interesse dello Stato: al contrario Frontino loda l'*aequitas* utilizzata dai *maiores* per evitare che l'espropriazione effettuata a

⁴³ Cfr. P. BONFANTE, *Corso*, cit., 286.

danno del privato non fosse bilanciata da un adeguato indennizzo, tant'è che, nel caso in cui il proprietario avesse lamentato una diminuzione del valore del fondo per il dismembramento causato dall'espropriazione delle sole parti di esso oggetto di espropriazione, lo stato avrebbe espropriato l'intera proprietà accollandosi, appunto sulla base del criterio dell'*equitas*.

Come evidenziato da De Robertis, peraltro, da tutta "l'intonazione del passo, si ricava che i proprietari erano obbligati alla cessione. La cessione doveva comunque avvenire: il proprietario poteva solo avanzare delle pretese per quel che riguarda il danno che riveniva al fondo dallo spezzettamento ed esigere un equo trattamento"⁴⁴.

L'istituto, quindi, almeno in questo periodo consisteva in una cessione obbligatoria, "la cui obbligatorietà trovava il suo fondamento in un preciso dovere del proprietario, il quale, come cittadino, non poteva rifiutare la cessione impostagli dal magistrato"⁴⁵.

* * *

Altri testi meritano di essere richiamati a comprova dell'esistenza di un istituto assimilabile all'odierna espropriazione per pubblica utilità.

Giova anzitutto soffermarsi su un passo della lettera di Cicerone ad Attico, del 54 a.C., dove si legge: *Paullus in medio foro basilicam iam poene texerat iisdem antiquis columnis: illam autem quam locavit, facit magnificentissimam. Quid quaeris? Nihil gratis illo monumento, nihil gloriosus. Itaque Caesaris amici (me dico et Oppium, dirumparis licet) iam in monumnetum illud quod tu tollera laudibus solebas, ut forum laxaremus et usque ad atrium libertatis explicaremus,*

⁴⁴ F. M. DE ROBERTIS, *La espropriazione*, cit., 70.

⁴⁵ F. M. DE ROBERTIS, *La espropriazione*, cit., 73.

*contempsimus sexcenties H.S. Cum privatis non potuerat transigi minore pecunia, Efficemus rem gloriosissimam*⁴⁶

Come risulta chiaramente dalla lettura del testo, per la costruzione del Foro, era necessario demolire alcune abitazione private, visto che, senza la demolizione delle stesse, non sarebbe mai stato possibile procedere con i lavori: ebbene, Cicerone, parlando di ciò, narra come i proprietari delle case interessate dalla demolizione siano giunti ad una transazione in virtù della quale ottennero dall'erario 600.000 sesterzi a fronte della demolizione delle case stesse.

Si tratta, quindi, anche in questo caso di un'espropriazione resasi necessaria per la costruzione di un'opera pubblica, per la quale è comprovato il pagamento da parte di Cesare di un indennizzo, in piena sintonia con gli elementi fondamentali dell'istituto. In altre parole, l'episodio dimostra chiaramente che Cesare, per ampliare il Foro, si è trovato costretto ad espropriare i possedimenti privati, corrispondendo ai proprietari di questi ultimi un indennizzo, una compensazione economica per l'ablazione che andava a toccare il loro patrimonio⁴⁷.

Allo stesso Cicerone è da attribuirsi anche un altro dei passi fondamentali per dimostrare l'esistenza dell'istituto: l'orazione *de lege agraria*, "la quale costituisce per noi la fonte più autorevole per la determinazione del carattere giuridico assunto in questo periodo dall'istituto, permettendoci di stabilire con la più grande sicurezza questo punto: che pur trovandosi esso in aperto contrasto con

⁴⁶ Cic. *ad Att.*, IV.16.8.

⁴⁷ Al contrario, parte della dottrina ha visto in tale passo una dimostrazione dell'assenza, nel diritto romano, dell'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità, dal momento che la constatazione che Cesare si sia trovato costretto a spendere somme enormi per poter raggiungere lo scopo, dimostrerebbe che di espropriazione per pubblica utilità non si sarebbe trattato (cfr. P. BONFANTE, *Corso*, cit., 293).

i principi informatori del *ius civile romanorum*, tuttavia [l'istituto espropriativo] si era largamente affermato nella pratica amministrativa”⁴⁸.

La legge agraria in questione venne presentata dal tribuno P.S. Rullo al fine di distribuire l'*ager publicus* campano e utilizzare il denaro ricavato dalla vendita di *agri publici* provinciali per acquistare terreni nello stesso agro da privati.

Ritenendola demagogica, Cicerone si scagliò contro tale proposta di legge e, commentando la clausola introdotta dal tribuno in virtù della quale le terre del privato potevano entrare a far parte del patrimonio pubblico solo con il consenso del medesimo (*caver enim vir optimum, ne emat ab invito*), affermò: *quasi vero non intellegimus ab invito emere iniurosus essere*. Peraltro, chiedendosi cosa sarebbe successo se nessuno si fosse prestato alla vendita, affermò: *nunc perspicite omnium rerum infinitam atque intollerandam licentiam. Pecunia coacta est ad aros emendos. Si consenserint possessores on vendere, quid futurum est? ... verum esto: nihil est quod non emi possit, si tantum des quantum velit venditor! Spoliamus orbem terrarum, vendamus vectigalia, suffundamus aerarium, ut locupletatis aut invidiaes, aut pestilentiae possessoribus, agri tamen emantur*⁴⁹.

Dall'orazione – della quale sono stati qui citati i passi più significativi – si evince che l'espropriazione, come istituto collegato alla *coercitio* spettante al magistrato, era largamente praticata nell'età di Cicerone, tant'è che il tribuno aveva ritenuto di dover inserire la summenzionata clausola: clausola, questa,

⁴⁸ F. M. DE ROBERTIS, *La espropriazione*, cit., 83.

⁴⁹ Cic. *de lege agraria*, I.5.15.

evidentemente resasi necessaria proprio in tanto in quanto i casi di *emptio ab invito* si verificavano con frande frequenza.

Quale fosse, peraltro, la necessità dell'apposizione di siffatta clausola è ben illustrato da De Robertis, il quale spiega che la ragione del divieto d'acquisto da parte di chi non avesse voluto vendere spontaneamente non debba essere rinvenuta nel rispetto del *dominium* di fronte ad un interesse pubblico di piccola entità, ma semplicemente fosse ricollegabile ad un'utilità personale del tribuno che, in questo modo, sperava di poter intascare il denaro destinato alla compera delle terre⁵⁰.

Conseguentemente il termine *iniuriosum* con cui Cicerone qualifica la fattispecie è da interpretarsi nel senso di contrarietà alla tradizione giuridica, in quanto istituto di diritto pubblico che si contrapponeva ai principi dello *ius civile*.

Quel che si vuol dire, in altri termini, è che l'orazione dimostra come, nonostante la posizione adottata dai privati che non volevano addivenire alla spontanea cessione dei propri beni, l'*emere ab invito*, pur contrario alla tradizione giuridica, trovava ampia applicazione nella prassi amministrativa.

L'assunto, invero, è confermato anche dalla *lex Iulia agraria* del 59 a.C., a dimostrazione del fatto che lo stato, quando aveva bisogno di beni appartenenti al patrimonio privato, se ne appropriava mediante una procedura rimessa alla discrezionalità del magistrato, il quale, in virtù della sua *coercitio*, ben poteva obbligare il privato alla cessione e quantificare l'indennizzo corrispondente alla decurtazione economica subita⁵¹.

⁵⁰ Cfr. F. M. DE ROBERTIS, *La espropriazione*, cit., 87 s.

⁵¹ Dione Cassio, XXXVIII.1. Nel passo, Dione loda Cesare per aver impedito l'espropriazione di terreni che i privati non avessero acconsentito a cedere e per aver preventivamente definito l'indennità spettante agli espropriati, così limitando il potere discrezionale vantato dai magistrati.

Quel che emerge da questa legge è che, a fronte di una prassi diffusa in virtù della quale i magistrati obbligano i privati alla cessione, Cesare intese limitare tale potere impedendo la coercizione alla vendita e prestabilendo la quantificazione dell'indennità: il tutto, non nell'ottica del riconoscimento del *dominium* rispetto all'interesse pubblico, ma solo quale decisione politica dettata dalla volontà di non scontentare un gran numero di cittadini.

Ed è ancora Frontino, poi, a tramandarci altri due testi comprovanti l'esistenza dell'istituto nel diritto romano.

Il primo è un testo tratto dal capitolo 127 dell'opera *De aquis Urbis Romae* di Frontino dove si legge: *Quod Q.E. Tubero Paulus Fabius Maximus cos. V(erba) f(ecerunt) aquarum quae in Urbe venirent itinera occupari monumenti set aedificis et arboibus con seri, q(uid) f(ieri) p(laceret). De ea re c(ensuerunt): Cum ad reficiendos rivos specusque iter aquae et opera pubblica corrumpantur, placere, circa fonte set fornice set muros utraque ex parte quinos denos pedes patere, et circa rivos qui sub terra essent et specus intra Urbem et extra Urbem continentia aedificia utraque ex parte quinos pedes vacuos relinqui ita, ut neque monumentum in his locis neque aedificium post hoc tempus ponere, neque conserere arboreo liceret: si quae villae continente set iclusae aedificis essent. Si quis in singulas res adversus ea commiserit poena HS, duo milia, ex quibus pars dimidia proemium acusatori daretur, cuius opera maxime convictus esset qui adversus hoc senatusconsultum commiserit, pars autem dimidia in aerarium redigetur; deque ea re iudicarent cognoscerentque curatores aquarum”.*

Dal testo di Frontino si deduce che i consoli chiesero al Senato quale fosse il modo migliore per rimediare al grave inconveniente determinato dal fatto che i

terreni vicini al passaggio dell'acquedotto erano occupati dalle abitazioni e che le piantagioni dei privati mettevano in pericolo l'utilità propria dell'acquedotto.

Il Senato, così interpellato, stabilì che si doveva lasciare, attorno all'acquedotto pubblico uno spazio di circa quindici piedi di terreno libero da ogni tipo di costruzione o piantagione, comminando gravi multe per la violazione del decreto e demandandone per l'esecuzione ai *curatores aquarum*.

Nel caso in esame, l'intervento coercitivo del magistrato si era reso necessario poiché, per un verso, i privati proprietari terrieri, al tempo in cui erano stati costruiti gli acquedotti, non avevano voluto cedere le loro terre; per l'altro, poiché i magistrati incaricati dell'esecuzione dell'opera avevano comunque ritenuto di procedere con la realizzazione dei lavori, incuranti del rifiuto dei privati di vendere le terre su cui avrebbe insistito l'acquedotto. Accadde quindi che quest'ultimo andò in parte a passare per terreni rimasti in proprietà dei privati, i quali perciò ne avevano disposto a loro piacimento, piantando anche degli alberi e costruendo le loro abitazioni in prossimità delle condutture stesse.

Con provvedimento di carattere amministrativo e non normativo, pertanto, il Senato aveva quindi suggerito ai magistrati l'apposizione di una servitù legale sui terreni privati: servitù, questa, che in quanto forma di limitazione alla proprietà privata altro non rappresentava che l'apposizione di un vincolo espropriativo.

E del resto, è proprio Frontino che, commentando questo testo, afferma: *posset hoc senatusconsultum aequissimum videri, etiam si ex rei tantum publicae utilitate ea spatia vindicarentur*. Secondo l'Autore si tratta quindi di un caso di

vindicatio ex utilitate reipublicae ovvero, in altri termini, di espropriazione per pubblica utilità.

Seppur infatti, in questo caso non si trattasse di reivindicatio di un suolo pubblico indebitamente occupato dai privati, è chiaro il significato delle parole di Frontino nel senso del riferimento all'espropriazione per pubblica utilità.

Come si evince dal passo citato poc'anzi, infatti, Frontino riconosce la correttezza del procedimento senatoriale, visto che la limitazione della proprietà privata trovava il suo presupposto nella necessità di soddisfare l'interesse pubblico e critica, invece, i metodi seguiti nei suoi tempi per espropriare: tempi, quelli di Frontino, in cui il procedimento espropriativo veniva portato avanti dai magistrati, in virtù di un semplice ordine, e senza che vi fosse alcun controllo da parte del Senato come invece accadeva nel periodo augusteo.

Il secondo dei testi di Frontino è un completamento di quello appena citato. In concreto, di un'analogia disposizione relativa ai proprietari di case e piantagioni confinanti con gli acquedotti, contenuta nella *lex Quincitia de aquaeductibus*, promulgata nel 9 a.C.: *curatores aquaru qui nunc sunt quique erunt faciunto, ut in eo loco qui circa fonte set fornice set muro set rivo et specus terminatur est, arbores vites veprese sentes ripe maceriae salita harundineta tollantur excidantur effondiantur exondicentur uti quod recte factum esse voluti; eoque nomine iis pignoris capio, multae dictio coercitioque esto, idque iis sine fraude sua facere liceto, ius potestasque esto.*

Già dall'analisi di queste prime fonti, quindi, si evince come l'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità abbia trovato applicazione nella prassi amministrativa romana, quantomeno dal 200 a.C.: e ciò nonostante l'istituto non

avesse ancora un proprio “riconoscimento normativo” e – a ben vedere – neppure un proprio *nomen iuris*.

Sotto quest’ultimo profilo, infatti, preme evidenziare che le fonti generalmente omettono di nominare l’espropriazione, solo talora indicandola quale vendita obbligatoria (*emere ab invito*) o quale *publicatio*.

* * *

4. L’Età del Principato

Anche con l’avvento del principato e in particolar modo durante l’età di Augusto, la costruzione di opere pubbliche fu agevolata dalle numerose cessioni volontarie da parte dei privati che continuarono ad aversi, rimanendo casi del tutto isolati quelli di privati che si rifiutassero di cedere i loro fondi.

Una delle fonti di maggiore importanza in riferimento a tale periodo è la *Lex coloniae Genetivae Iuliae*: provvedimento, questo, dato da Marco Antonio, per ordine di Cesare, alla colonia romana di Giulia Genitiva, fondata nella città di Urso in Spagna.

Il passo così recita: *quae aquae publicae in oppido colon(iae) Gen(etivae) adducetur, Il vir, qui tum erunt, ad decuriones, cum duae partes aderunt, referto, per quos agros aquam lucere liceat: qua pars maior decurion(um), qui tumaderunt, duci decreverint, dum ne perit aedificum, quot non eius rei causa factum sit, aqua ducatur, per eos agros aquam ducere i(us) o(otestas) que esto, neve quis facito quo minus ita aqua ducatur*⁵².

Come si evince dalla lettura del testo appena citato, questo statuto determinava il modo in cui dovevano procedere le deliberazioni relative alla

⁵² Cfr. *Lex coloniae Genetivae Iuliae*, XCIX.

costruzione di acquedotti pubblici, sancendo espressamente che nessuno potesse ostacolare quanto deliberato: il che ben potrebbe essere interpretato nel senso che, se l'acquedotto avesse dovuto attraversare alcuni fondi di proprietà privata e dunque vi fosse stata la necessità di espropriare questi ultimi, i privati non avrebbe potuto in alcun modo opporsi a tale occupazione.

Non ci sono ragioni quindi per escludere che si tratti di un caso di espropriazione per pubblica utilità, basato sul potere di *coercitio* di cui godevano i magistrati romani: così forte da poter incidere anche sul principio dell'inviolabilità del *dominium* idoneo a cadere di fronte ad una superiore esigenza della collettività.

Di diversa opinione Bonfante⁵³, secondo il quale, nel caso in esame, non si potrebbe parlare di espropriazione per pubblica utilità, trattandosi di suolo non italico, bensì provinciale, in relazione al quale quindi non si poteva porre il tema del *dominium ex iure Quiritium* e, dunque, della sua ablazione. Non solo: si sarebbe anche trattato di uno statuto municipale, che per definizione non avrebbe potuto essere esteso a tutto il diritto romano.

Questa conclusione è invece smentita da De Robertis⁵⁴: non si tratterebbe, infatti, di suolo provinciale, ma del territorio di una colonia romana che, seppur situata all'interno di un'importante provincia, avrebbe goduto di un regime speciale di totale equiparazione degli immobili in essa situati al *dominium ex iure Quiritium*. Peraltro, quanto alla seconda delle argomentazioni avanzate da Bonfante, la stessa è contestata sempre da De Robertis, secondo il quale – contrariamente a quanto affermato dal primo – il fatto che si sia trattato di uno

⁵³ Cfr. P. BONFANTE, *Corso*, cit., 253.

⁵⁴ Cfr. F. M. DE ROBERTIS, *La espropriazione*, cit., 106 ss.

statuto municipale confermerebbe l'esistenza dell'istituto, dal momento che, di regola, gli statuti municipali si basavano su precedenti entrati a far parte della prassi amministrativa.

E del resto – come segnala anche Scialoja⁵⁵ – è altamente probabile che le regole giuridiche di questi statuti municipali si ispirassero alle norme e ai principi che trovavano applicazione nella stessa città di Roma, dal momento che il magistrato che doveva redigere uno statuto altro non faceva che attenersi alle leggi romane e allo spirito dei giuristi romani.

Conseguentemente, quando leggiamo uno di questi statuti – il riferimento sul punto è sempre Scialoja –, siamo autorizzati a ritenere che non si tratti di un diritto esclusivo e particolare di quella città, municipio o colonia, ma di un diritto che possiamo presumibilmente incontrare in tutte le parti dell'Impero.

Per un verso, infatti – come esposto dal Ferrini –, i *cives* delle colonie erano sottoposti al diritto romano⁵⁶; per l'altro la colonia di Giulia Genitiva apparteneva alle cc.dd. colonie *immunes*, che godevano dello specialissimo privilegio di essere considerate parte integrante dell'Impero.

E se così è, con riferimento all'espropriazione per pubblica utilità, è possibile ritenere che come trovasse applicazione nella colonia spagnola, così tale istituto operasse a Roma.

Altro caso di espropriazione per pubblica utilità è quello che si rinviene nell'iscrizione di Ancyra per opera di Augusto.

Dopo la battaglia di Azio, nel 31 a.C., Augusto aveva la necessità di assegnare terre ai veterani che lo avevano servito nella battaglia appena terminata:

⁵⁵ Cfr. V. SCIALOJA, *Teoria*, cit., 325 s.

⁵⁶ Cfr. C. FERRINI in *Enciclopedia giuridica italiana*, voce *Municipes*.

Pecuniam (pro) agris, quos in consolatu meo quarto et postea, colubis M. Crasso et Cn. Lentulo augure adsignavi militibus, solvi municipiis. Ea summa sestertium circiter sexsiens milliens fuit, quam pro Italicis praediis numeravi, et circiter bis milliens et sescenties, quod pro agris provincialibus solvi, Id primis et solus omnium, qui deduxerunt colonias militum in Italia aut in provinciis, ad memoriam aetatis meae feci.

Il testo testimonia chiaramente che si espropriarono, dietro corresponsione di un indennizzo, terre private al fine di fronteggiare una necessità di carattere pubblico o – meglio – politico: la gratificazione dei soldati che avevano combattuto nella battaglia appena terminata che il Popolo Romano sentiva come una necessità che doveva essere soddisfatta.

Si trattò quindi di un caso tipico di espropriazione per pubblica utilità: i proprietari, infatti, non si sarebbero potuti rifiutare di cedere le loro terre, già assegnate ai veterani fin dal momento in cui era stata stabilita la deduzione della colonia nei loro paesi⁵⁷.

Dello stesso periodo è anche l'*Edictum Venafranum* con cui era stata disposta la costruzione dell'acquedotto per la città di Venafrano presumibilmente tra il 30 e il 20 a.C.: *neve qui eorum per quorum agros eum aquae ductum ducitru eum aquae ductum corrumpre, avertere, facereve quo minus es aqua in oppidum venafranum recte duci, fluire possit ... neve idi bi privati sit quo minus ea aqua ire, fluire, ducive possit. Dextra sinistraque circa eam rivam circaque ea o[pera, quae eius aqu]ae ducendae causa facta sunt, octonos pedes agrum v [acuu]m*

⁵⁷ Cfr. F. M. DE ROBERTIS, *La espropriazione*, cit., 121.

esse placet... neve ea aqua, per locum privatum, invito eo, cuius is locus erit, ducatur.

Come osservato da Scialoja, il testo appena citato – nonostante le letture in senso contrario fornite da parte della dottrina che se ne è occupata⁵⁸ – deve essere letto come piena dimostrazione dell’operatività dell’istituto qui in esame. Il divieto di condurre l’acqua attraverso fondi privati in assenza del consenso dei relativi proprietari trova la sua ragion d’essere nel fatto che, in assenza di un’apposita disposizione in tal senso, il passaggio avrebbe potuto essere legittimamente imposto.

In altri termini, a fronte di una prassi in virtù della quale i magistrati esercitavano liberamente il loro potere di *coercitio*, Augusto, conformemente a quella politica particolarmente attenta alle esigenze del cittadino da lui portata avanti, aveva voluto limitare il potere dei magistrati che sempre avevano imposto ai cittadini la cessione delle loro terre a fronte di un’esigenza pubblica.

Ma tale limitazione sarebbe dunque ricollegabile alle peculiarità della politica augustea e non ad un’impossibilità giuridica di espropriare derivante dalla supremazia del *dominium* sugli interessi dell’Impero.

Numerosi sono del resto le occasioni in cui Augusto si mosse in tal senso: è sufficiente qui richiamare la costruzione da parte dell’Imperatore del foro che, secondo le fonti pervenuteci sul punto, sarebbe stato di dimensioni ridotte rispetto a quanto originariamente voluto così da non dover espropriare alcuni privati proprietari delle terre sulle quali lo stesso sarebbe andato ad insistere⁵⁹.

⁵⁸ Cfr. P. BONFANTE, *Corso*, cit., 249.

⁵⁹ La testimonianza è di Svetonio, *Divus Augustus*, 56.2 dove si legge: *forum angustius fecit, non ausus extorquere possessoribus proximas domus*. Sul punto, si veda altresì E. LOZANO CORBÌ, *La expropriación*, cit., 56, dove si legge che il testo di Svetonio testimonia l’esistenza, nel diritto

Ma ciò sarebbe ricollegabile appunto alla politica di Augusto e non all'impossibilità giuridica di espropriare, se del caso anche contro la volontà del privato, terreni appartenenti ai cittadini: tant'è che gli Imperatori successivi ad Augusto portarono avanti senza alcuna remora i procedimenti espropriativi di cui avessero bisogno per la realizzazione delle opere pubbliche.

E del resto è proprio sotto il periodo del Principato che l'attività anche edilizia romana raggiunse la sua massima espansione, non solo a Roma ma anche nelle province: se è pur vero che alcune delle grandi opere risalenti a questo periodo sono frutto di libere elargizioni a favore delle città da parte degli Imperatori stessi, è altrettanto vero che florida è stata l'attività di costruzione di nuove opere che, sull'esempio delle città d'Oriente, andarono ad abbellire la città di templi, piazze, terme etc.

Viene in rilievo sul punto un passo di Giavoleno dove si legge: *cum via publica vel fluminis impetu vel ruinis amissa est, vicinus proximus viam prestare debet*⁶⁰.

Senza entrare nel merito delle varie interpretazioni sostenute in relazione a tale passo⁶¹, appare chiaro che esso pone in rilievo con assoluta chiarezza il

romano, dell'espropriazione per pubblica utilità, dal momento che l'elogio ad Augusto per non aver demolito alcune case private non avrebbe avuto senso se si fosse trattato di un atto giusto o normale: l'elogio – prosegue l'Autore – trova la sua ragion d'essere (e contemporaneamente comprova) nel fatto che l'espropriazione sarebbe stata un atto del tutto valido e ammesso dall'ordinamento.

⁶⁰ Cfr. D.6.14.1.

⁶¹ Precisamente la dottrina romanistica si è a lungo chiesta se Giavoleno intendesse riferirsi ad un diritto pubblico di passaggio permanente o transitorio: cfr. L. LUSIGNANI, *Le limitazioni*, cit., 506 s.; P. BONFANTE, *Corso*, cit., 262; V. SCIALOJA, *Teoria*, cit., 335 ss. Secondo F. M. DE ROBERTIS, *La espropriazione*, cit., 139, Giavoleno avrebbe contemplato entrambe le suddette possibilità, restando intese che solo nel caso in cui la via fosse rimasta definitivamente interrotta, il proprietario sarebbe stato costretto a subire un'espropriazione. Sul punto si veda anche E. LOZANO CORBI, *La expropiación*, cit., 80 s., secondo il quale l'importanza del passo sarebbe fondamentale visto che, per la prima volta, dall'opera di un giurista, verrebbe in rilievo con assoluta chiarezza e autorità, il riconoscimento esplicito di una situazione permanente e generale del proprietario

riconoscimento esplicito di un'obbligazione permanente e generale del proprietario di cessione dei propri beni al manifestarsi di un'esigenza pubblica, come – in questo specifico caso – quella connessa alla interruzione di una via pubblica.

