

L'espropriazione in Europa: esperienze di alcuni Paesi a confronto¹.

Maria Laura Maddalena

Sommario: 1. *Premessa*. 1.1. *Perché un esame di diritto comparato della materia espropriativa*. 1.2. *Come è nata l'idea di questa ricerca*. 1.3. *Panoramica degli elementi comuni e differenziali riscontrati tra i vari Paesi esaminati*. 2.1. *La disciplina dell'espropriazione in Francia: il procedimento di espropriazione*. 2.2. *Il controllo del giudice amministrativo sulla dichiarazione di pubblica utilità*. 2.3. *Il riparto di giurisdizione tra "voies de fait" e "emprise irrégulière"*. 2.4. *Il superamento del principio di intangibilità dell'opera pubblica e i limiti alla restituzione del bene illegittimamente espropriato*. 3.1. *L'espropriazione in Spagna: la procedura di esproprio*. 3.2. *Conseguenze del ritardo nella procedura di esproprio*. 3.3. *La tutela giudiziaria e il caso di "via de echo"*. 4. *L'espropriazione per pubblica utilità nel diritto inglese ("Compulsory purchase of land")*. 5. *L'espropriazione per pubblica utilità in Germania*. 6. *Conclusioni*.

1. Premessa

1.1. Perché un esame di diritto comparato della materia espropriativa.

Un esame di diritto comparato in materia di espropriazione di pubblica utilità, nonostante si tratti di un tema poco studiato in Italia, è tuttavia, ad avviso di chi scrive, di particolare interesse per una molteplicità di ragioni.

In primo luogo, occorre considerare che tutti i Paesi europei sono chiamati a confrontarsi con l'art.1 del Protocollo n. 1 della Convenzione dei diritti dell'uomo e con la giurisprudenza della Corte EDU sul tema. E' pertanto sicuramente utile comprendere quali risposte i vari ordinamenti europei abbiano dato su questi temi.

Inoltre, non va dimenticato che la Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea all'art. 17 prevede che nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa.

La rilevanza di tale previsione, tuttavia, è piuttosto marginale, in concreto.

Infatti, l'art. 51 della Carta prevede che essa si applica agli Stati membri solo se ed in quanto essi agiscano "nell'attuazione del diritto dell'Unione" e l'espropriazione per pubblica utilità non è di per sé materia coperta dal diritto UE² ma disciplinata dal diritto interno degli Stati membri. Né, a mente del secondo comma dell'art. 51, la Carta introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'UE, modificando le competenze e i compiti definiti dai Trattati.

Pertanto, come ha affermato la Cassazione, "la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla luce della clausola di equivalenza sancita dall'art. 52, par. 3, non ha determinato una "trattatizzazione" indiretta e piena della Cedu, la quale è predicabile solo per le ipotesi nelle quali la fattispecie sia disciplinata dal diritto europeo e non già da norme nazionali prive di alcun legame con il diritto dell'Unione europea³.

¹ Relazione tenuta al Corso dal titolo: *Le procedure espropriative, a venti anni dall'entrata in vigore del D.P.R. n. 327 del 2001*, tenutosi presso il Consiglio di Stato il 16 e 17 marzo 2023.

Il presente scritto aggiorna, modifica e approfondisce un precedente scritto dell'autrice, Maria Laura Maddalena, *L'espropriazione per pubblica utilità in Europa, alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: esperienze nazionali a confronto*, apparso su www.lexitalia.it

² Sul punto la giurisprudenza della Corte è stata sempre chiara nell'affermare che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'Unione vale per gli Stati membri soltanto quando essi agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione (sentenza del 13 luglio 1989, Wachauf, causa 5/88, Racc. 1989, pag. 2609; sentenza del 18 giugno 1991, ERT, Racc. 1991, pag. 1-2925; sentenza del 18 dicembre 1997, Annibaldi, causa C-309/96, Racc. 1997, pag. I-7493) e non in materia non coperte dal diritto UE.

³ Ne consegue che è stato affermato dalla Cassazione che non è ravvisabile alcuna "disciplina" da parte delle norme dell'U.E. nella generica previsione, contenuta nell'art. 17 par. 1 della Carta, del diritto alla percezione di una "giusta indennità" da parte del soggetto privato della proprietà per "causa di pubblico interesse", trattandosi di disposizione che non è espressiva del regolamento di una "materia" di interesse comunitario ed è priva di attitudine regolatrice di situazioni indeterminate in quanto non inclusiva di alcun criterio o parametro determinativo."