Del resto a nulla varrebbe rilevare che Giavoleno non fa alcun riferimento all'indennità spettante al privato espropriato: indennità, questa, che ben sappiamo essere uno degli elementi fondamentali dell'istituto oggetto del presente studio.

Da tale circostanza, infatti, sarebbe del tutto arbitrario trarre la conclusione che di espropriazione non si sia trattato: ben più corretto è infatti concludere nel senso che l'unica intenzione del giurista fosse quella di affermare l'esistenza in capo al cittadino di un'obbligazione avente ad oggetto la cessione del proprio fondo nel momento in cui ciò fosse necessario al fine di garantire il passaggio di una via pubblica.

Anche in questo caso – come del resto già nel frammento relativo alla *lex coloniae Geneetivae Iuliae* – l'espropriazione per pubblica utilità viene riconosciuta per così dire indirettamente, attraverso l'affermazione dell'esistenza di siffatta obbligazione in capo al privato: talmente forte che, in caso di dissenso da parte del privato alla cessione, lo stato avrebbe ben potuto procedere anche con la forza.

Non può, infatti, passare inosservato che le fonti relative a questo periodo – da Giavoleno a Frontino su cui già in precedenza ci si è soffermati, così come Svetonio – utilizzino, in riferimento all'istituto espropriativo – termini quali *eripere* o *extorquere*, a chiara dimostrazione che con il mutare della situazione

relativa alla possibilità di dover cedere i proprio bene al verificarsi di una superiore esigenza pubblica.

politica e il consolidarsi del potere assoluto tipico dell'età del principato, il potere espropriativo è esercitato con forza sempre maggiore anche a discapito delle garanzie che nell'età augustea avevano tutelato il privato.

* * *

5. (... continua): tra l'avvento di Adriano e la morte di Alessandro Severo

Il periodo storico che va dall'Imperatore Adriano alla morte dell'Imperatore Alessandro Severo costituisce uno dei periodi di massima espansione e vivacità della storia romana, non solo sotto il profilo dei confini che l'Impero riuscì a raggiungere, ma anche delle importanti opere pubbliche che si andarono costruendo.

Si può affermare, in generale, che si andò consolidando e fortificando l'autorità imperiale, in un'ottica di sempre maggiore espansione dell'autorità statale.

È chiaro che il mutamento della situazione politica e il consolidarsi del potere statale quale potere assoluto e illimitato di fronte al cittadino non poteva non avere ripercussioni anche sull'espropriazione per pubblica utilità che da istituto *iniuriosum* si converte in un istituto di diritto comune.

L'analisi delle fonti non può che partire da un passo di Paolo⁶² relativo a un tale Lucio Tito che aveva acquistato delle terre in Germania ed era poi deceduto avendo pagato solo una parte del prezzo pattuito per esse. L'erede, chiamato dal venditore a saldare la parte mancante, eccepiva quindi di non

⁶² D. XXI.2.11: *Lucius Titus praedia in Germania trans Renum emit et partem pretii intulit: cum in residuam quantitatem heres emptoris conveniretur, quaestionem rettulit dicens has possessiones ex praecepto principali partim distractas, partim vereranis in praemia adsignatas: quadro an huius rei periculum ad venditorem pertinere possit. Paulus respondit [...] futuros casus [evictionis post contractam emptionem] ad venditorem non pertinere, [...et ideo] secundum ea quae proponuntur pretium praediorum peti posse.*

possedere più tali terre per essere state parzialmente assegnate in premio ai veterani.

Nonostante nel passo si parli di *futuros casus evictionis post contractam emptionem*, si ritiene che la fattispecie descritta non integri un caso di evizione, dal momento che la perdita dei fondi sarebbe attribuibile ad una causa di forza maggiore concretatasi nell'ordine espropriativo impartito dal principe.

E del resto – a conferma dell'assunto – è d'uopo evidenziare che il venditore non è obbligato per l'azione di regresso, ma ha anzi diritto al pagamento del prezzo mancato: ciò evidentemente perché una diversa soluzione avrebbe comportato un ingiustificato arricchimento del compratore, abilitato non solo a non pagare il prezzo restante, ma anche a tenere per sé l'indennità sicuramente ricevuta a causa dell'intervenuta espropriazione.

Si può pertanto affermare – nonostante anche in riferimento a tale passo si siano contraddistinte posizioni diverse⁶³ – che, anche in questi tempi, come del resto già osservato per le epoche passate, l'istituto fosse noto, seppur non ancora definito in una legge generale sull'espropriazione, e che si procedesse in virtù di un ordine di volta in volta emanato dall'autorità amministrativa⁶⁴.

In altri termini, dal testo di Paolo, si deduce che i giuristi dell'epoca dei severi conoscessero l'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità, diventato oggetto di studio e di indagine giuridica: ciò, probabilmente, anche alla luce del fatto che, proprio secondo la testimonianza in commento, non c'era una legge

⁶³ Cfr. P. BONFANTE, *Corso*, cit., 244, secondo il quale si tratterebbe di fondi provinciali e il frammento pertanto nulla dimostrerebbe circa l'esistenza dell'ablazione per pubblica utilità nel diritto romano.

⁶⁴ Dello stesso avviso è E. LOZANO CORBI, in *La expropriación*, cit., 85, secondo il quale ci troviamo davanti ad un passo dal quale chiaramente si deduce l'esistenza dell'istituto espropriativo.

generale in tema di espropriazione per pubblica utilità, venendo la stessa ordinata di volta in volta sulla base di provvedimenti che potremmo definire di natura amministrativa⁶⁵.

L'assunto sarebbe confermato anche da un noto testo di Africano che rappresenta uno dei passi più controversi della compilazione giustiniana per quel che riguarda le alterazioni subite ad opera dei compilatori.

Nel frammento così si legge: *si fundus quem mihi locaversi publicatus sit, teneri te catione ex conduco, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes: quomadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasse et solum corruisset, nihilo minus [teneberis]. Nam ei si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuum traderetur publicatus fuerit, [tenearis] ex empto: quod actenus veru erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praester, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam preestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fructus non fuerim [nec ultro actione ex conducto praestare cogaris. Nam et si colonus ...].*

Il testo tratta della possibilità che un fondo dato in affitto o venduto fosse nel contempo oggetto di un procedimento espropriativo: nel primo caso, il locatore sarebbe stato obbligato a restituire il corrispettivo ricevuto dal conduttore, dedotto della parte corrispondente al tempo per il quale quest'ultimo avesse potuto godere del bene; nel secondo caso, invece, il venditore avrebbe dovuto restituire il prezzo pagato dal compratore se l'espropriazione per pubblica utilità fosse intervenuta prima della consegna del fondo.

⁶⁵ Cfr. ancora E. LOZANO CORBÌ, in *La expropriación*, cit., 85 s.

Più precisamente, muovendo dalla circostanza che il fondo dato in affitto sia stato oggetto di una *publicatio*, viene chiesto al giurista di definire quale sia la responsabilità del locatore.

Africano non si sofferma sulla descrizione e definizione della *publicatio*, essendo invece interessato all'individuazione delle varie possibili situazioni connesse all'impedimento del conduttore. Ciò su cui si sofferma, infatti, è la volontà del conduttore, al fine di definire le diverse conseguenze ricollegabili al fatto che l'impedimento dipenda o meno dalla volontà del locatore ovvero - in altri termini - al fatto che sia il locatore stesso ad impedire il godimento del bene oppure che sia un dipendente del locatore ad impedire il godimento, seppur nella piena consapevolezza del locatore.

In questo caso, la responsabilità del locatore non si potrebbe limitare alla restituzione di quanto pagato, ma dovrebbe comprendere anche il risarcimento del danno, con la sola eccezione per il caso il cui l'impedimento sia dipeso da causa di forza maggiore: in tale seconda ipotesi, infatti, il locatore sarebbe obbligato solo alla restituzione di quanto ricevuto per l'affitto.

Il giurista si disinteressa completamente dell'ipotesi della *publicatio*, riferendosi solo alle due diverse possibilità relative, la prima, alla condotta dolosa del locatore o di un suo dipendente del quale il primo fosse a conoscenza ovvero dell'azione dolosa di persone nei confronti delle quali il locatore non è nella possibilità di opporsi. Solo l'ultima di queste ipotesi, infatti, sarebbe assimilabile ad una situazione di forza maggiore⁶⁶.

⁶⁶ Si segnala come il passo sia stato interessato da molte critiche, soprattutto per quanto riguarda l'ultima parte dello stesso della quale è stata messa in discussione la genuinità (cfr. TH. MAYER-MALI, *Locatio Conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956, 163). Parimenti è stata foriera di diverse interpretazioni l'espressione *propter vim maiorem*

Così definito in via generale il contenuto del testo, giova soffermarsi – ai nostri fini – sul termine *publicatio* che è il concetto più importante del passo, condizionando fin dal principio il ragionamento del giurista circa la ripartizione dei carichi economici connessi al suo verificarsi e dunque la ripartizione della responsabilità: la *publicatio* del fondo, infatti, è estremamente connessa con l'impossibilità del conduttore di godere del fondo stesso.

Secondo la dottrina prevalente di cui già si è dato conto, con il termine *publicatio* deve intendersi il riferimento alla generica attribuzione di un bene alla titolarità pubblica, senza alcun riferimento al titolo in virtù del quale interveniva tale passaggio di proprietà: con la conseguenza che esso può ben essere inteso come espropriazione per pubblica utilità.

Con specifico riferimento al frammento in commento, però, molteplici sono state le teorie interpretative che si sono diffuse delle quali quindi è opportuno qui brevemente dar conto.

Una prima tesi, infatti, ha inteso interpretare *publicatio* come confisca⁶⁷: muovendo dall'assunto che, nel diritto romano, era in vigore la regola del *periculum est emptoris*, la dottrina ha concluso che la *publicatio* avesse un

autpotentiam eius. Il primo ad occuparsi di quest'ultima fu Mitteis il quale ha affermato che, seppur nelle fonti romane la *vis maior* equivalga a una impossibilità assoluta, essa non designa mai una qualità umana. Per Mitteis, comunque, il pronome possessivo *eius* necessariamente indicava un soggetto: soggetto che l'Autore ha identificato con i *potentiores*, ovvero con i soggetti che in epoca classica avevano raggiunto un potere tale da non poter essere ostacolati in alcun modo (cfr. L. MITTEIS, *Ueber den Ausdruck 'Potentiores' in den Digesten*, in *Melanges Paul Frederic Girard. Etudes de droit romain, dédiées a M.P.F. Girard l'occasion du 60e anniversaire de sa naissance*, Parigi, 1912, 232). Questa tesi fu seguita da Costa (cfr. E. COSTA, *La locazione di cose nel diritto romano*, Torino, 1915, 37). Per Palazzolo, invece, "la *vis maior* o la *potentia* non è attività illecita di un potente, bensì un potere giuridico, quello del magistrato che metteva in atto la *publicatio* del fondo locato, cui, logicamente, il locatore non poteva opporsi" (cfr. PALAZZOLO, *Evizione della cosa locata e responsabilità del locatore*, in *BIDR*, LXVIII, 1975, 301).

⁶⁷ Cfr. P. VOCI, "Diligentia", "Custodia", "Culpa", in *SDHI*, LVI, 1990, 131.

indubbio carattere penale. Solo così interpretando tale istituto, infatti, si sarebbe potuto giustificare l'obbligo per il venditore di sopportare le conseguenze economiche della *publicatio* stessa.

Precisamente, per Voci, un argomento decisivo a sostegno della propria tesi sarebbe da rinvenirsi nel fatto che sicuramente non si sarebbe potuto trattare di un caso di espropriazione per pubblica utilità: proprio (e solo) il carattere sanzionatorio della confisca avrebbe impedito che in questo caso fosse applicabile il generale principio del *periculum est emptoris*, dal momento che – in caso contrario – avrebbe comportato l'attribuzione di un vantaggio al venditore autore di un illecito.

La tesi di Voci – circa il fatto che il frammento di Africano faccia in realtà riferimento non all'espropriazione per pubblica utilità, bensì ad un caso di confisca – è stata sostenuta anche da Bonfante⁶⁸. Sennonché l'obbligo stesso del venditore di restituire il prezzo al compratore sarebbe incompatibile con l'istituto della confisca: in virtù di quest'ultima, infatti, il Fisco, subentrando come in una specie di successione nella posizione patrimoniale e giuridica del confiscato, sarebbe stato tenuto a mantenere gli obblighi posti in essere dal suo dante causa e a riconoscere, quindi, anche nei propri riguardi il contratto di vendita o di locazione, limitandosi la confisca al patrimonio attuale del condannato: nella specie al prezzo versato dal compratore o dal locatario.

E del resto, proprio nel testo si legge *quamvis per te non stet quominus id preastes*, con ciò qualificando il fatto come un caso di forza maggiore e non di confisca⁶⁹.

⁶⁸ Cfr. P. BONFANTE, *Corso*, cit., 224.

⁶⁹ F. M. ROBERTIS, *La espropriazione*, cit., 160.

Si deve dunque concordare con quella parte della dottrina – De Robertis innanzitutto – secondo la quale il passo di Africano riguarderebbe un caso di espropriazione per pubblica utilità non solo – come già esposto – perché la restituzione del prezzo in luogo dell'indennizzo sarebbe incompatibile con l'istituto della confisca, ma anche in ragione del fatto che, diversamente opinando, si dovrebbe concludere nel senso dell'obbligo per il Fisco di rispettare i vincoli contrattuali che interessavano il fondo oggetto di *publicatio*⁷⁰

L'interpretazione di De Robertis è in parte confermata anche da Ankum, secondo il quale la *publicatio* di cui parla Africano corrisponderebbe ad una vendita privata del fondo da parte del proprietario allo stato, determinata da alcune pressioni ricevute dal privato da parte del potere pubblico: ovvero in altri termini di una *emptio ab invita*⁷¹.

Ankum critica la teoria della confisca dando rilievo al fatto che, nel II secolo d.C., la confisca non poteva ricadere sopra un bene specifico, ma su tutto il patrimonio o su una parte di esso. La confisca era una pena inflitta in conseguenza di un illecito penale, rientrando in un gruppo più ampio di sanzioni generalmente aventi ad oggetto la libertà del condannato.

Dal passo di Africano, invece, non si evincerebbe alcunchè da cui poter desumere una qualche lesione alla libertà del privato, oltre al fatto che – come già osservato da De Robertis – se si fosse trattato di confisca, dal momento che

⁷⁰ Come si è già avuto modo di affermare, infatti, De Robertis sostiene che nei casi di espropriazione per pubblica utilità era frequente il pagamento di un indennizzo a favore dell'espropriato. Sul punto si veda altresì R. RODRIGUEZ LOPEZ, *Las obligaciones indemnizatorias en el derecho público romano*, Almería, 1996, 102 e 164.

⁷¹ H. ANKUM, *Afr. Dig 19,2,33: Haftung und Gefahr bei der publicatio eines verpachteten oder verkauften Grundstücks*, in ZSS, XCVII, 1980, 166.

sarebbe stato trasferito al Fisco la parte del patrimonio interessata dalla sanzione, il conduttore non avrebbe potuto esperire alcuna azione nei confronti del locatore, dovendo il legittimato passivo essere individuato nel Fisco.

Ankum nega anche che si possa trattare di un caso di espropriazione per pubblica utilità, in sintonia con quella parte della dottrina che è solita negare l'esistenza di questo istituto nel diritto romano. Secondo il giurista, infatti, la *publicatio* dovrebbe essere intesa come una vendita di diritto privato che si realizza a causa di una particolare imposizione del magistrato: il privato, in altri termini, si sarebbe visto sottomesso alla pressione dell'organo pubblico a tal punto da non poter far fronte agli obblighi di diritto privato che lo vincolavano nei confronti del locatore, venendo in rilievo, tale peculiare posizione, ai fini della determinazione della sua responsabilità.

Il passo è esaminato anche da Pennitz⁷², secondo il quale con il termine *publicatio* dovrebbe farsi riferimento a un particolare procedimento monitorio che avrebbe avuto luogo nei casi di privazione della proprietà da parte del potere pubblico in seno ai quali si sarebbe avuta una sorta di vendita di diritto pubblico: il termine *publicare* quindi dovrebbe essere inteso quale peculiare modo di risoluzione delle controversie, la cui funzione, all'interno del Digesto, sarebbe quella di mettere in evidenza il peculiare contesto pubblicistico (e dunque i peculiari interessi pubblici) nel quale la compravendita avrebbe trovato piede.

Precisamente, secondo l'Autore, il termine *publicare* starebbe ad indicare un particolare procedimento monitorio, posto in essere in tutti i casi di privazione

⁷² M. PENNITZ, *Der Enteignungsfall im römischen Recht*, Wien-Köln-Weimar, 1991, 225. L'Autore critica l'interpretazione secondo cui si sarebbe trattato di una vendita di diritto privato, dando rilievo al fatto che – se così fosse stato – il giurista avrebbe semplicemente parlato di *fundus emptus*.

della proprietà privata da parte del potere pubblico, cui sarebbe conseguito un negozio giuridico “di diritto pubblico” nel quale sarebbe stata consegnata una certa quantità di *numerario* a titolo di prezzo: con la conseguenza che, nel Digesto, il termine avrebbe come unica funzione quella di richiamare l’attenzione sui particolari interessi pubblici che, nella specifica questione, venivano in rilievo. E ciò anche in ragione del fatto che se Giuliano e Africano avessero inteso riferirsi alla vendita di diritto privato di un fondo, avrebbero parlato semplicemente di *fundus emptus*: al contrario, probabilmente, per Giuliano e Africano il problema sarebbe consistito, per un verso, nella necessità di incardinare l’atto pubblico dentro l’ambito del diritto privato e, per l’altro, nella necessità di “separare” le conseguenze giusprivatiche derivanti da tale tipologia di atti ⁷³.

E sempre in tal senso si esprime anche Rodriguez Lopez, secondo la quale l’espressione “*publicatus sit ... quamvis per te non stet quiminus id praestes*” starebbe proprio ad indicare la presenza di un’espropriazione accompagnata da un indennizzo⁷⁴.

Sempre nella compilazione giustiniana, troviamo un passo di Ulpiano⁷⁵, dove, dopo aver stabilito il criterio per differenziare le vie pubbliche da quelle private, il giurista sottolinea che le vie possono dirsi pubbliche in tanto in quanto

⁷³ M. PENNITZ, *Der Enteignungsfall*, cit., 225. Sul punto cfr. altresì P. LAGO, “*Publicatio*” y “*periculum rei venditae*” contribución a la esegesi de D. 19.33, in *Revista de Estudios Historicos-juridicos*, XXIX, Valparaíso, 2007, 245 ss.

⁷⁴ R. RODRIGUEZ LOPEZ, *Las obligaciones indemnizatorias en el derecho público romano*, Almería, 1996, 102 ss.

⁷⁵ D. 43.8.2.21 dove si legge: *viam publicam eam dicimus, cuius etiam solum publicum est ... via privatae solum alienum est ... viae autem publicae solum publicum est, relictum ad directum certis finibus latitudinis ab eo, qui ius publicandi habuit, ut ea publice iretur commearetur.*

insistono su fondi che sono passati nella titolarità dello stato in conseguenza dell'espropriazione su di essi operata dal magistrato precedente.

Nel passo si allude addirittura ad uno *ius publicandi* ovvero al diritto di cui godeva il magistrato in virtù del quale gli era concesso espropriare per causa di pubblica utilità. La circostanza è rilevante: è evidente, infatti, che il richiamo allo *ius publicandi* dimostra che il procedimento espropriativo era ormai entrato a pieno titolo nella prassi amministrativa, come un normale istituto di diritto comune.

Come, infatti, si è già avuto modo di evidenziare al principio di questa trattazione, il termine *publicatio* deve essere inteso, non come sinonimo di confisca, bensì come immissione nel patrimonio pubblico, senza alcuna allusione alle ragioni di questa immissione: ovvero se la stessa sia l'effetto di un procedimento espropriativo ovvero di una confisca.

Sembra, infatti, più plausibile interpretare il termine *publicatio* in senso generico, essendo poi rimessa l'identificazione del caso concreto in termini di ablazione o di confisca, in relazione ad altri elementi: ad esempio, a seconda che oggetto di *publicatio* fosse un bene determinato (in caso di espropriazione per pubblica utilità) ovvero tutti i beni o parte dei beni di un privato (nel caso di confisca⁷⁶).

* * *

⁷⁶ I rarissimi casi di confisca di un bene precisamente individuato, infatti, hanno un carattere più fiscale o amministrativo che penale in senso stretto e dipendono in ogni caso dal fatto che, nel periodo del basso impero, la confisca aveva perso lo specifico carattere penale che aveva avuto nel periodo classico: cfr. C. FERRINI, *Diritto penale romano*, Milano, 1899, 108).

6. (... continua): dal Basso Impero all'epoca giustiniana

Tralasciando poi l'analisi del III secolo d.C. per totale mancanza di fonti⁷⁷ e focalizzando sul periodo che va dall'Imperatore Diocleziano alla morte di Giustiniano, giova fin da subito ribadire che è questo il periodo che meno contrasti interpretativi incontra tra gli studiosi del diritto romano, visto che anche coloro che, per le altre fasi della storia di Roma, hanno escluso l'esistenza dell'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità, hanno riconosciuto l'operatività dello stesso nel periodo qui in esame⁷⁸.

In questo periodo, infatti, grazie alle riforme dell'Imperatore Diocleziano, l'Impero si trasformò in una monarchia assoluta di tipo orientale⁷⁹, caratterizzata dall'accentramento delle funzioni amministrative e dalla totale burocratizzazione dello stato, in cui anche il diritto di proprietà mutò radicalmente la sua natura, diventato oggetto di moltissime limitazioni che ne andarono evidentemente a mitigare la portata assoluta che sempre l'aveva caratterizzato.

In una costituzione dell'Imperatore Costantino a Massimiliano, dell'anno 330 d.C., si ordina ai proprietari dei fondi privati interessati dal passaggio di un acquedotto pubblico, di tenerlo pulito a proprie spese e si garantisce, come contropartita, l'esonero del pagamento delle tasse straordinarie⁸⁰: *possessores per quorum fines formarum meatus traseunt ad extraordinariis oneribus volumus esse immunes, ut eorum opera aquarum ductus sordibus oppletimudentur, nec ad aliud super iuicatea rei onus iisdem possessoribus attinendis, nec circa rea alias*

⁷⁷ È questo un periodo caratterizzato da totale anarchia politica in conseguenza della morte dell'ultimo dei Severi che si conclude con la restaurazione illirico-orientale e il passaggio da occidente ad oriente del fulcro dell'Impero.

⁷⁸ Cfr. P. BONFANTE, *Corso*, cit., 249; LANDUCCI, *Arch. Cit.*, 495 s.

⁷⁹ Cfr. L. HOMO, *Les institutions politiques romaines: de la cité à l'Etat*, Parigi, 1927.

⁸⁰ Cfr. C.Th. II.1

*occupati repurgium formarum facere non occurant. Quod si neglexerint amissione possessionum multabuntur. Nam ficus esius praedium obtinebit; cuius negligentia perniciem formae congesserit. Pretera scire eos oportet, per quorum preadia ductus comeat, ut destra levaque de ipsis formis quindecim pedibus intrmissis arboreo habeant: observante tuo officio, ut, si uo tempore pullulaverint, excindantur ne earum radices fabricam formae corrumpant*⁸¹.

Questa è solo una delle molte fonti relative a tale periodo che confermano l'esistenza dell'istituto espropriativo, al punto che – come già anticipato – anche la dottrina più restia nell'ammettere che i Romani conoscessero l'espropriazione per pubblica utilità conclude in senso positivo con riferimento al periodo che dalla restaurazione diocleziana alla morte di Giustiniano.

Basti qui ricordare la Costituzione del 393 d.C. impone al *praefectus urbis* l'attribuzione, in caso di espropriazione, di un'indennità non maggiore di cinquanta libbre di argento, salvo l'ottenimento di un'autorizzazione imperiale per l'attribuzione di somme maggiori⁸²: lo stato in altri termini fissava il prezzo del bene che voleva espropriare, riconoscendo al privato solo la possibilità di fare opposizione nel caso in cui il prezzo stabilito gli fosse sembrato troppo basso⁸³.

⁸¹ Cfr. sul punto E. LOZANO CORBÌ, *La expropriación*, cit., 94 ss., secondo il quale questa costituzione costituisce un chiaro esempio di espropriazione per pubblica utilità.

⁸² Cfr. C. Th. XV.1.30: *si quando concessa a nobis licentia fuerit extruendi, id sublimis magnificentia tua sciat esse servandu, ut nulla domus inchoandae publicae fabricae gratia diruatur, nisi usque ad quinquaginta libras argenti pretii aestimatione taxabitur. De aedificiis vero maioris meriti ad nostram scientiam referetur, ut, ubi amplior poscitur quantitas, imperialis extet auctoritas.*

⁸³ Cfr. anche sul punto si veda E. LOZANO CORBÌ, *La expropriación*, cit., 95 ss. Secondo l'Autore il carattere coercitivo della cessione non si deduce espressamente dal testo della costituzione imperiale, ma solo indirettamente e precisamente dal fatto che ivi non si fa alcun riferimento ai concetti di vendita e venditore, ma solo alla facoltà del privato di opporsi all'estimazione del bene privato formalizzata dal magistrato. Tale facoltà ha senso solo in tanto in quanto si dia per assunto l'obbligo del cittadino privato di cedere un proprio bene a fronte di un'esigenza comune.

Una Costituzione di qualche anno successiva, poi, stabilì l'espropriazione di alcune costruzioni a fronte della necessità di costruire le nuove terme, attribuendo in cambio ai privati espropriati una vecchia basilica⁸⁴: “da tutta l'intonazione del testo pertanto, dalla cura che mostrano gli imperatori di mettere in rilievo che il sacrificio privato era richiesto dalla pubblica utilità; dalla misura dell'indennità, secondo ogni probabilità irrisoria; dalle stesse dichiarazioni degli imperatori dovere i proprietari bandire ogni timore se volesse espropriarli senza indennità; si ricava il carattere pienamente coattivo del procedimento”⁸⁵.

Quel che emerge dalle numerose costituzioni del tempo è che anche in età imperiale il procedimento ablatorio era rimesso alla *coercitio* del magistrato tant'è che a questo si rivolgeva lo stesso Imperatore quando si fosse trovata nella necessità di espropriare beni appartenenti a privato.

* * *

7. Sul procedimento espropriativo

Come si è avuto già modo di affermare, nel diritto romano, è sempre mancata una definizione di proprietà: forse proprio questa peculiarità è la ragione

⁸⁴ Cfr. C. Th. XV.1.50: ... *opus coeptum extruatur et porticus thermos onorianas praecurrat acie columnarum, cuius decus tantum est ut privata iuste negligeretur paulisper utilitas. Sed ne census sui quisquam intercepta lucra deploret, sed e contrario cum pulchritudine civitatis etiam fortunas suas auctas esse laetetur, pro loco, quod quisque possederat, supraaedificandi licentiam habeat. Nam in locum privati aedificii, quod in usum publicum translatum est, occupationem basilicae iubemus vetustae succedere, ut contractus quidam et permutatio facta videatur, cum dominus, qui suum dederat civitati, pro eo habiturus sit ex publico, remota omni formidine, quod inconcusso robore et ipse habere, et quibus velit tradere habeat liberam facultatem.*

⁸⁵ Cfr. F. M. DE ROBERTIS, *La espropriazione*, cit., 190. Sempre al periodo in esame risalgono altresì la Costituzione del 413 d.C. degli imperatori Arcadio e Teodosio, che espropriarono alcune terre concedendo ai privati, quale indennità per il pregiudizio patito, la possibilità di utilizzare alcune torri, con l'onere però di restaurarle (cfr. C. Th. XV.1.51). Ed ancora si veda la Costituzione del 425 d.C. relativa all'espropriazione di alcune botteghe per la costruzione di un'accademia (cfr. C. Th. XV.1.53): anche in tal caso l'imperatore non dispone direttamente l'espropriazione ma si rivolge al prefetto cittadino al quale solo compete il procedimento ablatorio, affinché quest'ultimo provvedesse all'espropriazione e alla corresponsione dell'indennità.

che giustifica l'assenza anche di una "norma" generale in materia di espropriazione per pubblica utilità.

E del resto, se l'essenza e i confini del diritto di proprietà non sono chiaramente definiti, nemmeno può essere definito il suo grado di resistenza di fronte all'autorità pubblica e le eventuali ragioni che possano permettere a quest'ultima di intaccare il diritto del privato.

Certo è che l'analisi dei passi fino a qui svolta consente di affermare che i Romani hanno sempre posto la massima attenzione nel conciliare interesse privato e interesse pubblico, con la conseguenza che la stessa espropriazione per pubblica utilità doveva essere eseguita con il minore sacrificio possibile per la proprietà privata.

E ciò seppur il procedimento espropriativo – come dimostrato dalle fonti esaminate – fosse indiscutibilmente dotato di un carattere discrezionale dei singoli atti di espropriazione connesso alla potestà magistratuale della *coercitio*⁸⁶.

La facoltà di espropriare, infatti, trovava il proprio fondamento giuridico nello specifico potere di cui godevano i magistrati romani: potere, questo, illimitato nel suo contenuto, che si concretizzava "nella facoltà del magistrato di

⁸⁶ Cfr. sul punto E. LOZANO CORBÌ, *La expropriación*, cit., 111 ss. Ivi l'Autore afferma che l'espropriazione per pubblica utilità consisteva nell'esercizio del potere di *coercitio*, di una funzione pienamente discrezionale esercitata dai magistrati, rispetto ai cittadini che resistevano a rispettare i loro ordini. Chiara testimonianza di ciò sarebbe rinvenibile: a) in un passaggio di Dione Cassio nel quale si narra del fatto che Tiberio Claudio, avvalendosi della suo ruolo di magistrato, costrinse alla cessione di una statura i cittadini dell'isola di Paro (Dione Cassio LV.9.6); b) una clausola della *lex Quinctia de aquaeductibus*, nella quale si fa incidentalmente menzione al potere di *coercitio* del magistrato, come mezzo del quale si avvalgono i magistrati stessi per ridurre la resistenza dei privati; c) un frammento del giurista Ulpiano nel quale se comprova chiaramente l'esistenza di uno *ius publicandi*, di un autonomo potere di *coercitio* con la finalità di ottenere la cessione: potere, questo, che appartiene ai magistrati incaricati dell'esecuzione delle vie pubbliche (*Ulp. D. 43.8.2.21*); d) un testo relativo alla Basilica di Santa Sofia; e) l'Editto Venerano, nonché la *Lex Servilla agraria* e la *Lex Iulia agraria*.

procedere coattivamente, d'autorità e senza giudizio contro chi avesse contravvenuto ai suoi ordini o lo avesse ostacolato nell'esercizio delle sue funzioni: un potere disciplinare, di polizia, caratterizzato da un'amplissima facoltà discrezionale e da un largo arbitrio che consentiva al magistrato di stabilire a suo libito quando vi fosse disobbedienza e quali fossero le misure più appropriate per piegare la volontà del recalcitrante⁸⁷.

Solo con riferimento alla *coercitio*, invero, si possono spiegare i passi in cui si legge un espresso divieto nei confronti dei magistrati di *emere ab invito*⁸⁸ e di *ducere aquam invito eo cuius locus erit*: divieto, questo, che non avrebbe avuto senso se non fosse rientrato tra i poteri del magistrato quello di ordinare il trasferimento della proprietà in favore dello stato.

Vero è che taluni dei frammenti sul tema fanno riferimento all'intervento del Senato mediante senatoconsulto⁸⁹: ma ciò non contraddice quanto appena sostenuto.

Come già rilevato da autorevole dottrina, infatti, il senatoconsulto del 181 a.C. aveva natura meramente consultiva, essendo peraltro il Senato al tempo privo di potestà legislativa sostanziale⁹⁰; quelli dell'11 a.C., parimenti, possono essere ritenuti dei meri pareri emessi dal Senato a fronte della richiesta del magistrato, mossa probabilmente, dalla presenza di un ampio numero di soggetti interessati dalla procedura ablativa.

E non vi sono ragioni per credere che questa situazione – ovvero il legame sussistente tra *coercitio* ed espropriazione – cambiò in età imperiale: anche le

⁸⁷ Cfr. B. SANTALUCIA, *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2010, 739.

⁸⁸ Il riferimento è alla *Lex Servilia agraria* e alla *Lex Iulia agraria*.

⁸⁹ In particolar modo il senatoconsulto del 181 a.C. e i due senatoconsulti dell'11 a.C.

⁹⁰ Cfr. P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, Milano, 1943, 221.

Costituzioni risalenti a questo periodo⁹¹, infatti, si dirigono pur sempre al *praefectus urbi*, fissando la competenza di quest'ultimo per quanto attiene la fissazione dell'indennità da corrispondere ai proprietari espropriati ovvero sollecitando il suo intervento a fini espropriativi.

E del resto “mancando una dichiarazione costituzionale della inviolabilità del *dominium*, i poteri spettanti alla pubblica amministrazione erano più che sufficienti ad attuare l'espropriazione senza che si sentisse il bisogno di consacrare in una legge tale facoltà”⁹².

Un tanto premesso in ordine al titolo che giustificava l'ablazione, giova soffermarsi sul procedimento che, sulla base delle seppur non numerose fonti, si può ritenere constasse di due momenti: una prima fase, in cui, a seguito dell'emissione da parte del magistrato dell'ordine di cessione, si instaurava un rapporto obbligatorio tra Stato e cittadino; una seconda fase, invece, in cui veniva concretamente indotto il privato alla cessione.

Precisamente – ed è questo l'aspetto che più merita attenzione –, mentre nel primo momento veniva del tutto trascurata la volontà del soggetto espropriando, trattandosi di un mero atto unilaterale che disponeva la *coercitio*, per addivenire al perfezionamento dell'espropriazione risultava poi necessario il consenso del privato: ciò a dire che “la *coercitio* non si spiegava per appropriarsi direttamente della cosa, ma solo per determinare la volontà del privato alla cessione”⁹³.

⁹¹ Cfr. Il riferimento è alle già richiamate Costituzioni C.Th. XV.1.30 e C.Th. XV.1.50.

⁹² Cfr. F. M. DE ROBERTIS, *La espropriazione*, cit., 235.

⁹³ Cfr. F. M. DE ROBERTIS, *La espropriazione*, cit., 258.

Da qui la qualificazione dell'istituto come *emptio ab invito* o 'vendita forzata', dove l'aggettivo 'forzata' indica, per l'appunto, che la determinazione della volontà, necessaria ai fini dell'esistenza del *consensus*, era indotta dalla *coercitio* magistratuale.

Né invero ciò avrebbe potuto comportare un vizio del negozio per violenza, atteso che si trattava dell'esercizio di uno *ius* da parte della Pubblica Amministrazione, cui corrispondeva pur sempre la piena libertà dell'espropriando che ben poteva decidere se prestare o non prestare il consenso, costringendo quindi, in tale seconda ipotesi, lo stato ad un'appropriazione a forza o all'accantonamento del progetto edilizio (basti ricordare il caso di Crasso che, nel 181 a.C., rifiutò di cedere le sue proprietà e impedì così la realizzazione dell'acquedotto).

Quel che è emerso dalle indagini fin qui svolte è quindi il fatto che l'espropriazione di un terreno privato, dopo una prima fase indubbiamente di natura pubblicistica, derivava da un rapporto obbligatorio che, seppur non del tutto identico alla compravendita, era indubbiamente di diritto privato.

Ma andiamo con ordine.

Nel diritto romano, possiamo distinguere tre fasi del procedimento oblatorio: una fase dichiarativa, di competenza del magistrato incaricato dell'esecuzione dell'opera, al quale competeva la dichiarazione di pubblico interesse in relazione ai fondi interessati dai lavori di costruzione e, conseguentemente, l'invito di cessione volontaria ai privati che ne avevano la titolarità.

Nel caso tale cessione non fosse avvenuta spontaneamente da parte del privato, il magistrato poteva quindi esercitare la propria *coercitio* obbligando il cittadino a cedere il fondo: fase, questa (la seconda), che si concludeva con l'ablazione da parte dell'autorità pubblica dei fondi necessari alla costruzione. All'interno di questo procedimento, vi poteva poi essere – come i passi precedentemente citati lasciano intuire – la possibilità per il privato di contestare i presupposti dell'operato pubblico, sia sotto il profilo della sussistenza delle condizioni necessarie per l'espropriazione sia sotto il profilo dell'indennizzo offerto al privato a compensazione della perdita della proprietà⁹⁴.

In altri termini, l'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità si presenta come una relazione obbligatoria tra soggetto pubblico e soggetto privato: relazione obbligatoria, questa, che trova la sua fonte nell'atto unilaterale da parte dell'amministrazione pubblica e che si perfeziona con il consenso del cittadino, donde la sua qualificazione in termini di vendita forzata. Evidentemente, a questo potere pubblico di imporre la vendita, si affiancava un potere di controllo e un diritto di tutela del privato sulla sussistenza dell'interesse pubblico, che della vendita forzata costituisce presupposto indefettibile.

Nonostante l'assenza di una chiara normativa in tema di espropriazione l'analisi dei testi consente comunque di individuare dei punti fermi del procedimento ablatorio⁹⁵: primo fra tutti il fatto che la competenza ad espropriare

⁹⁴ Cfr. O. RANELLETTI, *Le Guarentigie della giustizia della pubblica amministrazione*, Milano, 1934, 279 ss.

⁹⁵ Peraltro, si sottolinea come per parte della dottrina, soprattutto francese, l'espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano era disciplinata da una serie di principi e regole ben chiare che sottraevano l'istituto dal potere discrezionale del magistrato: cfr., sul punto, P. GARBOULEAU, *Du domain public en droit romain et en droit français avec une dissertation sur l'expropriation pour cause d'utilité publique en droit romain*, Parigi, 1859; L. AUVRAY, *De l'expropriation pour cause*

competesse solo al Popolo Romano e che nessun soggetto infatti avrebbe potuto essere obbligato da un altro cittadino romano a cedere i suoi beni, come è confermato da molteplici passi sul punto⁹⁶.

Ciò non significa che, ad esempio, le province o le colonie non potessero espropriare, ma solo che potevano farlo in quanto delegate dal Popolo Romano, al quale solo rimaneva in capo il potere espropriativo⁹⁷: come del resto si evince tanto dal decreto Venerano già esaminato dove si legge che la legislazione dei municipi e delle colonie altro non è che attuazione della legislazione romana, quanto dalla *lex Coloniae Genetivae: quae aquae publicae in oppido colon. Gen. Adducentur, II vir qui tum erunt, ad decuriones cum duae partes aderunt, referto per qos agros aquam ducere liceat. Qua pars maior decurion, qui tunc aderunt duci decreverint, dum ne perit (d) aedificum, quot (d) non eius rei causa factum sit, aqua ducatur, per eos agros quam ducere ius potestasque esto neve quis facito, quominus ita ducatur.*

Il potere di espropriare rimaneva quindi in capo al Popolo Romano che poi lo esercitava attraverso i magistrati, dotati del potere di *coercitio*: tra questi, non può non farsi riferimento, durante il periodo repubblicano, ai censori e agli edili, ai quali competeva la direzione dei lavori pubblici. In epoca imperiale, del pari competenti erano i *curatores* e il *praefectus urbi*; nei municipi questa funzione spettava ai *quattuorviri* e successivamente ai *curatores civitatis*; nelle province,

d'utilité publique envisagée dans son ensemble en droit romain et considérée spécialement en droit français, Poitiers, 1867.

⁹⁶ Cfr. D. 37.12.2; D.6.1.70; D.25.2.9.

⁹⁷ Cfr. P. BONFANTE, *Storia*, cit., 241 ss. e 16 ss.

invece, ai governatori, ai proconsoli e ai prefetti ovvero a tutti coloro che avevano avuto apposita attribuzione di potere da parte dell'Imperatore⁹⁸.

Peraltro, non vi sono ragioni per escludere che, in epoca imperiale, il potere di espropriare competesse anche ai *curatores aquarum* e ai *curatores viarum*, proprio in ragione del loro compito, dal quale difficilmente poteva ritenersi esclusa la possibilità di espropriare quando l'ablazione fosse collegata allo svolgimento delle proprie specifiche funzioni⁹⁹.

Quanto al soggetto passivo dell'espropriazione, invece, non è revocabile in dubbio che si trattasse di un soggetto, sia persona fisica che persona giuridica, titolare del diritto di proprietà.

L'oggetto dell'espropriazione per pubblica utilità erano le *res*, sia *mancipi* che *nec mancipi*: seppur, infatti, essa venisse più frequentemente esperita nei confronti di beni immobili (fondi e abitazioni), è altrettanto vero che non vi sono ragioni per escludere che potessero essere espropriati anche i beni mobili. Che, anzi, le fonti analizzate dimostrano come l'espropriazione di beni mobili, parallelamente alla conoscenza che i romani ebbero della proprietà privata mobiliare e immobiliare, si diffuse con anteriorità rispetto a quella sugli immobili: basti qui rammentare il citato passo di Livio sull'espropriazione dei libiri di Numa.

Essa in ogni caso comprendeva tutti i beni necessari al soddisfacimento dell'interesse pubblico che giustificava l'ablazione statale, senza nessuna

⁹⁸ Sui magistrati dotati del potere di espropriare si vedano: E. DE RUGGIERO, *Lo Stato*, cit., 57-64; F. M. DE ROBERTIS, *Sulla giurisdizione criminale esercitata dal prefectus urbi*, in *La Corte di Assise*, 1935, 165 ss.

⁹⁹ Cfr. sul punto, F. PICCINELLI, *L'espropriazione*, cit., 71 ss. In senso contrario, F. M. DE ROBERTIS, *La espropriazione*, cit., 272.

eccezione in relazione alle peculiarità del privato proprietario dei beni: tant'è che – come confermato anche dai testi dello storico patavino¹⁰⁰ – lo stesso censore M. Emilio Lepido, durante l'età repubblicana, aveva espropriato anche alcuni terreni di cui era proprietario pur di portare avanti la costruzione di una serie di opere pubbliche.

Come già più volte si è evidenziato, l'espropriazione della proprietà privata avveniva dietro pagamento di un *pretium*, di un indennizzo che veniva concesso al privato a compensazione del pregiudizio sofferto: basti qui ricordare la già richiamata lettera di Cicerone ad Attico, dove l'oratore dimostra il suo stupore per il prezzo che Cesare pagò al proprietario espropriato per i lavori di ampliamento del Foro, *cum privatis non poterant transigi minori pecunia*.

Anche sotto questo profilo, come in generale abbiamo visto per tutto il procedimento espropriativo, nessuna legge romana regolava il punto, fissando quali dovessero essere i criteri per la quantificazione economica di tale indennizzo: al contrario, l'analisi delle fonti dimostra come il *pretium* venisse determinato caso per caso, in relazione alla specifica fattispecie, non solo sotto il profilo del *quantum*, ma anche della tipologia di indennizzo, che talora veniva anche individuato nella concessione di un privilegio o di una immunità, quale l'esenzione dal pagamento di alcune tasse¹⁰¹.

Altre volte, invece, l'indennizzo consisteva in una somma di denaro corrispondente al valor del bene espropriato, come spesso avveniva nella vendita di schiavi¹⁰², ovvero attraverso una permuta, come nel caso della Costituzione

¹⁰⁰ Cfr. Liv. 40.51.

¹⁰¹ Il riferimento è a quanto stabilito nella Costituzione 1 del Codice Teodosiano, dove si legge che “*ab extraordinarius oneribus volumus esse immunes*”.

¹⁰² Cfr. Liv. 22.57.

degli imperatori Teodosio e Onorio, in virtù della quale i privati espropriati delle loro abitazioni vennero compensati con il diritto di occupare un'antica basilica.

Al di là delle forme concrete con cui il privato veniva indennizzato, quel che è certo è che l'indennizzo doveva coprire, oltre al valore del bene espropriato, tutti i danni direttamente e necessariamente causati dall'intervenuta espropriazione.

Sul tema è fondamentale la testimonianza di Frontino, che, sotto l'imperatore Nerva, ricoprì tra l'altro il ruolo di *curator aquarum*. Nella sua opera *De aquaeductibus urbis Romae*, già più volte citata, Frontino narra che il titolare di un fondo, oggetto di espropriazione solo per la parte necessaria al passaggio dell'acquedotto, nel caso in cui la parte di fondo espropriata fosse per il privato la più utile, aveva diritto ad ottenere un indennizzo pari al valore dell'intero fondo, nonostante l'espropriazione fosse stata solo parziale.

Ciò dimostra come l'indennizzo dovesse consistere in un rimborso completo ed effettivo, pari al valore del bene oggetto di espropriazione: non c'erano altri criteri nella quantificazione della somma, se non quello di essere rigidamente equivalente al valore del bene espropriato, tant'è che, ove così non fosse stato, il privato avrebbe potuto fruttuosamente esperire l'*actio legis Aquiliae* contro il magistrato che gli avesse attribuito un indennizzo inferiore rispetto a quello dovuto.

Sarà solo nell'epoca del Basso impero che, attraverso una costituzione imperiale¹⁰³, si assegnò al prefetto della città la competenza nella fissazione

¹⁰³ C. Th. XV.1.30.

dell'indennizzo e, nel contempo, si stabilì che quest'ultimo non potesse essere superiore alle 50 libbre¹⁰⁴.

Vero è che parte della dottrina – contrariamente a quanto fino a qui esposto – ha affermato che “nel diritto romano un criterio generale da seguire nell'attribuire l'indennità al proprietario manca completamente; per tal modo, quanto ci è rimasta nelle fonti, di qualunque natura esse siano, la legge generale regolatrice dell'espropriazione, troviamo in essa fissato anche il criterio della indennità arbitrariamente secondo l'equità del legislatore”¹⁰⁵.

Ma tale affermazione, lasciando intendere la non necessaria presenza dell'indennità, non convince: al contrario, proprio perché, nella sostanza, il procedimento ablatorio si perfezionava con una compravendita (*ab invito*, ma pur sempre una compravendita), che per definizione prevedeva la corresponsione di un prezzo.

Nel periodo repubblicano, Livio, una delle principali fonti sul punto, testimonia una petizione, presentata ai tribuni, contro un provvedimento del magistrato che era stato incaricato di espropriare alcuni fondi privati¹⁰⁶. Lo stesso Frontino, parimenti più volte citato, riferisce che i privati potevano ostacolare l'ablazione perpetrata dai magistrati, contestando i presupposti che avrebbero dovuto legittimare l'operato dei magistrati stessi.

Nel periodo imperiale, la Costituzione 30 del Codice Teodosiano, testimonia la possibilità per i privati di controproporre, a fronte di una proposta di indennizzo ritenuta non soddisfattiva, un maggior prezzo che meglio compensasse

¹⁰⁴ In caso di indennizzo superiore al limite appena individuato, invece, a competenza sarebbe stata dell'Imperatore

¹⁰⁵ Cfr. V. SCIALOJA, *Teoria*, cit., 318 s.

¹⁰⁶ Liv. 40.29.

la perdita economica subita. O addirittura – e lo si legge nella Costituzione 50 del Codice Teodosiano – i privati potevano impedire la prosecuzione dei lavori di costruzione di un'opera pubblica, obbligando il magistrato procedente a rivolgersi all'Imperatore per ottenere una diversa soluzione alla questione, così da meglio salvaguardare la proprietà dei privati.

In altri termini, seppur nell'assenza di una disciplina chiara e comune dell'istituto, dalle fonti sembra potersi concludere che la prassi fosse solita riconoscere al privato il potere di opporsi all'espropriazione o censurando la mancanza dei presupposti per poter procedere con l'ablazione ovvero segnalando altre soluzioni che meglio avessero permesso una conciliazione dei diversi interessi.

Nell'età della Repubblica, questo potere trovò la sua massima realizzazione nella possibilità per il privato di rivolgersi ai tribuni della plebe¹⁰⁷, per impedire al magistrato procedente di portare avanti l'espropriazione per pubblica utilità. Questi infatti, una volta chiamati ad intervenire, si riunivano in collegio e deliberavano circa l'opportunità o meno del loro intervento, così accogliendo o rifiutando la richiesta sollecitata dal privato, il cui fine era quello di destituire di fondamento giuridico il procedimento espropriativo.

Pur rimanendo esclusa ogni responsabilità civile dello stato, infatti, vi era nel diritto romano il rimedio preventivo e gravissimo della *intercessio* collegiale, soprattutto tribunicia, la quale poteva frustrare l'esecuzione di qualunque atto amministrativo che ledesse un diritto del privato o anche un suo semplice interesse. L'*auxilium* del tribuno invocato mediante *appellatio* dal cittadino leso,

¹⁰⁷ Liv. 40.29.

poteva così adempire ad una funzione molto simile a quella delle moderne garanzie costituzionali e giudiziarie.

All'intervento dei tribuni, in epoca imperiale, si sostituì invece la possibilità di ricorrere allo stesso magistrato precedente o a quello di grado superiore.

Accanto a questi strumenti di cui il privato poteva avvalersi per impedire un'espropriazione che riteneva illegittima, vi erano anche strumenti finalizzati ad ottenere una pronuncia circa la responsabilità del magistrato.

Nel caso in cui, ad esempio, fosse stato attribuito al cittadino un indennizzo irrisorio, il privato avrebbe, infatti, potuto esperire contro il magistrato l'*actio legis aquiliae*, fondata sul principio del *damnum iniuria datum*. Seppur infatti non vi siano fonti che esplicitamente testimoniano tale possibilità, non vi sono ragioni per escludere che tale azione, normalmente concessa nei confronti dei magistrati, non potesse essere esperita nei casi di espropriazione per pubblica utilità.