Nonostante ciò, è evidente che la presenza di una tale previsione in una fonte così qualificata del diritto dell'Unione non possa non svolgere un ruolo, quanto meno sotto il profilo dell'interpretazione, nella giurisprudenza degli Stati membri, anche quando si controverta di fattispecie regolate solo dal diritto interno, come nel caso della espropriazione finalizzata alla realizzazione di opere pubbliche. Infatti, anche la giurisprudenza della Corte di giustizia UE, quando ha trattato della tutela della proprietà in ambito UE si è sempre ispirata ai Principi costituzionali degli Stati membri.

Infine, una terza ragione, che tuttavia caratterizza tutte le indagini di diritto comparato, si fonda sulla generale constatazione che lo studio delle discipline degli altri Paesi consente spesso all'interprete di meglio comprendere, tramite le differenze e similitudini riscontrate, il proprio ordinamento, come se lo si guardasse da fuori, liberandosi dai condizionamenti della propria tradizione giuridica, anche al fine di prospettare eventuali soluzioni alternative maggiormente efficaci alla prova dei fatti. Peraltro, talvolta – come vedremo – si scopre che gli altri ordinamenti hanno seguito lo stesso percorso argomentativo, pur nell'ambito di diversi riferimenti normativi.

1.2. Come è nata l'idea di questa ricerca.

In questo quadro, la presente ricerca ha preso le mosse da due semplici domande: 1) la CEDU ha riscontrato anche in altri Stati europei, come avvenuto in Italia, casi di violazione dell'art. 1 del protocollo n. 1 per la realizzazione di espropriazioni indirette o di fatto? 2) come si comportano gli altri ordinamenti nel caso in cui vuoi per l'annullamento o per la sopravvenuta inefficacia di un atto della procedura, l'esproprio finisca per essere privato della sua base legale? Viene disposta in questi casi la restituzione del bene al privato o si cercano soluzioni alternative al fine comunque di preservare l'interesse pubblico sotteso al mantenimento in mano pubblica dell'opera ancorché illegittimamente realizzata?

In relazione al primo quesito, una semplice disamina delle pronunce CEDU mostra che, a parte alcune risalenti pronunce riguardanti la Grecia (sent. del 24.6.1993, Papamichalopoulos e altri c. Grecia) e alcuni casi recenti riguardanti la Turchia (Sarica et Dlaver c. Turchia, 27.10.2010), Romania (caso Vergiu c. Romania, 11.1.2011) il Portogallo (Rolim Comercial s.a. c. Portugal, X sez. 16.4.2013, riguardante appunto un caso di espropriazione di fatto in cui la corte suprema portoghese non aveva ritenuto di poter disporre la restituzione del bene nello stato iniziale poiché la privazione della proprietà perseguiva comunque un obiettivo sociale) in cui la Corte ha ravvisato la violazione del principio di legalità di cui all'art. 1 del protocollo n.1, i casi concernenti l'Italia, se si guarda al recente passato, appaiono sicuramente i più numerosi. Per meglio comprendere le ragioni di questo fenomeno, si è ritenuto di confrontare le procedure di esproprio nei vari Paesi europei, circoscrivendo però questa indagine a Francia, Spagna, Regno Unito e Germania).

Per cercare di dare una risposta al secondo quesito, la ricerca si è concentrata in particolare l'attenzione sui casi in cui, nei Paesi esaminati, si riscontra l'assenza o il venir meno della "base legale" per procedere ad una legittima espropriazione. Si tratta delle ipotesi della c.d. espropriazione indiretta, dove l'amministrazione agisce in via di fatto (*voit de fait o via del echo*) ovvero *ultra vires*. Si esamineranno quindi le soluzioni adottate dai vari Paesi europei esaminati in tale ipotesi.

La ricerca è stata effettuata in primo luogo sui testi normativi e giurisprudenziali, in alcuni casi tradotti, e su alcuni studi di diritto di autori stranieri, elencati nella bibliografia.

1.3. Panoramica degli elementi comuni e differenziali riscontrati tra i vari Paesi esaminati.

Si può fin d'ora anticipare che in quasi tutti i Paesi si rinvencono alcuni aspetti simili e altri invece profondamente diversi rispetto alla nostra disciplina dell'espropriazione, che probabilmente possono essere utili al fine di spiegare il minor contenzioso per violazione dell'art. 1 del protocollo 1 della Convenzione rispetto alla situazione italiana:

1) in molti casi, il procedimento si articola in una struttura bifasica: una prima parte relativa alla dichiarazione di pubblico interesse per la realizzazione dell'opera pubblica e una seconda fase concernente il trasferimento della proprietà e la corresponsione dell'indennizzo. Inoltre spesso (ad esempio in Germania e in Spagna) vi è un esplicito raccordo normativo, ben presente anche nel nostro TU dell'espropriazione, con la previa pianificazione urbanistica.