* * *

8. Conclusioni

Dalle fonti letterarie ed epigrafiche esaminate, si può affermare l'esistenza di una prassi consolidata, sia in età della Repubblica che nel Principato, secondo cui i titolari di *imperium*, spesso sotto il controllo del Senato o dell'Imperatore, potevano "aggregare" la sfera giuridica del privato, non in virtù di un arbitrario esercizio del potere, ma sulla base di un regolamento relativamente consolidato che prevedeva la conclusione coatta di negozi in grado di incidere, per esigenze pubbliche discrezionalmente individuate, sulla proprietà stessa, "qualificati in

termini di *emptio venditio*, contro un *pretium* rappresentante il valore del diritto espropriato¹⁰⁸.

Giova sul punto evidenziare che la *coercitio* del magistrato aveva lo scopo di influire sulla volontà del privato e non quello di privare coattivamente il privato del bene, dal momento che il perfezionamento della procedura espropriativa avveniva pur sempre con un negozio assimilabile alla compravendita in cui, pertanto, non si poteva prescindere dall'esistenza del consenso dei contraenti.

Questo intervento del magistrato, peraltro, non può essere paragonato all'intervento violento idoneo a viziare la volontà del soggetto contraente, dal momento che esso – lungi dal costituire un comportamento antiggiuridico quali sono quelli connessi ai vizi della volontà – costituiva il legittimo esercizio di uno *ius* da parte del magistrato.

Queste vendite potevano avvenire *ab invito*, cioè senza la necessità del consenso del privato interessato, del cui interesse tuttavia si teneva conto nella procedura di determinazione del prezzo: in questo modo, l'ordinamento romano avrebbe quindi salvaguardato la proprietà, non come diritto *tout court*, ma quanto meno come valore economico, sulla falsariga di quanto avviene nel moderno istituto dell'espropriazione per pubblica utilità: ma sul punto meglio ci si soffermerà nelle pagine a seguire.

Lo stesso potere del magistrato, in tesi assolutamente illimitato, trovava di fatto ampie possibilità di controllo – in età repubblicana – nella *par maiorve potestas* ovvero nel potere, attribuito ai collega o al tribuno della plebe, di

¹⁰⁸ Questa è la conclusione cui giunge anche M. PENNITZ, *Der enteignungsfall*, cit. Sul punto, cfr. altresì A. BURDESE e la sua recensione all'opera appena citata di Pennitz, in *SDHI*, LIX, 1993, 374 ss.

neutralizzare il potere magistratuale e – nell'età imperiale – nella possibilità di presentare ricorso all'Imperatore¹⁰⁹

¹⁰⁹ Cfr. F. M DE ROBERTIS, *La espropriazione*, cit., 357 s.

CAPITOLO II

L'ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ NEL DIRITTO ITALIANO

1. Brevi premesse sull'evoluzione storica dell'istituto

Così analizzate le origini dell'istituto di cui qui si discute, è opportuno svolgere un rapido *excursus* sui secoli successivi, fino ad arrivare al pieno riconoscimento dell'istituto nel diritto contemporaneo italiano con tutte le problematiche ad esso sottese.

Tralasciando – sulla scia degli insegnamenti Nicolini – l'analisi del periodo germanico e feudale, è d'uopo prendere in considerazione l'età comunale: è in questo periodo, infatti, che si assiste al fiorire di istituzioni volte alla tutela della libertà e della proprietà individuale¹¹⁰ e – per quanto qui più interessa – al riconoscimento, nelle carte costituzionali concesse dai signori, del libero espletamento dei moderni diritti essenziali della persona, tra i quali il diritto di possedere e di non essere spogliati *iniuste* dei propri beni.

Quello che viene a delinearsi è dunque un concetto di proprietà inteso come diritto primario, non dipendente da alcuna concessione sovrana e pertanto non revocabile *ad nutum*, al quale si accompagna l'attribuzione al diritto dominicale di una funzione “nettamente sociale”¹¹¹ connessa alla struttura stessa

¹¹⁰ Cfr. U. NICOLINI, *L'espropriazione*, cit., 802. Secondo l'Autore, “da un lato la concezione collettivistica della proprietà, tipica del mondo germanico; dall'altro la commistione, tipica del mondo feudale, anche nel campo della proprietà, di elementi pubblicistici e privatistici, anzi la prevalenza di quelli su questi; tutto ciò porterebbe a una ricostruzione storica, in sé assai importante, ma povera di interesse e di insegnamenti per chi vive oggi la vita del diritto. Infatti, se la ricerca storico-giuridica in questo campo tende a lumeggiare le nostre istituzioni, noi dobbiamo volgerci allo studio dei rapporti tra sovranità e proprietà, intese in senso moderno; cioè tra sovranità pura, non commista ad elementi privatistici e proprietà appartenente al singolo non per concessione sovrana”.

¹¹¹ Cfr. U. NICOLINI, *Espropriazione*, cit., 803.

del Comune, nel quale era fortemente sentita la solidarietà e il senso cristiano della collettività.

È dunque proprio negli statuti del XXII, XXIII e XIV secolo che trovano forma le limitazioni poste dai Comuni alla proprietà privata e quindi che viene meglio individuato l'istituto in parola. Abolita quindi ogni concezione feudale della proprietà, la dottrina intermedia definisce quindi la proprietà come un insieme di facoltà per sé libere, ma nel contempo suscettibile delle più gravi restrizioni.

L'espropriazione per pubblica utilità trova pertanto il suo fondamento nella preminenza dell'utile collettivo su quello individuale ovvero – in altri termini – nella necessità che vi sia una causa di pubblica utilità: sulla base delle testimonianze del *Corpus iuris*, quindi, in età intermedia si afferma l'idea che la proprietà possa essere oggetto di ablazione solo in presenza di un peculiare interesse pubblico che giustifichi la violazione dei diritti privati e, comunque, ferma restando la corresponsione di un giusto indennizzo.

Negli Statuti comunali, anche se non si rinvencono regolazioni della materia di carattere generale, si possono rinvenire disposizioni che possono essere considerate gli antesignani delle attuali leggi sulle espropriazioni: si ricorreva all'espropriazione per costruzione di strade, di ponti, di edifici pubblici e di altre opere di interesse generale e sempre, “a fronte del pregiudizio patito dal privato, era previsto un indennizzo pari al valore venale del bene, maggiorato talora di un sovrapprezzo a titolo di risarcimento del danno anche *ratione affectionis* che, ad

esempio, lo Statuto del Comune di Milano stabilì che non potesse mai superare il doppio del valore”¹¹²

Nonostante questi principi avessero trovato pieno riconoscimento, nell’età intermedia si continuano comunque a incontrare “singoli espropri” e non un istituto compiutamente disciplinato: sarà solo con l’opera di Bartolo che la costruzione dell’istituto verrà portata a compimento, mediante la “codificazione” di norme generali utili a disciplinare preventivamente e uniformemente per tutta la collettività il fenomeno ablativo.

Senonchè – come affermato sempre da Nicolini – “questo ultimo requisito della generalità e preventività della legge viene meno proprio con il venir meno della costituzione democratica e repubblicanaquando il regime comunale andò cedendo al regime signorile, la teoria bartoliana ... perdette la sua ragione storica e la sua forza. L’istituto dell’espropriazione restava e restò per secoli ... ma di un requisito della preventività e generalità della legge sull’espropriazione si parlò – credendo di dire cosa nuova – soltanto assai più tardi, quando la sovranità popolare e la preminenza della legge furono riconosciuti come i veri fondamenti della vita associata. Ciò avvenne ... nell’età liberale, vale a dire nell’età delle codificazioni, ove vediamo definita e delimitata la proprietà, proprio come l’aveva definita e delimitata la dottrina del diritto comune. Nella quale dunque ... va riconosciuta la vera motrice del diritto di oggi”¹¹³.

Diritto, questo, in cui la locuzione “espropriazione per pubblica utilità” è tradizionalmente e ormai convenzionalmente usata, nel diritto amministrativo, per

¹¹² Cfr. N. CENTOFANTI, *L’espropriazione per pubblica utilità*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di Cendon, Milano, 2009.

¹¹³ Cfr. U. NICOLINI, *L’espropriazione*, cit., 805 s.

indicare “un istituto complesso identificato da uno specifico procedimento amministrativo, da atti di amministrazioni pubbliche e di soggetti privati aventi determinati effetti giuridici, da un insieme di posizioni di diritto e di obbligo, di interesse legittimo e di potere previsti e disciplinati originariamente da una delle leggi di unificazione amministrativa emanate negli anni '60 del secolo scorso: la legge 25 giugno 1865, n. 2359”¹¹⁴.

In quella che per molto tempo è rimasta la legge fondamentale sull'espropriazione, l'istituto in parola – sulla base dei principi dettati dallo Statuto albertino e dell'art. 17 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1971 – risultava pienamente caratterizzato dalla necessità che l'atto autoritativo trovasse giustificazione in una causa di pubblica utilità e che fosse “bilanciato” dalla concessione di un indennizzo a favore del privato espropriato.

Nonostante il quadro normativo e la realtà storica nella quale l'istituto si inseriva andarono via via mutando, la legge n. 2359 rimase il testo di riferimento fino all'entrata in vigore del D.P.R. n. 327/2001 (T.U. in materia di espropriazione per pubblica utilità) che ancor oggi disciplina la materia¹¹⁵.

* * *

¹¹⁴ D. SORACE, *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1998, 196.

¹¹⁵ Per un commento al T.U. n. 327/2001, si veda, *ex multis*, L. MARUOTTI, in AA.VV., *L'espropriazione per pubblica utilità: commento al T.U. emanato con il D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, come modificato dal D.L.vo n. 302/2002*, II ed., Milano, 2003.

2. Inquadramento dell'espropriazione per pubblica utilità nella Carta costituzionale e nel panorama europeo

Come esposto al principio del presente lavoro, l'istituto della proprietà e, più precisamente, dell'espropriazione per pubblica utilità rappresenta il più evidente banco di prova in tema di contrapposizione tra l'interesse dello Stato e quello del privato, nel rispetto di quanto previsto dalla Carta costituzione e, ormai, anche dai principi comunitari.

Proprio in ragione di ciò, da sempre “la vicenda espropriativa nel nostro ordinamento è caratterizzata da una situazione di permanente conflitto fra istanze di tutela della proprietà e quelle correlata alla sua funzione sociale”¹¹⁶: conflitto, questo, che la giurisprudenza italiana ha cercato in più occasioni di risolvere utilizzando lo strumento dell'interpretazione conforme sia con riferimento alla Costituzione che alle norme comunitarie.

Il contenzioso in materia di diritto di proprietà, infatti, è stato banco di prova di un serrato confronto tra giurisdizioni nazionali e Corte Cedu, sfociato nelle notissime sentenze nn. 348 e 349 del 2007, con cui la Corte costituzionale ha stabilito che la Cedu costituisce, ai sensi del nuovo art. 117, co. 1 Cost., “una fonte di obblighi internazionali cui anche il legislatore statale è sottoposto, sia pure alla condizione che tali obblighi non siano, per avventura, in contrasto con la Costituzione. Al giudice comune, tuttavia non si dà la possibilità di dare una propria lettura degli obblighi Cedu, con riguardo alla fattispecie da decidere ..., dovendo attenersi al diritto vivente formatosi per opera della giurisprudenza della Corte Cedu sulle disposizioni della Convenzione; né potrà il giudice comune

¹¹⁶ Cfr. L. MACCARI, *La nuova disciplina dell'acquisizione sanante. Il commento*, in *Urbanistica e appalti*, Milano, 2011, 1143.

procedere alla disapplicazione della legge interna contrastante con la Cedu. Per cui ove si profili un contrasto tra legislazione interna e Cedu, il Giudice dovrà innanzitutto accertare quale sia l'interpretazione della Corte Cedu in materia, verificare che non si dia possibilità di interpretazione della legge conforme al diritto vivente Cedu, infine sollevare la questione di legittimità costituzionale sulla legge, per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost. A questo punto la Corte costituzionale non procederà semplicemente alla verifica della sussistenza del paventato contrasto, ma alla preventiva valutazione di non contrarietà della norma Cedu con alcuna delle norme costituzionali pertinenti, non godendo il diritto Cedu del privilegio ... della capacità di derogare a singole norme costituzionali, eccettuati i solo principi costituzionali»¹¹⁷.

Nelle pagine che seguono, pertanto, si procederà dapprima a tracciare le linee essenziali della peculiare tecnica interpretativa utilizzata dalla giurisprudenza per esaminare poi come, nel caso concreto, quest'ultima abbia attuato tale bilanciamento di interessi con riferimento al diritto di proprietà.

* * *

3. Sull'interpretazione conforme a Costituzione

La dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione, detta anche dell'interpretazione adeguatrice, consiste nell'obbligo per il giudice che si trovi davanti ad una disposizione suscettibile di più interpretazioni, di scegliere quella conforme o non contraria a Costituzione .

¹¹⁷ A. GUAZZAROTTI, *Interpretazione conforme alla Cdu e proporzionalità e adeguatezza: il diritto di proprietà*, in *Quaderni del Gruppo di Pisa*, 2009.

Il richiamo a tale criterio non è certo nuovo in dottrina o giurisprudenza dato che costituisce comunemente, da un lato la tecnica fondamentale delle sentenze interpretative di rigetto, e dall'altro strumento ermeneutico proprio del giudice comune: la novità consiste nell'essere stato "codificato" in una dottrina che l'ha reso obbligatorio per il giudice *a quo* quale requisito previo per poter, in caso di risultato interpretativo negativo, rimettere la questione di costituzionalità alla Corte pena l'inammissibilità della stessa.

Primo elaboratore di tale dottrina fu il Tribunale Costituzionale Federale Tedesco che a partire dagli anni '50 enunciò, in una serie di pronunce, i cardini fondamentali di tale dottrina e in particolar modo "la generale validità del principio per il quale una legge non si può dichiarare nulla quando può essere interpretata in modo conforme alla Costituzione"¹¹⁸ e il fondamento giuridico di tale principio derivante dal fatto che "la Legge Fondamentale è come legge interna di rango più elevato non soltanto parametro di validità di norme giuridiche prodotte dalle fonti normative interne, ma anche mezzo di individuazione di un loro significato conforme alla legge medesima...anche la legge fondamentale è parte dell'ordinamento giuridico complessivo che deve essere interpretato nel suo insieme e deve essere posto come tale a base di ogni interpretazione del diritto interno"¹¹⁹.

Conseguentemente, secondo il giudice tedesco, la questione in via incidentale è proponibile solo quando o la disposizione sia palesemente

¹¹⁸ Decisione del 7 maggio 1953: E 2, 267 (282) nella quale si afferma anche la presunzione di conformità della legge a Costituzione e il conseguente obbligo di interpretazione adeguatrice in caso di dubbio di costituzionalità esperibile fin tanto che non venga manipolato o forzato il testo legislativo. Nella decisione Bverf GE 54, 277 (299) e 71, 81 (105) il Tribunale si pronuncia anche sui limiti di tale interpretazione e il suo ambito di estendibilità.

¹¹⁹ Decisione del 19 giugno 1979: E 51, 304 (323 s.).

incostituzionale, essendo univoca la sua interpretazione, o, nel caso di disposizione dal significato controverso, non sia possibile interpretarla in maniera compatibile con la Legge Fondamentale.

Solo in questi casi il giudice può rimettere la questione al Tribunale Costituzionale Federale che deciderà sull'incostituzionalità della norma essendo l'unico ad avere potere di caducazione della norma medesima, dal momento che il mancato tentativo di interpretazione adeguatrice da parte del giudice *a quo* costituisce motivo di inammissibilità della questione di costituzionalità proposta al Tribunale costituzionale federale.¹²⁰

In tutti gli altri casi il giudice sarà obbligato a decidere la questione applicando la disposizione così come conformemente interpretata¹²¹.

¹²⁰ “In ordine a sentenze lesive di diritti fondamentali, l'utilizzo del criterio dell'interpretazione adeguatrice da parte del giudice *a quo* è così rigoroso che la sua mancanza consente di promuovere ricorso contro la sentenza medesima poiché il mancato tentativo di conformità alla Costituzione ha determinato l'applicazione della legge in modo lesivo dei diritti fondamentali (28 aprile 1965, E 19, 3 (16); 8 marzo 1972, E 32, 373 (383 ss)). La lesione può consistere anche semplicemente nel fatto che il giudice abbia negligenemente ommesso di ricercare un'interpretazione adeguatrice poiché ciò sarebbe sintomo di un ommesso esame del problema della sfera di incidenza di un diritto fondamentale. (E 66, 313 (319)).” Così A. ANZON in *Il giudice a quo e la Corte Costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente* in *Giur. Cost.*, 1988.

¹²¹ Decisioni del 29 novembre 1967: E 22, 373 (377 s.) e del 18 dicembre 1984: E 68, 377(344 s.). Di particolare importanza è la pronuncia dell'1 marzo 1978 (E 48, 40 (44 ss.)) nella quale il tribunale afferma appunto che “in tema di interpretazione della Costituzione e di valutazione di costituzionalità, il Tribunale costituzionale federale ha l'ultima parola; ad esso però è riservato ..soltanto il potere di caducazione delle leggi, mentre la valutazione di conformità di queste alla costituzione - ivi compreso il compito di affermare una interpretazione conforme a costituzione - ricade invece su ogni altro giudice, che, nel singolo caso, deve interpretare ed applicare la legge contestata in connessione con la Costituzione. Il potere di rimessione al Tribunale costituzionale, ex art 100 c.1 Legge Fondamentale, infatti non mira ad escludere gli altri giudici da ogni valutazione e decisione di questioni di diritto costituzionale e ad esimerli dall'effettuare una interpretazione conforme a Costituzione. Il ricorso a tale interpretazione viene in considerazione quando una disposizione, secondo le altre regole interpretative, esprime più significati dei quali uno o più concordano con la Costituzione, mentre altri portano ad un esito incostituzionale; fino a quando una disposizione può essere interpretata in modo conforme a Costituzione e non rimane priva di senso, non può essere dichiarata nulla....Ciò consente di conservare in vita, della volontà del legislatore, il massimo che secondo la Costituzione può essere fatto salvo. Quando e fino al punto in cui per mezzo di una interpretazione costituzionalmente conforme si può evitare la

Con le dovute differenze, date le diversità dei due ordinamenti, tale dottrina è stata accolta anche dalla Corte costituzionale e dalla dottrina italiana.

Benché già nel 1882 la Corte di cassazione romana affermasse, in una innovativa sentenza, che, in caso di dubbio interpretativo, si sarebbe dovuto optare per il significato conforme ai principi dello Statuto Albertino e nel 1901 il Cammeo riflettesse sul dovere, fin tanto fosse possibile, di conciliare con lo Statuto le leggi che risultassero in contrasto con esso¹²², è solo con l'avvento della Costituzione rigida e con il progressivo affermarsi della sua precettività che prende piede la dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e, successivamente, con l'entrata in funzione della Corte costituzionale nel 1956, della sua applicazione contesa tra la Corte stessa e i giudici ordinari.

Il canone dell'interpretazione adeguatrice costituisce, infatti, specificazione del canone più generale dell'interpretazione sistematica del quale comporta un semplice allargamento in virtù del fatto che nel ventaglio normativo che il giudice utilizza per risolvere una questione, entra anche la Costituzione.

L'obiettivo di tale interpretazione non è quello di vagliare la validità o invalidità delle norme ma di evitare, fin quanto possibile, tale giudizio in virtù di un *favor validitatis* della disposizione ambigua: la rigidità stessa, infatti, della nostra Carta consente un maggiore esercizio dei poteri interpretativi del giudice¹²³ la cui utilizzazione consente di ampliare il più possibile la portata del dettato costituzionale, adeguarlo alle nuove esigenze senza dover incessantemente

dichiarazione di nullità di una norma, si rende superflua la rimessione della questione al Tribunale costituzionale”.

¹²² F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello stato nel campo del diritto amministrativo* in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Orlando, 1901.

¹²³ G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1970.

ricorrere al procedimento aggravato di revisione costituzionale o, per l'appunto, risolvere le antinomie evitando il giudizio di incostituzionalità operato dalla Corte.

Chiaro è che due sono i presupposti su cui si basa tale dottrina: la superiorità della Costituzione intesa come particolare posizione nel sistema gerarchico delle fonti e la sua precettività o obbligatorietà che la rendono, appunto, interpretabile e applicabile anche da parte del giudice ordinario¹²⁴.

Per quanto riguarda la precettività della Carta – che ha, appunto, come diretta conseguenza, l'applicabilità della stessa da parte del giudice ordinario sotto forma o di applicazione diretta o di interpretazione adeguatrice –, il percorso è stato arduo perché la dottrina immediatamente successiva all'entrata in vigore della Costituzione vedeva, nella stessa, un insieme di norme programmatiche volte al legislatore come indirizzo per la sua attività.

La stessa Corte di Cassazione, nel febbraio del 1948, distingueva, nell'ambito delle disposizioni costituzionali, tra norme programmatiche e norme precettive (e queste, a loro volta, ancora distinte in norme precettive ad efficacia immediata e norme ad applicazione differita) e continuò per lungo tempo a mantenere distinti i due piani che così si erano creati: quello della legalità

¹²⁴ Collocata, infatti, al vertice del sistema delle fonti e dotata di forza di resistenza contro il potere legislativo, la Costituzione funziona come parametro di validità sia delle leggi precedenti che successive alla sua entrata in vigore. In particolare Perini sottolinea come l'interpretazione adeguatrice trovi fondamento più che nella gerarchia formale tra Costituzione e legge, nella gerarchia assiologica che vede nella stessa un superiore grado di valore (cfr. M. PERINI, *L'interpretazione della legge alle luce della Costituzione fra Corte Costituzionale ed autorità giudiziaria*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, 2002). La relazione infatti che intercorre tra norme in virtù dell'applicazione del criterio gerarchico formale è appunto quella che “produce l'illegittimità o invalidità delle norme inferiori qualora contrastino con le norme superiori”: in quanto tale, preesiste all'interpretazione delle disposizioni normative e soprattutto potrebbe far credere che l'interpretazione adeguatrice e il controllo di legittimità facciano uso del medesimo criterio e siano quindi rimedi alternativi.

(spettante ai tre gradi di giudizio dell’Autorità giudiziaria ordinaria al cui vertice la Cassazione appunto esercita il controllo “sull’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge”¹²⁵ di cui ha il monopolio) e quello della costituzionalità spettante invece alla Corte Costituzionale¹²⁶.

Fu poi la prima sentenza della Corte Costituzionale n. 1 del 1956 ad eliminare qualsiasi idea residua sulla programmaticità della Carta rendendola “norma azionabile” e quindi fonte dei nuovi principi fondamentali dell’ordinamento giuridico alla cui luce la Corte stessa e i giudici comuni sono chiamati, ognuno nel proprio ambito, ad interpretare le leggi¹²⁷.

¹²⁵ Così dispone l’art. 65 dell’ordinamento giudiziario.

¹²⁶ Emblematica di tale pensiero fu la scelta operata tra abrogazione e incostituzionalità per le leggi anteriori alla Costituzione e con questa in contrasto. La scelta tra i due istituti è tutt’altro che indifferente: l’abrogazione ha effetti solo per il futuro, mentre la dichiarazione di incostituzionalità vale anche per i rapporti pendenti e ha efficacia *erga omnes*; la prima poi coinvolge la magistratura ordinaria mentre la seconda accentra il potere nelle mani della Corte il tutto sulla base di una diversa “qualità” attribuita alla Costituzione. La Cassazione ha sempre deciso per la prima opzione, riconoscendola solo nel caso di una chiara incompatibilità tra la Costituzione (considerata più come *lex posterior* che come *lex superior*) e la legge; ciò in virtù della considerazione che hanno diretta applicabilità solo le disposizioni aventi contenuto specifico in contrapposizione a quelle contenenti principi e rivolte quindi solo al potere legislativo. In seguito, il fatto stesso che Parlamento e Governo non abbiano dato vita alle necessarie leggi di attuazione, ha fatto sì che prendesse sempre più piede la concezione normativa della Costituzione al fine di riconoscerne l’immediata operatività a prescindere dall’intervento del legislatore. La situazione politica internazionale, caratterizzata dalla “guerra fredda”, e il conseguente irrigidimento delle posizioni politiche anche nel panorama interno, avevano infatti impedito un dialogo costruttivo tra i partiti che potesse portare all’attuazione della Costituzione. In questo contesto in cui la Carta era presente ma solo formalmente e, anzi, il suo processo di attuazione risultava congelato, la Corte svolse un’opera di supplenza del potere legislativo sia nell’eliminare le disposizioni contrastanti con il nuovo parametro sia nel chiarire la portata dei principi costituzionali e la loro influenza nell’interpretazione della normativa esistente mediante, appunto, le sentenze interpretative di rigetto.