Va invece rilevato che non ho rinvenuto nella mia ricerca profili relativi al tema dei vincoli preordinati all'esproprio e alla loro indennizzabilità.

2) Un aspetto di profonda differenza che si riscontra è che spesso si ha il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria già nella fase del trasferimento della proprietà per la determinazione dell'indennizzo e addirittura in alcuni casi per l'adozione del provvedimento di esproprio (come avviene in Francia e in UK) e non solo in funzione di controllo successivo dell'attività amministrativa già esercitata, il che garantisce la corresponsione del pieno ristoro del proprietario espropriato.

3) L'indennizzo è generalmente calcolato in tutti i Paesi esaminati in base al valore di mercato del bene, principio che sicuramente stempera molto l'interesse sotteso alla declaratoria della illegalità dell'esproprio, che invece nel nostro ordinamento, fino a poco tempo fa, costituiva l'unico modo per ottenere un risarcimento pieno.

4) Addirittura in Germania, il valore dell'indennità di esproprio viene maggiorata rispetto al valore di mercato del bene per compensare la circostanza che il trasferimento del bene è avvenuto con una procedura espropriativa. Inoltre, in Francia e in Spagna è prevista la corresponsione di un ristoro monetario aggiuntivo nel caso in cui si siano verificate espropriazioni prive di base legale.

5) Spesso si registra il coinvolgimento degli interessati nella fase preventiva della procedura espropriativa, mediante strumenti di inchiesta pubblica o dibattito pubblico (Francia, Gran Bretagna, Germania), spesso con un contraddittorio non meramente scritto, come avviene in Italia, ma anche in forma di incontro pubblico, il che probabilmente facilita la risoluzione anticipata di possibili controversie.

6) Si prevede come regola il pagamento dell'indennizzo debba avvenire prima che l'amministrazione entri in possesso del bene, anche se poi ad esempio in Spagna e Francia, come in Italia ed anche in Germania, è possibile per l'amministrazione entrare in possesso del bene in via d'urgenza, salvo deposito di quanto offerto in pagamento.

7) È frequente il ricorso a commissione di tecnici ed esperti per determinare il valore del bene da espropriare (in Spagna, Regno Unito e Germania);

8) sono efficacemente favorite (soprattutto in Germania e nel Regno Unito) forme di negoziazione con i proprietari da espropriare per giungere ad un negozio traslativo della proprietà del bene, con conseguente deflazione del contenzioso.

9) Un aspetto comune al nostro ordinamento e che caratterizza, dal punto di vista processuale, quasi tutti i Paesi esaminati (con l'eccezione della Spagna) è che il sindacato sugli atti della procedura espropriativa appartiene al giudice amministrativo ove esistente (o al giudice specializzato per la pubblica amministrazione come in Inghilterra e Galles come l'High Court), mentre le questioni sulla determinazione dell'indennizzo sono di spettanza del giudice ordinario (Lands Tribunals, in UK e giudice ordinario in Francia e Germania).

10) Altro aspetto comune quanto meno all'ordinamento francese e inglese (oltre che italiano) sempre dal punto di vista processuale è che laddove si rinvenga l'esercizio da parte della amministrazione di una attività materiale di impossessamento del bene privato, che non risulti collegata in alcun modo con l'esercizio del potere (*voit de fait, ultra vires*, ecc.) il giudice ritenuto competente è quello ordinario. Viceversa in tutti i casi in cui sussista un collegamento con l'esercizio del potere (anche solo con riferimento all'intervenuto annullamento di atti della procedura espropriativa) il giudice resta quello amministrativo.

Cercherò dunque di illustrare per ciascuno di questi Paesi i tratti salienti della procedura di espropriazione, mettendo in risalto, ove possibile, le più rilevanti pronunce delle CEDU intervenute in materia nei confronti dei vari Paesi.

2.1. La disciplina dell'espropriazione in Francia: il procedimento di espropriazione.

L'espropriazione per causa di pubblica utilità in Francia è disciplinata dal "*Code de l'expropriation pour cause de utilité publique*", composto, come il nostro testo unico sull'espropriazione, da una prima parte composta da norme di rango legislativo e da una seconda parte da norme regolamentari, che si occupano dei profili di dettaglio. Tali norme regolamentari però nell'ordinamento francese sono emanate dal *Conseil d'Etat*.