¹²⁷ In tale sentenza, infatti, la Corte rigettò in maniera esplicita la distinzione tra norme precettive e norme programmatiche dichiarando che tale distinzione “non è decisiva nei giudici di legittimità costituzionale, potendo l’illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua incompatibilità con norme che si dicono programmatiche”; affermò che i due istituti operano “su piani diversi, con effetti diversi e con competenze diverse” e sancì la forte prevalenza della Costituzione nel caso di contrasto con altre norme.

Nel 1958 la Corte si pronunciò e sancì nuovamente l'obbligatorietà della Costituzione e esplicitamente la possibilità per il giudice ordinario di ricorrere all'interpretazione adeguatrice¹²⁸.

Ciononostante il fatto che i giudici, anziché provvedere direttamente ad un'interpretazione conforme, rimettessero la questione alla Corte Costituzionale, fece sì che si creasse una sorta di monopolio della Corte Costituzionale nell'interpretazione della Costituzione e soprattutto della legge in conformità ad essa perpetuando così quella "guerra tra le due corti" che era già iniziata con la questione abrogazione/incostituzionalità delle leggi anteriori la Costituzione¹²⁹.

La questione fu in parte risolta negli anni '80 con il ricorso alla dottrina del diritto vivente che, in quanto riconoscendo valore alla legge così come interpretata e applicata dalla giurisprudenza, costituiva un limite per la possibilità interpretativa della Corte Costituzionale.¹³⁰

Negli stessi anni l'affermarsi sempre più incalzante in dottrina della precettività della Costituzione e dunque dell'obbligo per il giudice ordinario di

¹²⁸ Cfr. C. Cost., 2 luglio 1958, n. 46.

¹²⁹ Due casi furono emblematici in tale diatriba: il primo riguardante la disposizione dell'art. 392 c.p.p. denunciata di incostituzionalità perché, nell'interpretazione che la Cassazione ne dava, risultava violare le garanzie processuali costituzionalmente garantite. La Corte Costituzionale risolse la questione prostandogli con una sentenza interpretativa di rigetto nella quale appunto risolse il dubbio di incostituzionalità dando della disposizione incriminata un'interpretazione conforme a Costituzione (cfr. C. Cost., 19 febbraio, 1965, n. 11). La Cassazione, da parte sua, non si sentì vincolata a tale interpretazione e continuò a interpretare l'articolo del codice di procedura penale come sempre fatto. La Corte Costituzionale allora, investita nuovamente, dichiarò l'incostituzionalità della questione così come interpretata dalla Cassazione la quale però continuò a non ritenerla vincolante almeno per i giudizi pendenti (cfr. C. Cost., 26 giugno 1965, n. 52). Il secondo caso attiene invece alla qualificazione giuridica delle commissioni tributarie che la Cassazione aveva sempre definito come organi giurisdizionali mentre la Corte Costituzionale gli attribuiva natura amministrativa. Il dissidio continuò e fu risolto solo dall'intervento del legislatore il quale disciplinò l'intera materia sul presupposto della natura giurisdizionale delle Commissioni: solo in conseguenza di ciò la Corte Costituzionale mutò il suo indirizzo (cfr. C. Cost. 6 febbraio 1969, n. 6 e 10 febbraio 1969, n. 10).

¹³⁰ Pugiotto parla del diritto vivente come oggetto del sindacato di costituzionalità e non tecnica di giudizio e pertanto indisponibile da parte del giudice delle leggi.

interpretare la Carta come qualunque legge ordinaria, viene accolta anche dalla Corte Costituzionale che, già nelle parole del suo Presidente, delinea le nuove linee di condotta nel difficile rapporto Corte costituzionale e magistratura ordinaria: “c’è una dimensione positiva e costruttiva, oltre a quella negativa di contenere l’arretrato, dei metodi più adottati per il vaglio preliminare delle ordinanze di rimessione costituita da un disegno dei rapporti con i giudici rimettenti che lascia uno spazio più largo alla loro interpretazione adeguatrice delle norme di legge rispetto alle norme costituzionali”¹³¹.

La dottrina dell’interpretazione conforme, che così si viene a delineare, segna il superamento dell’idea che la Costituzione sia qualcosa di diverso dal diritto così come normalmente manifestatesi in una legge: la Costituzione entra cioè a far parte del patrimonio normativo che il giudice deve utilizzare per risolvere il caso concreto e, in particolar modo, data la portata dei principi in essa racchiusi funge non solo da parametro ma anche da criterio ermeneutico per l’operatore pratico, il giudice appunto, che, nel risolvere il caso, si trovi davanti a disposizioni aventi una pluralità di interpretazioni possibili.

Il giudice cioè, dovendo applicare alla fattispecie concreta la fattispecie legale, si trova necessariamente a dover interpretare una disposizione utilizzando i poteri che lo stesso ordinamento gli riconosce.

L’art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale del Codice Civile stabilisce i criteri che il giudice deve utilizzare nell’esegesi della disposizione: i canoni generali dell’interpretazione letterale e sistematica e in via suppletiva quelli dell’analogia *legis* e *iuris*. L’interpretazione adeguatrice, che per ovvi

¹³¹ Conferenza stampa del Presidente Elia 1984.

motivi temporali non poteva essere inserita tra i canoni previsti dall'art 12 delle disposizioni sulla legge in generale del c.c., può essere vista come un caso specifico di interpretazione sistematica: compito del giudice è quello di individuare il significato della disposizione inserendola nel contesto normativo cui attiene e di cui la Costituzione è cornice.

In un certo senso sembra superato il mito classico di matrice francese della sottoposizione del giudice alla legge che trova, nel rango e nella potenza della Costituzione, un notevole limite: il giudice è sì soggetto alla legge, ma solo a quella legge che rispetti e non sia in contrasto con la Carta fondamentale, l'unica Legge che il giudice effettivamente deve rispettare¹³².

Se l'orientamento che riconosce al giudice ordinario il potere di interpretare conformemente le leggi è sufficientemente datato¹³³, la codificazione di tale canone ermeneutico a vera e propria dottrina (alla luce della dottrina tedesca, dell'affermazione della normatività e obbligatorietà della Costituzione e dei conseguentemente ampliati poteri interpretativi del giudice di cui precedentemente ho trattato) trova un riscontro più recente nella giurisprudenza italiana¹³⁴.

¹³² Si è affermato in dottrina che “almeno in alcune situazioni particolari il giudice oggi si trova piuttosto di fronte alla legge che non sotto di essa”. M. CAPURSO, *I giudici della Repubblica*, 1977.

¹³³ Cfr. C. Cost. n. 46/1956.

¹³⁴ La prima isolata sentenza della Corte è la n. 456 del 1989, pronuncia in cui viene valorizzata la funzione di filtro spettante all'Autorità giudiziaria e limitato l'intervento della Corte Costituzionale ai soli casi in cui sussista un diritto vivente a cui il giudice a quo ha ritenuto di aderire. La pronuncia della Corte risolve le questioni promosse dal Pretore di Milano all'interno di un processo penale e riguardante la dubbia costituzionalità degli artt. 18, primo comma, prima parte e 20, lettera c) della legge 28 febbraio 1985, n. 47 (rubricato “*Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie*”) e dell'art. 343 bis del codice di procedura penale. Nell'ordinanza di rimessione alla Corte, il Pretore motiva l'avvio del giudizio in via incidentale perché dubbioso della conformità costituzionale dei due articoli in questione alla luce dell'interpretazione che la Cassazione ne dà e che, comunque, egli stesso dimostra di non condividere. La Corte è chiara, quindi, nell'affermare l'inammissibilità di entrambe le questioni perché “quando il dubbio di compatibilità con i principi costituzionali cada

Dopo alcune isolate pronunce nei primi anni '90¹³⁵, tale orientamento non è più stato smentito dalla Corte che negli anni successivi ha di volta in volta ribadito tali principi.

Il quadro che da tali pronunce risulta permette di tracciare un breve schema dei punti fondamentali di tale dottrina e in particolar modo del conseguente comportamento del giudice ordinario nel processo:

1. la Costituzione come canone ermeneutico volto ad una corretta interpretazione della disposizione e alla risoluzione delle antinomie in virtù della sua superiorità gerarchica e assiologica;

su una norma ricavata per interpretazione da un testo di legge è indispensabile che il giudice *a quo* prospetti a questa Corte l'impossibilità di una lettura adeguata ai detti principi; oppure che lamenti l'esistenza di una costante lettura delle disposizione denunciata in senso contrario alla Costituzione (cosiddetta "norma vivente"). Altrimenti, tutto si riduce ad una richiesta di parere alla Corte Costituzionale incompatibile con la funzione istituzionale di questo Collegio." Ed ancora "proprio in virtù del principio di esclusiva soggezione del giudice alla legge, a tutti gli organi giurisdizionali spetta, in piena indipendenza ed autonomia, una indeclinabile funzione interpretativa. Solo allorquando il giudice ritenga che nella giurisprudenza si sia consolidata una reiterata, prevalente e costante lettura della disposizione, è consentito richiedere l'intervento di questa Corte." . La questione è stata poi ripresa anni dopo da una serie di pronunce del 1994 (cfr. C. Cost. 31 marzo 1994, n. 121; 21 aprile 1994, n. 149; 23 giugno 1994, n. 255; 28 novembre 1994, n. 410 e 23 dicembre 1994, n. 443) in cui la Corte dichiara inammissibili le questioni proposte poiché in tutte il giudice remittente poteva risolvere da sé il dubbio di costituzionalità ricorrendo ai suoi poteri interpretativi e quindi al canone dell'interpretazione conforme.

¹³⁵ In particolar modo nell'ordinanza n. 28 novembre 1994, n. 410 la Corte accusa il giudice *a quo*, che già nell'ordinanza di rimessione aveva affermato l'esistenza di un'interpretazione conforme, di contestare non una interpretazione consolidata e dunque norma di diritto vivente ma un'unica sentenza della Cassazione che non gli preclude, e anzi impone come prioritaria, un'interpretazione adeguatrice la cui esistenza fa venire meno i presupposti per un controllo di costituzionalità. Viene cioè affermata, insieme all'obbligo del tentativo di interpretare conformemente, l'inammissibilità di questioni meramente interpretative poiché "non può chiedersi alla Corte una sorta di revisione di grado ulteriore" delle interpretazioni offerte dalla Cassazione nel esercizio della sua funzione di nomofilachia. La questione proposta dal Tribunale di sorveglianza di Brescia riguarda la dubbia costituzionalità dell'art. 47, ultimo comma della legge 26 luglio 1975, n. 354 (sull'ordinamento penitenziario) che prevede l'estinzione della pena in seguito a positivo esito dell'affidamento in prova al servizio sociale in quanto, interpretata come riferentesi solo alla pena detentiva, violerebbe l'art. 27 della Costituzione.

2. l'obbligo per il giudice di interpretare conformemente a Costituzione¹³⁶ avendo la Costituzione natura normativa e immediata precettività;
3. l'inammissibilità delle questioni rivolte alla Corte con procedimento incidentale nel caso in cui il giudice non abbia precedentemente tentato un'interpretazione adeguatrice della disposizione di dubbia costituzionalità;
4. l'esonero dall'obbligo di interpretare conformemente a Costituzione qualora esista un diritto vivente che interpreti la disposizione in maniera difforme a Costituzione;
5. l'impossibilità di dichiarare una legge incostituzionale da parte della Corte solo perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali; l'incostituzionalità deve essere dichiarata solo perché è impossibile dare interpretazioni della disposizione costituzionalmente conformi¹³⁷;
6. l'obbligo anche per la Corte di fornire interpretazioni conformi delle disposizioni impugnate qualora non esista un diritto vivente.

Come si può notare il punto centrale di tale dottrina consiste nell'obbligo per il giudice ordinario di tentare un'interpretazione adeguatrice della disposizione di dubbia costituzionalità prima di rimettere la questione alla Corte:

¹³⁶ Cfr. C. Cost. 15 ottobre 1999, n. 387 “*essendo interprete tenuto ad una esegesi costituzionalmente corretta della norma denunciata*”. Cfr. altresì Cass. civ., Sez I, 26 maggio 1980, n. 3440 “*di fronte ad una molteplicità di letture della disposizione legislativa, fra diverse norme che se ne possono trarre l'operatore giuridico deve privilegiare quella che consente di adeguare la norma primaria con forza di legge alla norma costituzionale che ne rappresenta il parametro di validità*”.

¹³⁷ C. Cost. 22 ottobre 1996, n. 356.

si ritiene cioè che, ai due requisiti esplicitamente previsti dall'art. 23 legge 11 marzo 1953 n. 87 disciplinante il procedimento di costituzionalità in via incidentale (rilevanza e non manifesta infondatezza), ne vada, appunto, aggiunto un terzo (il tentativo di interpretazione adeguatrice) pena l'inammissibilità della questione medesima essendosi il giudice *a quo* sottratto "a quel doveroso tentativo di ricercare un'interpretazione adeguatrice del testo di legge denunciato al quale ciascun giudice è comunque tenuto prima di proporre l'incidente di costituzionalità"¹³⁸.

¹³⁸ C. Cost. [ord.], 31 marzo 2000, n. 92. La Corte, infatti, è chiamata a pronunciarsi sulla validità delle leggi, non su problematiche interpretative la cui risoluzione spetta al giudice nell'esercizio della sua funzione e dei suoi poteri: proporre l'incidente di costituzionalità senza aver tentato di risolvere il dubbio ricorrendo ai semplici strumenti ermeneutici costituisce una decisione di *non liquet* espressamente vietata dal nostro ordinamento come conseguenza degli art. 102 della Costituzione, art. 55 c.c. e 328 cp. Si dice cioè che, se si vuole che la Corte decida nel merito la questione proposita, deve risultare plausibile l'esclusione della possibilità di un'interpretazione conforme e dunque motivatamente giustificata l'adesione del giudice ad una interpretazione che viola i canoni costituzionali. È evidente che il requisito della "plausibilità" è alquanto arbitrario ed è probabilmente questa la ragione per cui, in seguito alla rimessione della questione alla Corte, la stessa si pronuncia talora con dichiarazioni di inammissibilità per mancato tentativo di adeguamento e dunque con pronuncia di rito, talora invece con sentenze interpretative di rigetto che risolvono nel merito. La dottrina è generalmente concorde nell'affermare che tali ordinanze rientrano nella categoria delle pronunce di rito: secondo Amoroso (cfr. *L'interpretazione "adeguatrice" nella giurisprudenza costituzionale. Canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in *Foro it.*, 1998) tale qualificazione discende dal fatto che la Corte non è vincolata alla precedente pronuncia di inammissibilità per mancato sforzo interpretativo nel caso di una seconda riproposizione della questione e il tentativo di interpretazione adeguatrice opera solo come presupposto di ammissibilità. Di diversa opinione Anzon la quale ritiene che con tali ordinanze la Corte, seppur in maniera implicita, affermando la possibilità di un'interpretazione conforme, ne afferma contemporaneamente la costituzionalità: "l'inammissibilità per mancata verifica dell'interpretazione conforme non è mai dichiarata per così dire "al buio" e in astratto, ma sempre in concreto, con riferimento cioè ad interpretazioni particolari e di cui la stessa Corte abbia preliminarmente, anche se più o meno sommariamente, accertata la effettiva disponibilità" (cfr. A. ANZON, *Interpretazione "corretta" e interpretazione "conforme a Costituzione" del regime delle rogatorie internazionali*, in *Giur. Cost.*, 2002, 243. A sostegno di questa ultima tesi e quindi del non potersi considerare pacifica la natura meramente processuale di tali ordinanze, è l'ordinanza 30 marzo 2001, n. 20 nella quale la Corte, davanti la questione proposta dal giudice *a quo* circa l'incostituzionalità degli artt. 11 e 12 della l. n. 47 del 1948 ("*Disposizioni sulla stampa*") e 596 *bis* del codice penale in virtù dell'interpretazione giurisprudenziale costante che egli comunque dimostra di non condividere, afferma la praticabilità, per il giudice *a quo*, dell'interpretazione conforme che egli stesso aveva individuato benché in contrasto con il diritto vivente. In tal caso cioè la Corte, affermando che "nulla osta a che il giudice *a quo* adotti egli stesso quella interpretazione che, a suo avviso, gli consentirebbe di superare i prospettati dubbi di

La dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione fin qui esaminata nei suoi fondamenti giuridici e nelle sue implicazioni pratiche nella vita del processo, trova un limite in un'altra dottrina più volte affermata dalla Corte Costituzionale: la dottrina del diritto vivente¹³⁹.

Ebbene, per la Corte Costituzionale il diritto vivente, nel giudizio in via incidentale, costituisce “un dato oggettivo da assumere come tale e porre alla base del giudizio di costituzionalità”¹⁴⁰; per il giudice *a quo* nel rendere “meno doveroso” il suo obbligo di ricorrere all'interpretazione conforme.

costituzionalità”, sembra confortare il giudice rimettente sulla conformità costituzionale della disposizione così come da lui interpretata e quindi, in un certo qual modo, seppur indiretto, entrare nel merito.

¹³⁹ Nata, infatti, per tentare una soluzione al conflitto tra le Corti costituzionale e Corte di Cassazione, consente di definire quale sia la norma ricavabile da una disposizione in funzione del significato concorde che tale disposizione abbia avuto nella giurisprudenza ordinaria. La finalità era dunque quella di impedire alla Corte Costituzionale un'ingerenza che privasse l'autorità giudiziaria, e tra tutti la Cassazione, del monopolio dell'interpretazione della legge e della funzione di nomofilachia che alla Cassazione spetta per la sua origine storica, per l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario oltre che per l'art. 111 della Costituzione. La dottrina dell'interpretazione adeguatrice e il suo accoglimento nelle sentenze della Corte Costituzionale sono avvenuti proprio negli anni '90, in un periodo cioè in cui la Corte si è trovata “sempre più frequentemente a dover verificare la legittimità di leggi recenti o recentissime in ordine alle quali non si è formato ancora o non si è potuto formare diritto vivente”. Sembra quasi, a mio modesto avviso, che il ricorso a tale canone ermeneutico come requisito di ammissibilità delle questioni proposte, oltre a ridurre il carico di lavoro della Corte Costituzionale configurando il ricorso incidentale come *extrema ratio*, abbia come finalità quella di lasciare che l'interpretazione della legge venga fatta, in primis, da chi di competenza, i giudici appunto, evitando quindi che su questioni interpretative si esprima per prima la Corte Costituzionale. Un incentivo quindi alla formazione di quel diritto vivente inteso come “approdo interpretativo collaudato in giurisprudenza” o di “soluzione interpretativa collaudata”(cfr. C. Cost., 3 aprile 1997, n. 77) o “consolidata giurisprudenza della Cassazione” o “giurisprudenza dominante”(cfr. C. Cost. 27 giugno 1997, n. 206) per citare solo alcune delle tante espressioni utilizzate dalla Corte Costituzionale per descrivere il fenomeno. Si tratta cioè del significato normativo che le disposizioni di legge hanno, in maniera stabile e diffusa, assunto nella giurisprudenza non essendo sufficienti, a tal fine, né qualche rara sentenza di giudici ordinari né una sentenza della Cassazione né, tanto meno, prassi o direttive amministrative, occorrendo invece giurisprudenza costante e concorde.

¹⁴⁰ E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *Giustizia Costituzionale*, Torino, 2003.

Nel giudizio in via incidentale, infatti, mentre l'interpretazione conforme a Costituzione consente di evitare la caducazione di una disposizione che interpretata conformemente, è compatibile con l'ordinamento, la nozione di diritto vivente permette di individuare il presupposto interpretativo del giudizio di costituzionalità di modo da evitare un giudizio su una norma che in realtà non esiste.

In conseguenza di ciò la Corte, nel valutare la costituzionalità di una disposizione, deve interpretare la stessa così come risulta dal diritto vivente, qualora questo esista, perché, in caso contrario, si pronuncerebbe su una disposizione che in realtà non esiste in quanto non “vive” con quel significato e, nel contempo, si deve astenere da eventuali interpretazioni che siano in contrasto con la norma di diritto vivente.

Ove dunque la Corte si trovi a giudicare della costituzionalità di una norma di diritto vivente deve astenersi dall'effettuare interpretazioni adeguatrici poiché la disposizione si è ormai consolidata in un determinato significato, e di conseguenza, qualora tale norma di diritto vivente risulti in contrasto con il dettato costituzionale, non si avrà altra alternativa che la caducazione della disposizione dichiarata illegittima¹⁴¹.

¹⁴¹ Nella sentenza n. 350 del 1997 la Corte ha affermato che “la norma vive ormai nell'ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore o di questa Corte”. Un cambiamento chiaro di intenti questo della Corte se si pensa infatti ai comportamenti precedentemente tenuti nella citata sentenza n. 11 del 1965 in cui la Corte aveva tentato un'interpretazione adeguatrice di una norma di diritto vivente salvo poi dichiararla incostituzionale in seguito al perdurare dei giudici nell'applicarla in maniera difforme all'interpretazione suggerita dalla Corte. Ora invece si preferisce ricorrere direttamente ad una pronuncia di incostituzionalità, consapevole del fatto che un'eventuale interpretazione conforme non troverebbe seguito nelle pronunce del giudice ordinario.

L'effetto quindi che l'interpretazione conforme a Costituzione ottiene, più che di controllo di costituzionalità diffuso, è di realizzare una maggiore diffusione delle garanzie costituzionali visto che “quanto più i valori costituzionali penetrano nella cultura individuale dei giudici, tanto più la tutela dei diritti costituzionali diventa diffusa a qualsiasi livello della giurisdizione”¹⁴².

In virtù infatti dell'affermazione del primato del diritto comunitario su quello nazionale, il giudice ha assunto il potere di sottoporre, in caso di dubbio e in via pregiudiziale, alla Corte di Lussemburgo la questione relativa all'interpretazione del diritto comunitario e, in conseguenza di disapplicare la norma di diritto nazionale.

Si sono in tal modo riproposte, ovviamente con le dovute differenze, la situazione e le problematiche immediatamente conseguenti all'entrata in vigore in Italia della Costituzione: una nuova fonte si inseriva nell'ordinamento e stava alla sensibilità del giudice cominciare ad interpretare le leggi nazionali in maniera conforme al nuovo parametro.

Il giudice quindi si trova a dover seguire l'interpretazione conforme non solo con riguardo alla Costituzione ma anche al diritto comunitario risolvendo in via interpretativa i dubbi di legittimità comunitaria che sorgano nel processo. Solo in un secondo momento, in caso di impossibilità di effettuare interpretazione adeguatrice comunitaria, avrà allora l'obbligo di investire della questione la Corte costituzionale oppure la Corte di giustizia (è il cosiddetto fenomeno della doppia pregiudizialità).

¹⁴² A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici “comuni”* in AA.VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Padova, 1990.

A tal proposito la Corte Costituzionale, dinanzi ad un giudice che aveva esercitato entrambe le pregiudizialità contemporaneamente, ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione proposita motivando che è contraddittorio rimettere contemporaneamente ad entrambe le corti. La rimessione infatti alla Corte di giustizia mira ad accertare che la norma interna censurata sia conforme all'ordinamento comunitario e quindi applicabile, mentre il ricorso alla Corte Costituzionale presuppone che la norma sia già applicabile secondo i canoni comunitari dovendo invece ora essere dichiarata la sua conformità o meno al dettato costituzionale.¹⁴³

Questo meccanismo, basato sulla precedenza della pregiudizialità comunitaria rispetto quella costituzionale, consente, da un lato, di armonizzare le decisioni tra diritto comunitario e diritto interno, dall'altro, di superare, per il giudice ordinario, anche l'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale e in certi casi anche dal legislatore interno.

Con l'ordinamento comunitario quindi viene ad essere ulteriormente valorizzato il ruolo del giudice: all'obbligo di interpretazione conforme quale requisito per l'ammissibilità della questione di costituzionalità, si aggiungono l'obbligo di interpretazione conforme comunitaria, la possibilità di ricorrere alla Corte di giustizia la cui interpretazione vincola anche la Corte costituzionale e infine il potere di disapplicare la norma di diritto interno non conforme all'ordinamento comunitario.

A livello quindi di Unione Europea il giudice viene ad esercitare una sorta di controllo diffuso nei confronti della legge nazionale molto più simile a quello

¹⁴³ C. Cost. [ord.], 1 giugno 2004, n. 165.

tipico dei paesi di *common law* di quanto non si verifichi nella realtà italiana anche ricorrendo al principio dell'interpretazione adeguatrice.

Un discorso a sé va fatto per l'interpretazione conforme a Costituzione all'interno di un giudizio di costituzionalità in via principale date le peculiarità di tale meccanismo di verifica delle costituzionalità delle leggi: in tal caso, infatti, la questione di costituzionalità viene posta in merito a disposizioni di legge “così come sono formulate”¹⁴⁴ indipendentemente dalla loro applicazione. Non c'è quindi alcun requisito di rilevanza che la Corte debba verificare (poiché, dopo la risoluzione della questione di costituzionalità, la disposizione non deve trovare immediata applicazione nel giudizio di un eventuale giudice che avesse proposto la questione) e il controllo che viene fatto è “astratto”.

L'interpretazione conforme a Costituzione, in questo contesto, emerge quindi non come obbligo del giudice *a quo* (non essendoci né un giudice *a quo* né un'interpretazione giurisprudenziale della disposizione), ma come canone utilizzato dalla Corte stessa per risolvere la questione proposita. Sono, infatti, ammissibili le questioni proposte in via principale anche quando il ricorrente non abbia tentato di risolvere il dubbio di costituzionalità in via interpretativa e si limiti a prospettare la questione in virtù di una possibile interpretazione incostituzionale anche se tale interpretazione non è l'unica possibile: ciò in virtù del fatto che l'obiettivo del meccanismo di controllo in via principale, e dunque astratto, è quello di evitare, in via cautelativa, che la legge venga poi interpretata in senso difforme.

¹⁴⁴ V. ONIDA, *Il giudice costituzionale e i conflitti tra legislatori locali e centrali – Relazione tenuta al Convegno annuale dell'Associazione dei Costituzionalisti*, Roma, 2006.

Se, infatti, ciò avvenisse e la disposizione assumesse un significato non conforme al dettato costituzionale in seguito alle sue applicazioni, non sarebbe più possibile per il ricorrente impugnarla, essendo scaduto il termine.

La Corte stessa è chiara nell'affermare ciò: “a differenza di quanto accade per il giudizio in via incidentale, il giudizio in via principale (soggetto a termini di decadenza, in quanto processo di parti, svolto a garanzia di posizioni soggettive dell'ente ricorrente) può concernere questioni sollevate sulla base di interpretazioni prospettate dal ricorrente come possibili. Il principio vale soprattutto nei casi in cui su una legge non si siano ancora formate prassi interpretative in grado di modellare o restringere il raggio delle sue astratte potenzialità applicative, e le interpretazioni addotte dal ricorrente non siano implausibili e irragionevolmente scollegate dalle disposizioni impugnate così da far ritenere la questioni del tutto astratte o pretestuose”¹⁴⁵.

È anche questa la ragione per cui, mentre nel giudizio incidentale l'ordinanza di rimessione indica, in modo puntuale, la questione oggetto del dubbio di costituzionalità (questione che deve essere appunto rilevante nel giudizio *a quo*), nel giudizio in via principale (specialmente quando si tratta di leggi ad oggetto plurimo come le finanziarie) vengono proposte tutte le questioni possibili onde chiarire il più possibile la portata della legge.

* * *

4. Interpretazione conforme e diritto di proprietà

La tecnica interpretativa appena descritta ha trovato piena applicazione in riferimento al diritto di proprietà e alla sua tutela costituzionale, anche in

¹⁴⁵ Cfr. C. Cost., 4 luglio 2003, n. 228.

relazione alla possibilità dello Stato di incidere sul medesimo con l'attivazione di procedimenti espropriativi.

L'entrata in vigore della Costituzione e precisamente dell'art. 42, co. 2, 3 e 4, della Carta – in virtù della quale la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti e può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale –, infatti, ha determinato fin da subito un problema di conformità costituzionale della normativa vigente che si fosse posta in contrasto con il rango costituzionale attribuito al diritto di proprietà¹⁴⁶.

Il Consiglio di Stato¹⁴⁷, affermando che “i principi posti da una Costituzione non flessibile investono l'intero ordinamento legislativo e funzionano come criteri di ermeneutica delle leggi ordinarie, di modo che se una norma, per ipotesi, si presta a diverse interpretazioni, di cui ciascuna produce effetti di maggiore o minore ampiezza ed intensità, l'interpretazione da scegliersi è quella più aderente al principio costituzionale”, dichiarava infondata la questione proposta, sulla base della possibile interpretazione conforme al dettato costituzionale che della disposizione poteva essere fornita.

Il dubbio di costituzionalità colpiva l'art. 19 del r.d.l. 2 novembre 1933 n. 1741 in virtù del quale “l'occupazione del suolo pubblico o privato necessario per

¹⁴⁶ Fino all'emanazione del T.U. in materia di espropriazioni (d.P.R. 8 giugno 2011, n. 327), infatti, mancava nell'ordinamento italiano un'organica disciplina dell'istituto, trovando l'espropriazioni per pubblica utilità una frammentaria definizione in isolate disposizioni relative ad alcune specifiche fattispecie: l. 25 giugno 1865, n. 2359 e successive modificazioni ed integrazioni (l. 18 dicembre 1979, n. 5188; r.d. 8 febbraio 1923, n. 422); l. 22 ottobre 1971, n. 865; d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616; l. 27 ottobre 1988, n. 458; d.l. 11 luglio 1992, n. 333.

¹⁴⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 20 marzo 1962, n. 263.

l'impianto di stabilimenti di lavorazione ovvero per il collocamento di serbatoi di oli minerali, di lubrificanti e di carburanti in genere, o di distributori automatici è considerata di pubblica utilità agli effetti dell'art. 64 l. 2359/1865 per tutta la durata della concessione", poiché in contrasto con l'art. 42 della Costituzione.

L'art. 19, infatti, come interpretato dai ricorrenti, prevedendo l'occupazione del suolo per tutto il tempo della concessione, avrebbe implicato una violazione del procedimento e delle garanzie in tema di espropriazione per pubblica utilità sancite appunto in Costituzione.

Il Consiglio di Stato, però, rigettava tali censure in virtù del fatto che il principio della superiorità della Costituzione e il suo valore di canone ermeneutico dovevano essere applicati anche alle leggi anteriori ad essa ed operavano, appunto, come "ancora di salvezza", sostitutiva alla dichiarazione di incostituzionalità, qualora la lettera della disposizione lo avesse consentito e senza cioè "far dire alla legge quello che non ha detto o inteso dire".

Conseguentemente, se una legge precedente avesse consentito un'interpretazione e un'applicazione più estese, la sua portata doveva ora essere circoscritta entro i limiti imposti dal dettato costituzionale e soltanto così interpretata sarebbe diventata oggetto di giudizio di costituzionalità.

Applicando tale ragionamento al caso concreto, il Consiglio di Stato dichiarava infondata la questione poiché l'art. 19 doveva essere interpretato alla luce del riferimento esplicito, operato dalla norma stessa, all'art 64 della l. 2359/1865: disposizione, questa, che qualifica l'occupazione, in modo inequivocabile, come temporanea, con carattere strumentale ed accessorio, così

escludendo che l'area occupata possa essere destinata all'impianto stesso dello stabilimento principale.

“Solo in questi limiti e con tali effetti l'art. 19 del r.d.l. 2 novembre 1933 n. 1741 può ritenersi non difforme dal principio affermato nell'art. 42 Cost.”.

Come evidenzia Grottanelli De' Santi¹⁴⁸, in questa pronuncia, il Consiglio di Stato, facendo leva sul canone dell'interpretazione adeguatrice, perviene a dichiarare infondata la questione di costituzionalità proposta pur avendo presente la possibilità di una interpretazione diversa da quella adottata, totalmente plausibile da un punto di vista di interpretazione letterale, contraria a Costituzione e, soprattutto, più concreta.

L'art. 19, infatti, si presterebbe a tutt'altra interpretazione parlando chiaramente di “occupazione di suolo necessario per l'impianto di stabilimenti di lavorazione”, difficilmente, quindi, a carattere temporaneo.

Sottolinea il costituzionalista che lo sforzo interpretativo attuato dal Consiglio di Stato si spinge ben più in là dei limiti consentiti al canone dell'interpretazione conforme a Costituzione: tale canone ermeneutico infatti può essere applicato dal giudice comune solo quale canone di scelta tra più interpretazioni tutte comunque coerenti, logiche, letterali e non contrarie a Costituzione, non potendo invece essere utilizzato in presenza anche di una sola interpretazione non conforme poiché, in tal caso, il giudice invaderebbe automaticamente la sfera di competenza della Corte Costituzionale, unica in grado di valutare se sia meglio dichiarare l'incostituzionalità della disposizione o

¹⁴⁸ G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Manifesta infondatezza e interpretazione adeguatrice*, in *Giur. Cost.*, 1963, 417.

mantenerla in vita con uno sforzo interpretativo che la renda conforme ai principi costituzionali.

Più spunti emergono da questa sentenza.

Anzitutto la “delicatezza” del canone interpretativo in questione: agli antipodi di un’operazione meccanico-matematica, individuare la portata di una disposizione implica, nella generalità dei principi costituzionali e nelle spesso infelici scelte lessicali del legislatore, una libera attività del giudice che, tenendo da un lato in considerazione l’interpretazione della Costituzione e dall’altro il testo e la finalità della disposizione, tragga, da questa, la norma che non violi il “bene” tutelato dal principio di rango costituzionale.

Affermare questo potere nelle mani del giudice, in un sistema a controllo accentrato, significa che l’attività ermeneutica e quindi la discrezionalità del magistrato trova un limite nella lettera della stessa disposizione che non può essere oltrepassata al punto di mantenere in vita, mediante interpretazioni così elastiche, estensive o correttive, disposizioni chiaramente incostituzionali. Ma è altrettanto evidente come tale limite sia molto sottile.

Sotto diverso profilo, l’evoluzione che tale canone ha subito in dottrina e giurisprudenza, essendo ormai concordemente ammesso che l’obbligo di tentare un’interpretazione adeguatrice si configura anche, e direi quasi soprattutto, come canone di scelta tra interpretazioni conformi e interpretazioni non conformi: la rimessione infatti alla Corte è ammissibile solo quando non sia possibile trarre un’interpretazione conforme al dettato costituzionale, e non invece quando, pur esistendo questa, sia possibile individuare una norma non contraria alla Carta.

Infine, la mancanza di un “equilibrio giudiziario” in materia e di una piena consapevolezza, da parte del giudice appunto, del significato di tale canone ermeneutico, definito addirittura come obbligatorio da dottrina e Corte Costituzionale. Rarissime sono, infatti, le sentenze in cui il giudice ordinario interpreta conformemente a Costituzione nel rispetto dei suoi limiti ma anche della sua portata, preferendo o, come nel caso della sentenza del Consiglio di Stato, utilizzare l’interpretazione adeguatrice per stravolgere il significato di una norma che probabilmente doveva essere rimessa alla Corte per la dichiarazione di incostituzionalità, o rimettere subito la questione alla Corte senza tentare il minimo sforzo interpretativo.

* * *

5. L’espropriazione per pubblica utilità nella disciplina attuale

Quella appena esaminata era solo una delle numerosissime norme che disciplinavano l’istituto dell’espropriazione per pubblica utilità e che continuarono ad essere episodiche disposizioni sul punto, fino a quando il Parlamento, con la l. 8 marzo 1999, n. 50, affidò al Governo la potestà legislativa in materia di “procedimento di espropriazione per pubblica utilità ed altre procedura connesse”, nell’ottica di un generale riordino della normativa fino ad allora vigente in materia e rappresentata, principalmente, dalla l. 25 giugno 1865, n. 2359 e dalla l. 22 ottobre 1971, n. 865.

Venne quindi emanato il d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (T.U. delle espropriazioni), che ancor oggi disciplina l’espropriazione per pubblica utilità, fissando un procedura espropriativa unica, suddivisa in varie fasi, tutte di

competenza del soggetto preposto alla realizzazione dell'opera pubblica cui è preordinata l'espropriazione¹⁴⁹.

In sintesi, l'*iter* espropriativo prevede quattro fasi: a) l'approvazione dello strumento urbanistico che introduce il vincolo preordinato all'esproprio, contenente la localizzazione dell'opera di urbanizzazione primaria e secondaria; b) la dichiarazione di pubblica utilità; c) la determinazione, provvisoria o definitiva, dell'indennizzo e d) il decreto d'esproprio, cui consegue l'immissione del possesso dell'area da parte della soggetto espropriante¹⁵⁰.

Più precisamente, il soggetto competente individua, con un vincolo preordinato all'esproprio avente durata di cinque anni (salva possibilità di reiterazione previa corresponsione di un indennizzo in favore del proprietario), l'area necessaria alla realizzazione dell'intervento urbanistico e ne dà comunicazione, *ex art. 11 del T.U.*, ai proprietari delle aree soggette a vincolo.

Entro cinque anni dall'apposizione del vincolo, deve essere adottato il provvedimento che comporta la dichiarazione di pubblica utilità e che può

¹⁴⁹ Tale è non solo la Pubblica Amministrazione, ma anche il soggetto privato cui la P.A. abbia delegato la costruzione dell'opera in qualità di concessionario o di contraente generale *ex art. 176 del Codice dei Contratti Pubblici*.

¹⁵⁰ Copiosissima è la dottrina che ha dissertato in tema di espropriazione per pubblica utilità. *Ex multis*, si veda G. MORBIDELLI, voce *Dichiarazione di pubblica utilità*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino, 1990, 54 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *La dichiarazione di pubblica utilità*, Milano, 1983; M. VIGNALE, *Espropriazione per pubblica utilità e occupazione illegittima*, 4^a ed., Napoli, 1998; U. ARDIZZONE, voce *Dichiarazione di pubblica utilità*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1966, 391 ss.; F. DELFINO, *Dichiarazione di pubblica utilità e giurisdizione ordinaria*, in *Riv. giur. ed.*, Milano, 1965, 1, 1273 ss.; L. MARUOTTI, in AA.VV., *L'espropriazione per pubblica utilità: commento al T.U. emanato con il D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, come modificato dal D.L. n. 302/2002*, II ed., Milano, 2003; G. LANDI, *Espropriazioni per pubblica utilità (Principi generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, 1966, 806 ss.; G. SCIULLO, *I profili introduttivi*, in *Il testo unico in materia di espropriazione. Commento sistematico al d.p.r. n. 327/2001 come modificato dal d.lgs. n. 302/2002*, a cura di G. Sciullo, Torino, 2004, 4.

consistere – come previsto dall’art. 12 del T.U. – nell’approvazione del progetto definitivo di un’opera pubblica, nell’approvazione del piano particolareggiato, del piano di lottizzazione, del piano di recupero, del piano di ricostruzione, del piano della zona¹⁵¹.

Si apre poi la fase relativa alla determinazione dell’indennità d’esproprio: una volta notificata al privato da parte del soggetto espropriante la somma offerta, tale subprocedimento può concludersi con l’accettazione soddisfacente dell’indennità e quindi l’accordo di cessione del bene ovvero con la determinazione provvisoria dell’indennità e il suo deposito nella Cassa depositi e prestiti.

Entro il termine di cinque anni dal momento in cui è diventato efficace il provvedimento che comporta la dichiarazione di pubblica utilità, deve essere adottato il decreto di esproprio: cui consegue, entro due anni dall’emanazione del citato decreto, l’immissione nel possesso.

Tale sequenza non è comunque interamente necessaria ai fini del perfezionamento del procedimento espropriativo: l’art. 45 T.U., infatti, consente che, una volta intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità, il procedimento si possa concludere con una cessione volontaria dei beni da parte del proprietario privato.

Si tratta quindi di un contratto sinallagmatico ad effetti reali in virtù del quale il privato trasferisce la proprietà in capo all’Amministrazione la quale si

¹⁵¹ La fase che si conclude con la dichiarazione di pubblica utilità costituisce un subprocedimento, il cui provvedimento conclusivo è autonomamente impugnabile in quanto idoneo a produrre un immediato effetto lesivo.

obbliga al pagamento – entro un termine fissato dalle parti – al pagamento di una somma di denaro quale corrispettivo per l'intervenuto trasferimento¹⁵².

La possibilità di addivenire ad una cessione volontaria dei beni¹⁵³ costituisce, ex art. 45 T.U., un diritto dell'espropriando, con la conseguenza che nel caso in cui egli abbia correttamente esercitato tale diritto, non vi è spazio per un rifiuto della P.A. a contrarre, configurandosi in caso contrario una violazione del diritto di cui gode il privato espropriando.

L'*iter* così individuato dal legislatore dovrebbe costituire, sulla base dei criteri imposti dalla Costituzione all'art. 42, una disciplina restrittiva, che pur muovendo dall'assunto che la proprietà privata, non essendo assoluta, è intrinsecamente limitata, consenta il minor *vulnus* del diritto di cui il privato sia titolare.

Ciononostante, la prassi amministrativa ha dimostrato come, in concreto, la posizione del privato non trovi quella tutela cui il testo legislativo in materia di

¹⁵² Si evidenzia che parte della dottrina qualifica l'atto di cessione volontaria come un accordo sostitutivo del provvedimento amministrativo ex art. 11 l. 7 agosto 1990, n. 241 (cfr. P. DURET, *La cessione volontaria*, in *Il testo unico in materia di espropriazioni. Commento sistematico al d.P.R. n. 327/2001 come modificato dal d.lgs. n. 302/2002*, a cura di Sciullo, Torino, 2004, 578 ss. Di opinione contraria C. CACCIAVILLANI, *Le espropriazioni*, in *Diritto amministrativo*, a cura di Scoca, Torino, 2011, 683 s. Ivi si legge che “la stipulazione dell'accordo sostitutivo di provvedimento è sempre necessariamente per l'amministrazione frutto in primo luogo della valutazione discrezionale in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico che giustifichi un suo intervento provvedimentale e inoltre della scelta discrezionale di perseguire quell'interesse pubblico impiegando il modulo dell'accordo sostitutivo di provvedimento. Poiché infatti l'art. 45 riconosce all'espropriando il diritto, cui corrisponde l'obbligo dell'amministrazione, di addivenire alla cessione volontaria, appare plausibile ritenere che la posizione di obbligo in cui versa l'amministrazione escluda tanto la possibilità della sua scelta discrezionale circa l'impiego del modulo dell'accordo sostitutivo di provvedimento, quanto la possibilità della sua valutazione, ancora discrezionale, della rispondenza dell'accordo (del suo contenuto) al pubblico interesse”.

¹⁵³ Cessione, questa, che può avvenire sia prima dell'emanazione del decreto di esproprio (che perde quindi la sua ragion d'essere) sia ancor prima del subprocedimento per la determinazione dell'indennità sia anche successivamente alla dichiarazione di esproprio, purché prima della sua esecuzione. Ciò in ragione del fatto che il decreto di esproprio dispone il trasferimento della proprietà sotto la condizione sospensiva che il decreto stesso sia notificato al soggetto interessato entro i termini di legge.

espropriazione era preposto, ben potendo essere privato dei propri beni anche in assenza di una legittima procedura ablatoria o comunque rimanere privo di un vero ristoro per la lesione patrimoniale subita.

Un tanto premesso in ordine al procedimento espropriativo, giova pertanto soffermarsi su uno degli aspetti che più contenzioso hanno creato: le cd. espropriazioni indirette.

* * *

6. Sulle espropriazioni indirette

Sulla base di quanto fino a qui illustrato, è chiaro che un procedimento ablatorio, per dirsi legittimo, deve essere conforme all'art. 42 della Costituzione ovvero essere giustificato da un concreto interesse pubblico che giustifichi l'esproprio e posto in essere nel rispetto della disciplina dettata dal d.P.R. n. 327/2001: solo in quest'ottica, invero, risulta giustificato il riconoscimento al proprietario di un indennizzo e non di un risarcimento ex art. 2043 c.c. come gli spetterebbe in caso di illecito.

Nonostante, con le previsioni appena richiamate, il legislatore abbia codificato l'*iter* del procedimento ablatorio nel tentativo di rispettare quanto previsto dalla più volte richiamata norma costituzionale, la prassi amministrativa si è per molto tempo orientata nell'ottica di poter addivenire all'acquisizione di un bene privato anche in assenza di un procedimento espropriativo difforme da quello previsto dal T.U. e quindi illegittimo.

Due, in particolare, sono gli istituti che per molto tempo sono stati utilizzati dalla Pubblica Amministrazione: l'occupazione appropriativa, conseguente ad una irreversibile trasformazione realizzata in forza di un atto

amministrativo invalido (in quanto caducato giudizialmente o divenuto inefficace per decorso dei termini) e l'occupazione usurpativa, conseguente a una irreversibile trasformazione del bene in difetto di atti ablativi.

La definizione di tali due fattispecie è stata fornita dalla Corte Costituzionale, la quale ha precisato che la prima (ovvero l'occupazione appropriativa) "era caratterizzata da un'anomalia del procedimento espropriativo a causa della sua mancata conclusione con un formale atto ablativo", mentre la seconda (ovvero l'occupazione usurpativa) "era collegata alla trasformazione del fondo di proprietà privata, in assenza di dichiarazione di pubblica utilità. Nel primo caso ... l'acquisto della proprietà conseguiva ad un'inversione della fattispecie civilistica dell'accessione di cui agli artt. 935 ss. c.c., in considerazione della trasformazione irreversibile del fondo. Secondo questa ricostruzione, la destinazione irreversibile del suolo privato illegittimamente occupato comportava l'acquisto a titolo originario, da parte dell'ente pubblico, della proprietà del suolo e la contestuale estinzione del diritto di proprietà del privato. La successiva sentenza delle Sezioni Unite 10 giugno 1988, n. 3940, precisò poi la figura dell'occupazione acquisitiva, limitandola al caso in cui si riscontrasse una valida dichiarazione di pubblica utilità che permetteva di far prevalere l'interesse pubblico su quello privato. L'occupazione usurpativa, invece, non accompagnata da dichiarazione di pubblica utilità, ab inizio o per effetto dell'intervenuto annullamento del relativo atto o per scadenza dei relativi termini, in quanto tale non determinava dunque l'effetto acquisitivo a favore della pubblica amministrazione"¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Cfr. C. Cost., 8 ottobre 2010, n. 293.

Tale elaborazione amministrativa e giurisprudenziale, nonostante presentasse non pochi “punti di incertezza in diritto (si pensi solo alla tematica del rapporto tra risarcimento e indennizzo e ai problemi inerenti alla prescrizione” e molti aspetti problematici “con riferimento all’individuazione del momento in cui l’opera pubblica possa ritenersi realizzata (e conseguente ed irreversibilmente acquisito il suolo alla proprietà pubblica”¹⁵⁵, venne ampiamente condivisa dalla giurisprudenza e recapita dallo stesso legislatore¹⁵⁶.

L’istituto della cd. occupazione acquisitiva è nato, infatti, in assenza di una norma, al fine di ‘disciplinare’ le questioni connesse all’avvenuta realizzazione di opere pubbliche su suolo altrui: le Sezioni Unite della Cassazione avevano creato tale fattispecie proprio affermando che “nelle ipotesi in cui la p.a. (o un suo concessionario) occupi un fondo di proprietà privata per la costruzione di un’opera pubblica e tale occupazione sia illegittima, per totale mancanza di provvedimento autorizzativo o per decorso dei termini in relazione ai quali l’occupazione si configura legittima, la radicale trasformazione del fondo, con l’irreversibile sua destinazione al fine della costruzione dell’opera pubblica, comporta l’estinzione del diritto di proprietà del privato e la contestuale

¹⁵⁵ Cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., 29 aprile 2005, n. 2.

¹⁵⁶ In particolare il legislatore, muovendo proprio dalla prassi sopra descritta, intervenne in più occasioni sulle conseguenze dell’occupazione appropriativa, donde la formulazione dell’art. 5 *bis*, co. 7 *bis*, d.l. 11 luglio 1992, n. 333 e ss.mm.ii. che così recitava “in caso di occupazioni illegittime di suoli per causa di pubblica utilità intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, si applicano, per la liquidazione del danno, i criteri di determinazione dell’indennità di cui al comma 1, con esclusione della riduzione del 40 per cento. In tal caso l’importo del risarcimento è altresì aumentato del 10 per cento. Le disposizioni di cui al presente comma di applicano anche ai procedimenti in corso non definiti con sentenza passata in giudicato”. Disposizione analoga venne inserita anche nel T.U., il cui articolo 55 disponeva per l’appunto che “nel caso di utilizzazione di un suolo edificabile per scopi di pubblica utilità, in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio alla data del 30 settembre 1996, ai fini della determinazione del risarcimento del danno si applicano i criteri previsti dall’art. 37, co. 1, con esclusione della riduzione del quarante per cento e con l’incremento dell’importo nella misura del 10 per cento, Il comma 1 si applica anche ai giudizi pendenti alla data del 1° gennaio 1997”.

acquisizione a titolo originario della proprietà in capo all'ente costruttore, ed inoltre costituisce un fatto illecito (istantaneo, sia pure con effetti permanenti) che abilita il privato a chiedere, nel termine prescrizionale di cinque anni dal momento della trasformazione del fondo nei sensi indicati, la condanna dell'ente medesimo a risarcire il danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà, mediante il pagamento di una somma pari al valore che il fondo aveva in quel momento, con la rivalutazione per l'eventuale diminuzione del potere di acquisto della moneta fino al giorno della liquidazione, con l'ulteriore conseguenza che un provvedimento di espropriazione del fondo per pubblica utilità, intervenuto successivamente a tale momento, deve considerarsi del tutto privo di rilevanza, sia ai fini dell'assetto proprietario, sia ai fini della responsabilità da illecito¹⁵⁷.

La distinzione tra le due fattispecie (occupazione appropriativa e usurpativa) consentiva di avere una diversa e maggiore misura del risarcimento del danno nel caso di occupazione acquisitiva¹⁵⁸.

Senonché, con due sentenze del 30 maggio 2000¹⁵⁹, la Corte europea dei diritti dell'uomo dichiarò l'illegittimità dell'occupazione appropriativa, sul presupposto che tale istituto costituiva una violazione dell'art. 1 del Protocollo n.

¹⁵⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 26 febbraio 1983, n. 1464.

¹⁵⁸ Peraltro, come meglio si evidenzierà nel prosieguo, con sentenza 2 novembre 2011, n. 5844, il Consiglio di Stato ha eliminato, sotto ogni profilo, la distinzione tra le due forme di occupazione evidenziando che entrambe consistono in un illecito permanente, che l'amministrazione non ha alcun diritto di mantenere il bene illegittimamente occupato o trasformato e deve restituirlo. La distinzione tra occupazione acquisitiva e usurpativa, pertanto, ha perso di significato sia con riferimento alla giurisdizione, nel senso che residuano al giudice ordinario le sole ipotesi in cui, fin dall'ordine, manchi del tutto una dichiarazione di pubblica utilità; sia alla decorrenza del termine di prescrizione, trattandosi nei due casi di un illecito permanente (cfr. R. OLLARI, *Risarcimento del danno, conta anche quello morale. Ammessi solo valori di mercato*, in *Edilizia e Territorio*, 2011, n. 44, 6).

¹⁵⁹ Cfr. Belvedere alberghiera S.r.l. / Italia, 30 ottobre 2003; Carbonara e Ventura / Italia, 11 dicembre 2003.

1 alla Cedu e, nello specifico, una violazione del principio di legalità, mancando – nel caso di occupazione appropriativa – i requisiti della sufficiente precisione, accessibilità e prevedibilità della legge, dal momento che, sulla base di una mera prassi giurisprudenziale, veniva concesso alla Pubblica Amministrazione di avvantaggiarsi di una situazione di illegalità, in relazione alla quale il privato non aveva alcun potere difensivo.

In tale occasione, peraltro, la Cedu precisò che, in caso di mancata restituzione del bene occupato, la P.A. sarebbe stata tenuta a corrispondere un'indennità di esproprio tale da assicurare il completo ristoro del pregiudizio patito dal privato, da quantificarsi nel valore pieno ed integrale dei beni.

Dalle sentenze emanate dalla Corte Cedu si evince chiaramente come del tutto diverso sia il bilanciamento di interessi operato dal Giudice comunitario rispetto a quello nazionale tra l'interesse del privato e quello statale.

Se è pur vero che la proprietà è diversamente riconosciuta nell'ordinamento nazionale rispetto a quanto non avvenga in quello comunitario – dove non viene fatto alcun riferimento né al concetto di funzione sociale né al fatto che debba essere riconosciuto un diritto all'indennizzo in capo al privato che venga espropriato –, è altrettanto vero che le diversità nel bilanciamento operato dalla giurisprudenza dei due ordinamenti non è collegabile solo alla diversità delle norme che definiscono l'istituto.

Più in generale, infatti, vi è una diversità nel riconoscimento di quale sia il punto di equilibrio tra i diversi interessi contrapposti: se per i giudici italiani tale equilibrio è raggiunto per il fatto stesso che l'ordinamento riconosca al privato espropriato la possibilità di richiedere il risarcimento dei danni patiti e la

preclusione al riottenimento del bene oggetto di ablazione è giustificata proprio dalla funzione sociale che caratterizza il diritto dominicale, per il giudice comunitario invece nessun interesse pubblico può giustificare una violazione delle norme sul procedimento espropriativo, il cui mancato rispetto costituisce un illecito ingiustificabile e un'arbitraria violazione del diritto di proprietà.

In seguito alla pronuncia delle predette sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, il legislatore ha introdotto l'art. 43 del T.U. con cui ha introdotto nell'ordinamento la cd. acquisizione sanante, in virtù della quale è stata riconosciuta la possibilità per la Pubblica Amministrazione – in tutti i casi di occupazione illegittima e anche prescindendo dalla irreversibile trasformazione della destinazione del fondo¹⁶⁰ - di sanare *ex post* il mancato rispetto delle norme che dovrebbe regolare la procedura espropriativa, imponendo autoritativamente l'acquisizione (per l'appunto sanante) del suolo privato, previo risarcimento dei danni connessi all'esproprio subito.

In sostanza, come l'accessione invertita, anche quest'istituto aveva come obiettivo quello di impedire al privato illegittimamente espropriato la restituzione del bene, così evitando alla Pubblica Amministrazione tutte le problematiche connesse alla restituzione di fondi sui insistevano opere pubbliche: il tutto nel tentativo di uniformare il nostro ordinamento alla citata giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

L'art. 43 T.U., infatti, stabiliva che “valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o

¹⁶⁰ Cfr. sul punto T.A.R. Campania, Sez. I, 10 giugno 2010, n. 8692.

dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni. L'atto di acquisizione ... dà atto delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area, indicando, ove risulti, la data dalla quale essa si è verificata”.

Il legislatore italiano, con tale disciplina, riteneva superate le criticità sollevate dal giudice europeo in virtù del fatto che il nuovo istituto prevedeva, per un verso, l’emanazione di un provvedimento espresso da parte della P.A. ai fini del passaggio della proprietà e, per l’altro, la possibilità di restituzione del bene al privato nel caso di positiva ponderazione degli interessi pubblici e privati in gioco.

In altri termini, al privato non avrebbe potuto essere negata *tout court* la possibilità di vedersi restituito il bene, potendo tale estrema conseguenza essere decisa dalla Pubblica Amministrazione solo in seguito ad una esplicita ponderazione degli interessi pubblici e privati in gioco, sindacabile dal Giudice amministrativo¹⁶¹.

Che la norma di nuova formulazione non fosse immune da critiche è evidente: per lo stesso Comitato dei ministri la nuova disciplina rappresentava un passo verso la soluzione del problema, ma non la sua piena soluzione, tanto da non rilasciare al Governo la piena liberatoria sull’avvenuta ottemperanza delle condanne della Corte di Strasburgo¹⁶²; la stessa Cedu sottolineò fin da subito

¹⁶¹ Cfr. A. GUZZAROTTI, *Espropriazioni illegittime e tutela multilivello della proprietà: prospettive costituzionali*, in *Studium iuris*, 2011, 509 ss.

¹⁶² Cfr. Risoluzione interinale del 14 febbraio 2007.

l'incapacità della norma di rimediare al rischio di abusi da parte della Pubblica Amministrazione¹⁶³.

Ciononostante il Consiglio di Stato si sforzò di dare un'interpretazione conforme alla Cedu del richiamato art. 43 T.U., affermando che “l'amministrazione non può addurre l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica quale causa di impossibilità oggettiva e quindi come impedimento alla restituzione”, dovendo invece puntualmente dimostrare il perdurante e specifico interesse pubblico¹⁶⁴.

Ed ancora i Giudici di Palazzo Spada avevano affermato che con l'espressione “valutati gli interessi in conflitto” si dovesse intendere la necessità di “una valutazione comparativa tra l'interesse pubblico e quello privato, quest'ultimo inteso come interesse alla tutela di un diritto costituzionalmente garantito”, donde la necessità che “la motivazione [ponesse] in luce esattamente i motivi d'interesse alla realizzazione dell'opera, indicando anche la non percorribilità di soluzioni alternative; [desse] preciso conto delle contingenze che ... [avevano] interrotto, sospeso, annullato o comunque non ... condotto a buon fine il giusto procedimento espropriativi; della assoluta necessità e non mera utilità che l'immobile ... [fosse] acquisito nello stato in cui si trova[va]; infine della natura della trasformazione subita e dunque del fatto che la mancata acquisizione ... [avrebbe costituito] uno spreco di risorse pubbliche”¹⁶⁵.

¹⁶³ Cfr. sentenza Binotti del 2005; sentenza Chirò e altri sempre del 2005. In dottrina si veda B. RANDAZZO, *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana* a cura di Zanon, Napoli, 2006, 338.

¹⁶⁴ Cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., 11 maggio 2005, n. 2.

¹⁶⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17 febbraio 2009, n. 915. Cfr. altresì Cons. Stato, 26 febbraio 2009, n. 1136, dove si legge che l'istituto in commento “attribuisce alla P.A. un ampio potere discrezionale da esercitare previa apposita e puntuale valutazione degli interessi in conflitto in

In virtù di tale interpretazione, pertanto, si sarebbe garantito il rispetto dei principi costituzionali e comunitari, dal momento che “a) l’acquisto del bene [sarebbe avvenuto] in virtù di un provvedimento previsto dalla legge e, soprattutto, con efficacia *ex nunc*, sicché sono rispettate le esigenze di chiarezza dell’ordinamento e di preminenza del diritto; b) il provvedimento [sarebbe] sindacabile e l’esercizio della discrezionalità [sarebbe] circondato da particolari cautele di cui va verificato il rispetto in sede giurisdizionale; c) [sarebbe] in ogni caso assicurato il risarcimento del danno; d) in assenza di provvedimento, la restituzione dell’area non [potrebbe] essere impedita, se non per scelta autonoma del privato che rinunci alla restituzione”¹⁶⁶.

Secondo il Consiglio di Stato, in altri termini, l’art. 43 T.U. avrebbe riportato l’ordinamento italiano entro i limiti imposti da quello comunitario e precisamente dal più volte richiamato art. del Protocollo n. 1 alla Cedu, relativo alla tutela del diritto di proprietà.

Fu poi la Cassazione ad adombrare per prima l’incostituzionalità della norma *ex art. 117, co. 1, della Carta*¹⁶⁷, ma fu solo nel 2008 che venne

quanto l’atto di acquisizione, che assorbe la dichiarazione di pubblica utilità e il decreto di esproprio, deve infatti non solo valutare la pubblica utilità dell’opera secondo i parametri consueti, ma deve altresì tener conto che il potere acquisitivo in parola – avente in qualche misura valore sanante dell’illegittimità della procedura espropriativa ma solo *ex nunc* – ha natura eccezionale e non può risolversi in una mera alternativa alla procedura ordinaria. Il nuovo procedimento deve perciò trovare la sua giustificazione nella particolare rilevanza dell’interesse pubblico posto a raffronto con l’interesse privato, con la conseguenza che la motivazione dell’atto o della richiesta di acquisizione dovrà essere, quindi, particolarmente esaustiva della valutazione degli interessi in conflitto e conseguentemente più stringente dovrà essere il sindacato giurisdizionale”.

¹⁶⁶ Cfr. ancora Cons. Stato n. 2/2005 cit.

¹⁶⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26732.

formalmente sollevata dal T.A.R. Campania la questione di costituzionalità dell'acquisizione sanante¹⁶⁸.

La Corte costituzionale così interpellata, non potendo ignorare la copiosa giurisprudenza comunitaria che si era sviluppata sul punto, dichiarò l'incostituzionalità del richiamato art. 43 T.U. non in virtù di una violazione della tutela costituzionale garantita al diritto di proprietà dall'art. 42 della Costituzione, bensì soffermandosi sulla violazione dell'art. 76 della Carta: questione, questa, pregiudiziale rispetto alle altre censure mosse nei confronti della disposizione, atteso che quelle riferite al richiamato art. 76 “investono il corretto esercizio della funzione legislativa e quindi la loro eventuale fondatezza eliderebbe in radice ogni questione in ordine al contenuto precettivo della norma in esame”¹⁶⁹.

Se è pur vero, quindi, che l'art 43 T.U. viene dichiarato incostituzionale in virtù della sua difformità rispetto a quanto previsto dal richiamato art. 76 Cost., è altrettanto vero che il Giudice delle Leggi “ha fornito un giudizio sulla sostanza dell'art. 43 cit., definendolo un inaccettabile strumento di sanatoria dall'esterno di procedimenti amministrativi intrinsecamente viziati”¹⁷⁰.

Precisamente la Corte costituzionale ha rilevato che “il legislatore delegato, in definitiva, non poteva innovare del tutto ed al di fuori di ogni vincolo

¹⁶⁸ Cfr. Ordd. 28 ottobre 2008 e 18 novembre 2008. Per il Giudice *a quo* la norma violerebbe gli artt. 3, 24, 42, 97 e 113 della Costituzione in quanto consentirebbe la sanatoria di espropriazioni illegittime e quindi la possibilità per la P.A. di eludere anche deliberatamente gli obblighi procedurali legalmente imposti per le espropriazioni. Sul punto si veda altresì P. CERBO, *Profili di costituzionalità della cd. acquisizione sanante*, in *Urb. e appalti*, 2009, 203.

¹⁶⁹ Cfr. C. Cost. 8 ottobre 2010, n. 293.

¹⁷⁰ Cfr. D. TOMASSETTI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 293/2010: conseguenze della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma sulla cd. acquisizione sanante*, in *Gazzetta amministrativa*, 2011, 76. Sul punto cfr. altresì F. PATRONI GRIFFI, *Prime impressioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 293/2010, in tema di espropriazione indiretta*, in *federalismi.it*, 19/201.

alla propria discrezionalità esplicitamente individuato dalla legge-delega... infatti, per quanta ampiezza possa riconoscersi al potere di riempimento del legislatore delegato, «il libero apprezzamento» del medesimo «non può mai assurgere a principio od a criterio direttivo, in quanto agli antipodi di una legislazione vincolata, quale è, per definizione, la legislazione su delega». In contrario, non giova dedurre, come sostenuto dall'Avvocatura dello Stato, che il legislatore delegato abbia inteso tenere conto delle censure mosse dalla giurisprudenza di Strasburgo alla pratica delle espropriazioni «indirette». Indipendentemente sia da ogni considerazione relativa al fatto che ciò non era contemplato nei principi e criteri direttivi di cui al più volte citato art. 7 della legge n. 50 del 1999, sia dal legittimo dubbio quanto alla idoneità della scelta realizzata con la norma di garantire il rispetto dei principi della Cedu, che in questa sede non è possibile sciogliere, quella prefigurata costituisce soltanto una delle molteplici soluzioni possibili. Il legislatore avrebbe potuto conseguire tale obiettivo e disciplinare in modi diversi la materia, ed anche espungere del tutto la possibilità di acquisto connesso esclusivamente a fatti occupatori, garantendo la restituzione del bene al privato, in analogia con altri ordinamenti europei. E neppure è mancato qualche rilievo in questo senso della Corte di Strasburgo, la quale, infatti, sia pure incidentalmente, ha precisato che l'espropriazione indiretta si pone in violazione del principio di legalità, perché non è in grado di assicurare un sufficiente grado di certezza e permette all'amministrazione di utilizzare a proprio vantaggio una situazione di fatto derivante da «azioni illegali», e ciò sia allorchè essa costituisca conseguenza di un'interpretazione giurisprudenziale, sia allorchè derivi da una legge - con espresso riferimento all'art. 43 del T.U., in quanto tale forma di

espropriazione non può comunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione adottata secondo «buona e debita forma». Anche considerando la giurisprudenza di Strasburgo, pertanto, non è affatto sicuro che la mera trasposizione in legge di un istituto, in astratto suscettibile di perpetuare le stesse negative conseguenze dell'espropriazione indiretta, sia sufficiente di per sé a risolvere il grave *vulnus* al principio di legalità”.

Al vuoto normativo determinato dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 43 ha tentato di porre rimedio la giurisprudenza, affermando che, in conseguenza del venir meno della citata disposizione del T.U., la Pubblica Amministrazione può acquisire un bene privato già trasformato “facendo uso unicamente dei due strumenti tipici riferiti, ossia il contratto, tramite l'acquisizione del consenso della controparte o al provvedimento e quindi in assenza di consenso, ma tramite la riedizione del procedimento espropriativi con le sue garanzie. L'illecita occupazione permane fino al momento della realizzazione di una delle fattispecie legalmente idonee all'acquisto della proprietà indifferentemente dal fatto che questo evento avvenga consensualmente o autoritativamente”¹⁷¹.

E del resto sempre i Giudici di Palazzo Spada avevano precisato che non può esistere: a) alcun risarcimento al privato in assenza di perdita del suo diritto dominicale sul fondo irreversibilmente da parte della P.A.; b) non può farsi applicazione della cd. accessione invertita in quanto è da escludere che il trasferimento della proprietà possa prescindere, in una fattispecie procedimentale illegittima, dal consenso del privato; c) il privato potrà anche agire per la *restitutio*

¹⁷¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 1 giugno 2011, n. 3331.

in integrum, nonché potrà chiedere il danno da illegittima occupazione da calcolarsi sul valore venale del fondo per ogni anno di sofferto spossamento, oltre interessi e rivalutazione monetaria¹⁷².

La principale conseguenza di quanto stabilito dalla citata decisione del Consiglio di Stato – come rilevato dalla dottrina – è che “l’effetto traslativo della proprietà del fondo può avvenire esclusivamente in base ad accordi negoziali, anche *ex art.* 11 l. n. 241/1990, tra privato e P.A., che prevederanno allora anche un obbligo risarcitorio in capo a quest’ultima ... anche per la privazione del diritto dominicale, in misura del valore di mercato del bene al momento del perfezionamento della transazione de qua (cfr. T.A.R. Campania, Sez. II, 14 gennaio 2011, n. 43)¹⁷³.

Ancor più recentemente, la giurisprudenza ha sul punto precisato che, salvo il caso in cui l’amministrazione intenda comunque acquisire il bene, è suo obbligo primario procedere alla restituzione della proprietà: in seguito alla dichiarazione di in costituzionalità dell’art. 43 T.U., infatti, non può più essere azionato il meccanismo procedimentale acceleratorio ivi previsto, con la conseguenza che l’Amministrazione può ottenere la proprietà del bene solo previo consenso da parte del privato¹⁷⁴.

Va da sé – continua sempre il Consiglio di Stato – che la detenzione del bene fino al momento dell’acquisizione della proprietà è illegittima e impone

¹⁷² Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 28 gennaio 2011, n. 676. Si segnala peraltro che alcune decisioni si sono invece espresse nel senso che l’acquisto della proprietà in capo alla Pubblica Amministrazione debba avvenire per specificazione ai sensi dell’art. 940 c.c. (cfr. T.A.R. Puglia, 24 novembre 2010, n. 2683).

¹⁷³ Cfr. D. TOMASSETTI, *La sentenza della corte costituzione n. 293/2010*, cit., 79.

¹⁷⁴ Cfr. Cons. Stato, 28 agosto 2011, n. 4834. In dottrina, si veda V. OLLARI, *Espropri illegittimi da Palazzo Spada le istruzioni su come quantificare il danno*, in *Edilizia e Territorio*, 2011, n. 36, 6.

all'ente espropriante l'obbligo di tenere indenne il privato dalle conseguenze connesse a tale condotta.

Precisamente, il risarcimento del danno dovuto per l'occupazione illegittima, avutasi *medio tempore*, dovrà tener conto del valore "di mercato" dell'immobile, individuato alla data in cui sarà adottato l'atto transattivo, di qualsiasi tipo, al quale consegua l'effetto traslativo. Dovranno poi essere corrisposti gli interessi moratori, calcolati sul valore del bene, con la precisazione che il capitale di riferimento è il relativo valore di mercato in ciascun anno del periodo di occupazione.

Al di là delle richiamate pronunce delle giudice amministrativo, è evidente il vuoto normativo lasciato dalla pronuncia di incostituzionalità, tant'è che la dottrina aveva in più occasioni sollecitato un intervento del legislatore, al quale solo compete di contemperare "il pubblico interesse con il diritto domenicale del privato nella considerazione che non può esservi, nel contatto che interviene tra privato espropriando e P.A. espropriante, un automatico trasferimento della proprietà nel momento in cui avviene la irreversibile trasformazione del fondo ..., ma che conformemente al diritto comunitario ed internazionale, allorquando vi sia un'occupazione illegittima, il trasferimento della proprietà deve tornare nella esclusiva disponibilità del privato, libero di accettare, dietro risarcimento del danno, un sacrificio del proprio diritto di proprietà che l'amministrazione non è stata in grado di acquisire legittimamente con gli strumenti di cui dispone nell'esercizio del suo potere oblatorio"¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Cfr. D. TOMASSETTI, *La sentenza della corte costituzione n. 293/2010*, cit., 79.

Ed effettivamente il legislatore è intervenuto recentemente con il d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito in legge con modificazioni dalla l. 15 luglio 2011, n. 111.

Precisamente l'art. 34 del d.l. appena richiamato ha introdotto nel T.U. in materia di espropriazioni l'art. 42 *bis* rubricato "utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico", il quale trova applicazione – secondo quanto esplicitamente previsto dal comma 8 dell'articolo in esame – anche con riferimento "ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore ed anche se vi è già stato un provvedimento di acquisizione successivamente ritirato o annullato, ma deve essere comunque rinnovata la valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico a disporre l'acquisizione".

Come già osservato dalla dottrina, "l'art. 42 *bis* ... rappresenta una versione raffinata ed adeguata alle fonti sovraordinate dell'art. 43 e ne conserva quantomeno i caratteri formali, non sempre coerenti con il loro contenuto"¹⁷⁶.

Ed invero il comma 1 dell'art. 42 *bis* prevede che l'autorità che utilizzi per scopi di interesse pubblico un bene immobile in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità "può disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene".

Sulla base di quella giurisprudenza che, in relazione all'art. 43 T.U. aveva precisato che il provvedimento di acquisizione assorbe sia la dichiarazione di

¹⁷⁶ L. MACCARI, *La nuova disciplina dell'acquisizione sanante*, in *Urbanistica e appalti*, Torino, 2011, 1143 ss.

pubblica utilità che il decreto di esproprio, il provvedimento di acquisizione deve valutare gli interessi del pubblico e del privato in conflitto ed indicare le circostanze che hanno determinato l'illegittimo utilizzo: deve – in altri termini – essere chiaro che il provvedimento medesimo trova la sua giustificazione nell'eccezionale rilevanza dell'interesse pubblico rispetto a quello privato

La novità introdotta dal legislatore riguarda invece il momento produttivo degli effetti: l'acquisizione al patrimonio indisponibile, sulla base di quanto previsto dalla nuova disposizione, non avviene retroattivamente. Recita, infatti, il primo comma del richiamato art. 42 *bis*: “valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile”.

Quanto alla quantificazione dell'indennizzo, il comma 3 della norma prevede che quest'ultimo sia composto da due voci: il pregiudizio patrimoniale e pregiudizio non patrimoniale forfetario. Conseguentemente al privato spetterà il valore venale del bene che passa in proprietà alla P.A.; un interesse del cinque per cento annuo sul valore venale per tutto il periodo dell'occupazione senza titolo di risarcimento del danno patrimoniale (e salva prova di una diversa entità del danno), nonché una somma quale ristoro del pregiudizio non patrimoniale forfetariamente liquidato per legge (e non suscettibile di prova diversa) in due aliquote pari al 20% del valore venale, se si tratta di terreni utilizzati per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata o convenzionata o destinati a essere

attribuiti per finalità di interesse pubblico in uso speciale a soggetti, oppure pari al 10% del valore venale, in tutti gli altri casi.

Peraltro, sarà solo al pagamento delle suddette somme – ovvero al loro deposito ai sensi dell’art. 20, comma 14, d.P.R. n. 327/2001 – che, sulla base di quanto disposto dal nuovo art. 42 *bis* d.P.R. n. 327/2001 – si perfezionerà il passaggio del diritto di proprietà: passaggio, questo, che è quindi posto sotto “condizione sospensiva del pagamento” delle somme dovute al privato.

La portata della norma è stata chiarita anche dalla giurisprudenza, che nei pochi mesi decorsi dall’entrata in vigore dell’art. 42 *bis* T.U., ha tentato di meglio definirne il contenuto.

Il T.A.R. Umbria, ad esempio, prendendo atto del venir meno dell’art. 43 ha fatto concreta applicazione della nuova disposizione e, in presenza di una domanda risarcitoria, ha disposto che la Pubblica Amministrazione convenuta in giudizio proponesse al privato ricorrente il pagamento di somme a titolo di risarcimento del danno da determinarsi sulla base dei criteri di cui l’art. 34, co. 3, d.l. 98/2011¹⁷⁷.

Più nello specifico è andato in giudice amministrativo siciliano, il quale ha rilevato come la nuova disposizione abbia lo scopo di evitare che l’espropriazione della proprietà privata si trasformi in un danno ingiusto a carico del cittadino, garantendo pertanto che l’ablazione del bene consegua a un formale provvedimento. Sulla base di tale argomentazione, quindi, il Collegio ha ritenuto di poter accogliere la domanda risarcitoria avanzata dal privato i cui terreni erano stati occupati senza titolo, differendone gli effetti traslativi della proprietà al

¹⁷⁷ Cfr. T.A.R. Umbria, Sez. I, n. 229/2011.

momento in cui la pubblica Amministrazione avesse emanato un provvedimento *ex art. 42 bis* T.U.¹⁷⁸.

L'ente espropriante, quindi, può o emanare un provvedimento di acquisizione sulla base della nuova disposizione introdotta nel T.U. o raggiungere un accordo con il privato, riconoscendo a quest'ultimo anche il risarcimento dovuto per la perdita della proprietà del fondo e da quantificarsi sulla base di quanto previsto dall'art. 42 *bis* del citato d.P.R. 327/2001 (se sarà emesso tale provvedimento) o secondo i criteri indicati dalla sentenza 4834 del Consiglio di Stato del 29 agosto 2011 se la proprietà all'ente passerà grazie a un accordo scritto e ferma restando in ogni caso la corresponsione degli interessi.

Da ultimo, giova evidenziare quanto recentemente statuito dal Consiglio di Stato, il quale ha offerto un'elencazione sistematica dei principi in tema di occupazioni indirette¹⁷⁹. I giudici di Palazzo Spada, dopo aver eliminato la distinzione tra occupazione appropriativa ed acquisitiva, hanno anzitutto chiarito, per un verso, che spettano alla giurisdizione del giudice ordinario le sole ipotesi in cui, fin dall'inizio, sia mancata una dichiarazione di pubblica utilità dell'opera¹⁸⁰ e,

¹⁷⁸ Cfr. T.A.R. Sicilia, Sez. III, 19 agosto 2011, n. 2102.

¹⁷⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2 novembre 2011, n. 5844.

¹⁸⁰ Così pronunciando il Consiglio di Stato ha aderito all'interpretazione della Cassazione (cfr. Cass. civ., Sez. Un., 12 gennaio 2011, n. 509), la quale aveva ritenuto che l'azione risarcitoria per occupazione usurpativa consequenziale all'annullamento di atti del procedimento espropriativo rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, dal momento che le azioni risarcitorie per vicende di occupazione appropriativa, dovute a comportamenti riconducibili all'esercizio, ancorché illegittimo, del pubblico potere, rientrano nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La stessa Corte costituzionale (cfr. C. Cost., 11 maggio 2006, n. 191) aveva precisato che la giurisdizione esclusiva sussiste su tutti i comportamenti della Pa, quando gli stessi siano esecutivi di atti amministrativi o che esprimano comunque un potere, sia pure illegittimamente esercitato, dall'Amministrazione. Sul punto, si veda altresì T.A.R. Lombardia, Sez. IV, sentenza 15 luglio 2010, n. 2993. Ivi si legge che la giurisdizione del giudice ordinario sussiste solo nel caso di occupazione usurpativa pura – che si verifica allorquando manchi del tutto una dichiarazione di pubblica utilità –, sul presupposto che il comportamento di occupazione dell'area privata non sia sorretto da alcun potere pubblicistico.

per l'altro, che l'"occupazione acquisitiva" e quella "usurpativa" sono illeciti permanenti, non soggetti pertanto ad alcun termine di prescrizione.

Il Collegio ha altresì affermato che la sentenza della Corte costituzionale 24 ottobre 2007, n. 349 (che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'articolo 5-*bis*, comma 7-*bis*, Dl n. 333 del 1992, in quanto non prevedeva un risarcimento del danno da occupazione acquisitiva pari al valore venale del bene) è retroattiva: donde la necessità che, per tutte le aree edificabili, debbano essere applicati i valori di mercato, salvo non si tratti di sentenze passate in giudicato o di provvedimenti non più impugnabili.

Analoga soluzione trova applicazione anche per le aree agricole, in relazione alle quali la Corte costituzionale con sentenza 10 giugno 2011, n. 181, aveva abrogato i Vam e sancito il criterio del valore di mercato¹⁸¹.

¹⁸¹ Con tale sentenza, infatti, la Corte costituzionale ha stabilito che la determinazione dell'indennità di espropriazione delle aree agricole deve essere effettuata sulla base del criterio del valore venale pieno di cui all'articolo 39 della l. n. 2359 del 1865, trattandosi dell'unico criterio ancora vigente rinvenibile nell'ordinamento avente efficacia generale e immediata, salvo che una norma non abbia a provvedere diversamente, e che nella specie appare idoneo a colmare il vuoto di normativa derivante dalla rimozione per incostituzionalità delle norme prima indicate. Il precedente criterio di liquidazione, infatti, sarebbe lesivo del diritto di proprietà, ponendosi in contrasto con gli articoli 6 e 1, come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Così si legge nella sentenza: *«si deve rilevare, a questo punto, che le suddette statuizioni riguardano suoli edificabili. Ciò non significa, tuttavia, che esse non siano applicabili anche ai suoli agricoli ed a quelli non suscettibili di classificazione edificatoria. Invero, l'art. 1 del primo protocollo della CEDU, nelle sue proposizioni, si riferisce con previsione chiaramente generale ai beni, senza operare distinzioni in ragione della qualitas rei. E non a caso la Corte europea ha posto in risalto proprio tale previsione generale, stabilendo che alla luce di essa (prima proposizione) vanno interpretati i disposti della seconda e della terza (...). Del resto, non è ravvisabile alcun motivo idoneo a giustificare, sotto il profilo qui in esame, un trattamento differenziato, in presenza di un evento espropriativo, tra i suoli di cui si tratta (edificabili, da un lato, agricoli o non suscettibili di classificazione edificatoria, dall'altro). Come la sentenza n. 348 del 2007 ha posto in luce, «sia la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana sia quella della Corte europea concordano nel ritenere che il punto di riferimento per determinare l'indennità di espropriazione deve essere il valore di mercato (o venale) del bene abitato». E tale punto di riferimento non può variare secondo la natura del bene, perché in tal modo verrebbe meno l'ancoraggio al dato della realtà postulato come necessario per pervenire alla determinazione di una giusta indennità. Con ciò non si vuol negare che le aree edificabili e quelle agricole o non edificabili abbiano carattere non omogeneo. Si vuole dire che, pure in presenza di tale carattere, anche per i suoli agricoli o non*

Giova peraltro evidenziare che la richiamata sentenza del Consiglio di Stato introduce anche il riferimento al danno morale, del quale dovrà tenersi conto ai fini della determinazione del risarcimento, così potendosi applicare il nuovo art. 42 *bis* del T.U. a tutte le ipotesi di esproprio illegittimo, ancorchè fuori dall'ambito di applicazione della nuova disposizione.

Nell'interpretazione data dal Collegio, infatti, il nuovo articolo 42-*bis* del T.U., reintroducendo l'istituto dell'acquisizione sanante, prevede anche che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, anche con riferimento ai fatti antecedenti (comma 8 del predetto articolo 42 *bis*): il riferimento al danno non patrimoniale, contenuto nella nuova norma (cfr. art. 42 *bis* T.U.), costituirebbe quindi sì una disposizione innovativa, ma imporrebbe altresì “la necessità di opportuna considerazione anche in sede di risarcimento del danno per illecita occupazione”.

Nonostante quindi gli indirizzi legislativi suggeriti dalla Consulta nella già richiamata sentenza n. 293/2010, con cui, oltre a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 43 T.U., aveva altresì evidenziato che il legislatore avrebbe potuto disciplinare in modo diverso la materia, anche eliminando del tutto la possibilità di acquisizioni conseguenti a mere occupazioni di fatto e garantendo comunque la restituzione del bene al privato, il legislatore ha introdotto una nuova disposizione

edificabili sussiste l'esigenza che l'indennità si ponga «in rapporto ragionevole con il valore del bene»”. Giova peraltro precisare che, seppur la sentenza faccia esplicito riferimento solo alle occupazioni indirette, non vi sono ragioni per non applicare i nuovi criteri anche nei giudizi di opposizione alla stima attivati ex d.lgs. n. 150/2011 dal privato che chiedi alla Corte d'Appello la quantificazione dell'indennità dovuta per l'espropriazione subita.

che, nella sostanza, riprende il vecchio istituto dell'occupazione sanante e rimane pertanto suscettibile, sotto diversi profili, di censure di legittimità.

La nuova norma, infatti, potrebbe prestare il fianco a possibili vizi di conformità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 42 della Carta costituzionale nella parte in cui prevede che il risarcimento per il periodo di occupazione senza titolo sia pari al 5% annuo sul valore determinato ai fini dell'acquisizione: e ciò per il semplice fatto che, così statuendo, il legislatore ha previsto un'indennità, in caso di esproprio *de facto*, inferiore rispetto a quella che viene invece prevista, nella misura pari all'8,33% per anno, per l'occupazione legittima pari all'8,33%¹⁸².

Peraltro, non può passare inosservato che tale nuova norma rappresenta un ulteriore allentamento dal diritto CEDU (art. 1 del Protocollo n. 1) e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che in più occasioni aveva precisato che l'espropriazione indiretta non può mai costituire un'alternativa ad un'espropriazione legittima.

Non solo. Il nuovo istituto rappresenta anche un allontanamento da quanto affermato anche dalla Corte costituzionale. Quest'ultima, infatti, nel pronunciarsi circa l'incostituzionalità del vecchio art. 43 T.U., aveva espressamente rammentato quanto statuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: ovvero che "l'espropriazione indiretta si pone in violazione del principio di legalità, perché non è in grado di assicurare un sufficiente grado di certezza e permette all'amministrazione di utilizzare a proprio vantaggio una situazione di fatto

¹⁸² Si vedano, sul punto, i commenti di V. OLLARI, *Espropri illegittimi*, cit.; nonché dello stesso Autore, *Il ritorno dell'occupazione acquisitiva permette di sanare ventenni di espropri*, in *Edilizia e territorio*, 2011, 31-32.

derivante da «azioni illegali», e ciò sia allorché essa costituisca conseguenza di un'interpretazione giurisprudenziale, sia allorché derivi da una legge – con espresso riferimento all'articolo 43 del T.U. (...) –, in quanto tale forma di espropriazione non può comunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione adottata secondo «buona e debita forma», ragion per cui “anche considerando la giurisprudenza di Strasburgo (...), non è affatto sicuro che la mera trasposizione in legge di un istituto, in astratto suscettibile di perpetuare le stesse negative conseguenze dell'espropriazione indiretta, sia sufficiente di per sé a risolvere il grave *vulnus* al principio di legalità”.

CAPITOLO III

CONCLUSIONI

Le paradigmatiche divergenze tra la Cassazione e il Consiglio di Stato, alle quali si è aggiunta poi la posizione della Cedu, dimostrano l'insufficiente certezza giuridica dell'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità, sia per quanto attiene alle modalità d'esecuzione che per la determinazione dell'indennizzo espropriativo.

Proprio questi due aspetti, del resto, dimostrano come l'art. 42 della Costituzione, nonostante le garanzie di tutela che esso dovrebbe rappresentare, lascia un ampio margine di manovra al legislatore, all'Autorità espropriante e ai giudici, ai quali compete il bilanciamento degli interessi con riferimento al caso concreto: ragion per cui la stessa Corte costituzionale è intervenuta sull'istituto delle espropriazioni illegittime solo in tempi molto recenti e comunque ben dopo che già la Cedu si era pronunciata sul punto.

E ciò è tanto più evidente se solo si considera che, mentre la Corte costituzionale è sempre più sensibile al diritto Cedu ed alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il legislatore italiano da questa si distacca, come nel caso dell'introduzione dell'art. 42 *bis* d.P.R. n. 327/2001.

La ragione deve anzitutto essere rinvenuta sul fatto che, per la Carta italiana a differenza di quanto avviene nel diritto comunitario, la proprietà non costituisce un diritto inviolabile della persona, ben potendo quindi essere limitata, di fatto, *ad libitum* dall'operato del legislatore al fine di garantirne la funzione sociale o come – avvenuto nel caso dell'occupazione indiretta – dalla

giurisprudenza nel tentativo di risolvere fattispecie che non rientrano in quelle previste dal legislatore.

Non solo: il meccanismo stesso del nostro sistema di giustizia costituzionale, in quanto “misto”, si basa sul monopolio della dichiarazione di incostituzionalità e quindi del potere di caducazione della disposizione nelle mani della Corte e, contemporaneamente, in un comportamento attivo della magistratura che, mediante l’interpretazione conforme a Costituzione, collabora all’attività di adeguamento della legislazione ai principi costituzionali e permette, in modo seppur mediato, un ulteriore sistema di garanzia per il cittadino.

Quest’equilibrio di poteri risulta però ben più delicato di quanto appaia nella sua formulazione teorica. Del resto, “è solo attraverso l’azione del circuito Corte-giudici-legislatore, come risultato di quest’azione congiunta che si supera l’incostituzionalità e non per mezzo dell’azione solitaria della Corte”.¹⁸³

Ma affinché questo si realizzi concretamente è necessaria una forte responsabilizzazione sul piano pratico del giudice il quale, come primo requisito, deve avere una formazione giuridica in cui l’esistenza di una Carta costituzionale acquisti piena consapevolezza sia per quanto riguarda la sua interpretazione sia il suo uso quale canone ermeneutico per l’interpretazione della legge ordinaria, essendo il giudice soggetto solo alla legge e solo a quella legge che della Carta rispetti i vincoli formali e materiali.

Deve essere, in altre parole, da un lato, pienamente capace di risolvere da sé il dubbio di costituzionalità che possa trovare soluzione mediante un’attività interpretativa perché solo questo comportamento è idoneo a “produrre giustizia”

¹⁸³ T. GROPPI, *Verso una giustizia costituzionale “mite”?* recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni, in *Politica del diritto*, 2002, 217.

e, dall'altro, consapevole che il non esserne capace, il non farlo, costituisce un'indebita omissione al proprio dovere, un danno per la parte in causa, un danno per l'intero sistema giustizia, un comportamento meritevole di essere sanzionato.

Non può peraltro non evidenziarsi come il primo utilizzatore del criterio dell'interpretazione conforme a Costituzione dovrebbe essere il potere legislativo. Il livello di democraticità di uno Stato è, infatti, proporzionale tanto al grado di autonomia dei suoi giudici¹⁸⁴, tanto al grado di chiarezza e di "certezza" delle sue leggi: ma queste non possono essere chiare se il legislatore, nel formularle, non considera come parametro vincolante la Costituzione e i principi del diritto comunitario.

Non può, infatti, passare inosservato che l'art. 227 l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. F sui lavori pubblici, e l'art. 43 del T.U. (e ora l'art. 42 *bis*), "con la loro distanza di quasi centocinquant'anni ben testimoniano che i fenomeni della occupazione permanente e della utilizzazione senza titolo di un fondo privato per la realizzazione di un'opera pubblica erano già noti al sistema legislativo del 1865 e non avevano trovato adeguata soluzione nei decenni successivi neppure con l'intervento della giurisprudenza"¹⁸⁵, con ciò dimostrando che nonostante la tutela costituzionale garantita dall'art. 42, il potere discrezionale autoritativo di cui gode

¹⁸⁴ Si contrappongono, infatti, sistemi in cui il giudice costituzionale è tale per l'oggetto del suo giudizio cioè la legge mentre il controllo sugli altri atti è competenza del giudice comune, a sistemi in cui il giudice costituzionale è tale per parametro nel senso che si pronuncia su qualsiasi atto purché sia violata la Costituzione, di modo da sottrarre per intero il controllo da poteri dei giudici comuni. La scelta tra un sistema e l'altro dipende da molti fattori tra cui la diffidenza per i giudici comuni particolarmente sentita nelle fasi di transizione verso la democrazia come dimostra l'esperienza dei paesi dell'Europa centro-orientale (così evidenzia S. BARTOLE in *Riforme costituzionali nell'europa centro orientale*, Bologna, 1993, 193 ss.)

¹⁸⁵ S. SALVAGO, (*Prima*) *declaratoria di incostituzionalità per la c.d. acquisizione coattiva sanante*, in *Giust. Civ.*, 2011, 305.

la P.A. è, al pari della *coercitio* romana, comunque preponderante rispetto alla posizione del privato.

BIBLIOGRAFIA

AMOROSO D., *L'interpretazione "adeguatrice" nella giurisprudenza costituzionale. Canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in *Foro it.*, 1998;

ANKUM H., *Afr. Dig 19,2,33: Haftung und Gefahr bei der publicatio eines verpachteten oder verkauften Grundstücks*, in *ZSS*, XCVII, 1980;

ANZON A., *Il giudice a quo e la Corte Costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente* in *Giur. Cost.*, 1988;

ANZON A., *Interpretazione "corretta" e interpretazione "conforme a Costituzione" del regime delle rogatorie internazionali*, in *Giur. Cost.*, 2002;

AUVRAY L., *De l'expropriation pour cause d'utilité publique envisagée dans son ensemble en droit romain et considérée spécialement en droit français*, Poitiers, 1867;

BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, II, Milano, 1966;

BURDESE A., *Recensione a Pennitz*, in *SDHI*, LIX, 1993;

CACCIAVILLANI C., *Le espropriazioni*, in *Diritto amministrativo*, a cura di Scoca, Torino, 2011;

CAMMEO F., *Della manifestazione della volontà dello stato nel campo del diritto amministrativo* in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Orlando, 1901;

CAPOGROSSI COLOGNESI L., *La struttura della proprietà e la formazione dei "iura praediorum" nell'età repubblicana*, Milano, 1969;

CAPURSO M., *I giudici della Repubblica*, 1977;

CENTOFANTI N., *L'espropriazione per pubblica utilità*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di Cendon, Milano, 2009;

CERBO P., *Profili di costituzionalità della cd. acquisizione sanante*, in *Urb. e appalti*, 2009;

COSTA E., *La locazione di cose nel diritto romano*, Torino, 1915;

COSTA E., *Storia del diritto romano privato*, Torino, 1925;

DE FRANCISCI P., *Storia del diritto romano*, Milano, 1943;

DE ROBERTIS F. M., *La espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano*, Roma, 1972;

DE ROBERTIS F. M., *Sulla giurisdizione criminale esercitata dal prefectus urbi*, in *La Corte di Assise*, 1935;

DE RUGGIERO E., *Lo Stato e le opere pubbliche in Roma antica*, Torino, 1925;

DELFINO F., *Dichiarazione di pubblica utilità e giurisdizione ordinaria*, in *Riv. giur. ed.*, Milano, 1965, 1, 1273 ss.;

DURET P., *La cessione volontaria*, in *Il testo unico in materia di espropriazioni. Commento sistematico al d.P.R. n. 327/2001 come modificato dal d.lgs. n. 302/2002*, a cura di Sciullo, Torino, 2004;

FERNANDEZ DE BUJAN A., *Derecho publico romano*, Madrid, 1999;

FERRINI C. in *Enciclopedia giuridica italiana*, voce *Municipes*;

FERRINI C., *Diritto penale romano*, Milano, 1899;

FERRINI C., *Manuale di Pandette*, Milano, 1908;

FORCELLINI E., *Lexicon totius latinitatis*, v. *Publicatio*.

GARBOULEAU P., *Du domain public en droit romani et en droit francais avec une dissertation sur l'expropriation pour cause d'utilitè publique en droit romani*, Parigi, 1859;

GROPPI T., *Verso una giustizia costituzionale "mite"? recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Politica del diritto*, 2002;

GROTTANELLI DE' SANTI G., *Manifesta infondatezza e interpretazione adeguatrice*, in *Giur. Cost.*, 1963;

GUZZAROTTI A., *Espropriazioni illegittime e tutela multilivello della propriet : prospettive costituzionali*, in *Studium iuris*, 2011;

GUZZAROTTI A., *Interpretazione conforme alla Cdu e proporzionalit  e adeguatezza: il diritto di propriet *, in *Quaderni del Gruppo di Pisa*, 2009;

HOMO L., *Les institutions politiques romaines: de la cit    l'Etat*, Parigi, 1927.

LAGO P., "Publicatio" y "periculum rei venditae" contribución a la esegesi de D. 19.33, in *Revista de Estudios Historicos-juridicos*, XXIX, Valparaíso, 2007;

LANDI G., *Espropriazioni per pubblica utilità (Principi generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, 1966, 806 ss;

LOZANO CORB  E., *Existió en la epoca republicana el derecho a la expropiación forzosa por causa de utilidad publica?* In *Revista de Estudios Historicos-Juridicos, Sección Derecho Romano*, XVII, Valparaíso, 1995;

LOZANO CORB  E., *La expropiación, forzosa, por causa de utilidad publica y en interes del bien comun en el derecho romano*, Zaragoza, 1994;

LUSIGNANI L., *Le limitazioni della propriet  in diritto romano*, Lenght, 1898;

MACCARI L., *La nuova disciplina dell'acquisizione sanante*, in *Urbanistica e appalti*, Torino, 2011;

- MALFATTI E. – PANIZZA S. – ROMBOLI R., *Giustizia Costituzionale*, Torino, 2003;
- MARUOTTI L., in AA.VV., *L'espropriazione per pubblica utilità: commento al T.U. emanato con il D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, come modificato dal D.L.vo n. 302/2002*, II ed., Milano, 2003;
- MAYER-MALI TH., *Locatio Conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956;
- MEYER G., *De iure expropriationis in imperio domano, Dissertatio inauguralis*, Marburg, 1857;
- MITTEIS L., *Ueber den Ausdruck 'Potentiores' in den Digesten*, en *Melanges Paul Frederic Girard. Etudes de droit romain, dediees a M.P.F. Girarda l'occasion du 60e anniversaire de sa naissance*, Parigi, 1912;
- MORBIDELLI G., voce *Dichiarazione di pubblica utilità*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino, 1990, 54 ss.;
- NICOLINI U., *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Enc. Dir.*, XV, 1966;
- OLLARI R., *Risarcimento del danno, conta anche quello morale. Ammessi solo valori di mercato*, in *Edilizia e Territorio*, 2011, n. 44;
- OLLARI V., *Espropri illegittimi da Palazzo Spada le istruzioni su come quantificare il danno*, in *Edilizia e Territorio*, 2011, n. 36;
- ONIDA V., *Il giudice costituzionale e i conflitti tra legislatori locali e centrali – Relazione tenuta al Convegno annuale dell'Associazione dei Costituzionalisti*, Roma, 2006;
- PACCHIONI G., *Corso di diritto romano*, Torino, 1920;

PACE A., *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici "comuni"* in AA.VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Padova, 1990;

PADELLETTI G., in *Archivio Giuridico*, 13, 1874;

PAIS E., *Ricerche sulla storia e sul diritto pubblico in Roma*, Roma, 1915;

PALAZZOLO N., *Evizione della cosa locata e responsabilita del locatore*, en *BIDR*, LXVIII, 1975;

PENNITZ M., *Der Enteignungsfall im römischen Recht*, Wien-Köln-Weimar, 1991;

PERINI M., *L'interpretazione della legge alle luce della Costituzione fra Corte Costituzionale ed autorità giudiziaria*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, 2002;

PICCINELLI F., *Della espropriazione per causa di pubblica utilità considerata nel diritto romano*, Firenze, 1882;

PROFUMO A., *Le fonti e i tempi dell'incendio neroniano*, Roma, 1905;

RANDAZZO B., *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana* a cura di Zanon, Napoli, 2006;

RANELLETTI O., *Le Guarentigie della giustizia della pubblica amministrazione*, Milano, 1934;

RODRIGUEZ LOPEZ R., *Las obligaciones indemnizatorias en el derecho público romano*, Almeria, 1996;

SALVAGO S., *(Prima) declaratoria di incostituzionalità per la c.d. acquisizione coattiva sanante*, in *Giust. Civ.*, 2011;

SANTALUCIA B., *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2010;

SCHULZ F., *Principles of Roman law*, Oxford, 1936;

SCIALOJA V., *Lezioni sulla proprietà*, Roma, 1928;

SCIALOJA V., *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Roma, 1933;

SCIULLO G., *I profili introduttivi*, in *Il testo unico in materia di espropriazione. Commento sistematico al d.p.r. n. 327/2001 come modificato dal d.lgs. n. 302/2002*, a cura di G. Sciullo, Torino, 2004, 4.

SERAFINI F., *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1921;

SORACE D., *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1998, 196.

STICCHI DAMIANI E., *La dichiarazione di pubblica utilità*, Milano, 1983;

TOMASSETTI D., *La sentenza della Corte costituzionale n. 293/2010: conseguenze della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma sulla cd. acquisizione sanante*, in *Gazzetta amministrativa*, 2011, 76;

VIGNALE M., *Espropriazione per pubblica utilità e occupazione illegittima*, 4^a ed., Napoli, 1998; ARDIZZONE U., voce *Dichiarazione di pubblica utilità*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1966, 391 ss.;

VOCI P., “*Diligentia*”, “*Custodia*”, “*Culpa*”, en *SDHI*, LVI, 1990;

ZAGREBELSKY G., *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1970.