Il principio previsto dal codice civile francese (articolo 545), che risale alla dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789, è che: "*nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité*". "Nessuno può essere costretto a cedere la sua proprietà se non per una causa di utilità pubblica e per mezzo di una giusta e preventiva indennità"

Va subito detto che le condanne nei confronti della Francia per mancato rispetto della Convenzione EDU sono poche⁴ e non risulta che la Francia sia stata invitata a modificare la disciplina della espropriazione per conformarsi ai principi del diritto europeo o convenzionale.

La procedura espropriativa, sin dal 1810, è distinta in due fasi: una amministrativa, durante la quale viene dichiarata la pubblica utilità dell'opera e la trasferibilità dei beni, l'altra giudiziale che dà luogo, in assenza di accordo bonario, al trasferimento della proprietà e all'indennizzo dei proprietari. Il modello napoleonico bifasico, pure con varie modifiche, si è mantenuto attraverso i secoli.

Il *Code de l'expropriation* prevede, come primo atto della procedura, la dichiarazione di pubblica utilità, che deve essere adottata all'esito di una previa "*enquête public*", vale a dire di una inchiesta pubblica, effettuata da un commissario o da una commissione di inchiesta, nella quale si perviene, nel contraddittorio con i proprietari, alla dichiarazione di pubblica utilità dell'opera.

Vi sono due tipologie di inchiesta pubblica, quella di diritto comune, relativa alla realizzazione di opere non suscettibili di incidere sull'ambiente, della durata di minimo 15 giorni, e quella finalizzata alla realizzazione di opere che per la loro natura, localizzazione o dimensione sono suscettibili di avere un impatto negativo sull'ambiente o sulla salute umana, della durata di almeno un mese. In questo secondo caso, il progetto dell'opera deve essere accompagnato da uno studio di impatto ambientale.

I risultati dell'inchiesta pubblica sono comunicati a tutti i soggetti interessati.

La dichiarazione di pubblica utilità, adottata all'esito dell'"*enquête publique*", deve contenere e motivi e le giustificazioni che del carattere di utilità pubblica dell'opera e può essere impugnata dinanzi al giudice amministrativo nel termine di due mesi dalla sua pubblicazione.

Essa deve pervenire entro un anno dalla chiusura dell'inchiesta pubblica.

La validità della dichiarazione di pubblica utilità non può eccedere i 5 anni oltre i quali (in mancanza di proroga, se il trasferimento non ha avuto luogo si deve procedere con una nuova dichiarazione di pubblica utilità.

Il provvedimento è adottato di norma dal Prefetto o dal Ministro, tuttavia va sottolineato che un decreto del *Conseil d'Etat* individua le categorie di lavori e di opere che devono essere dichiarate di interesse pubblico dallo stesso *Conseil d'Etat*. (si tratta di autostrade, aeroporti, canali di navigazione, creazione o prolungamento

⁴ Simon Gilbert, *Expropriation et Convention européenne des droits de l'homme*, p. 73-86 , 2016. <https://doi.org/10.4000/crdf.591>

di linee ferroviarie nazionali di lunghezza superiore a 20 km, centrali elettriche, ecc. ovvero di tutte le opere di maggiore rilevanza).

Accanto all'inchiesta pubblica vi è l'"*enquête parcellaire*" volta alla determinazione esatta delle particelle da espropriare.

Questa fase serve ai proprietari per sapere esattamente che essi rischiano di essere assoggettati alla procedura espropriativa e serve inoltre a raccogliere tutte le informazioni utili su eventuali inesattezze catastali al fine di identificare con certezza gli attuali proprietari.

L'inchiesta particellare si conclude con il decreto prefettoriale di espropriabilità, che può essere impugnato dinanzi al giudice amministrativo entro due mesi da ciascun proprietario.

La seconda fase della procedura concerne il trasferimento di proprietà, che può avvenire o su accordo delle parti o in via autoritativa, mediante un'ordinanza pronunciata non dall'amministrazione ma dal giudice dell'espropriazione, designato nell'ambito dei magistrati appartenenti al *Tribunal de grande instance*, il quale appartiene all'ordine giudiziario e non è un giudice amministrativo.

Un aspetto interessante è che l'ordinanza di espropriazione determina il trasferimento della proprietà ma, secondo quanto affermato dal *Conseil constitutionnel* sin dalla decisione del 25 luglio 1989 e recepito dal codice dell'espropriazione, l'immissione in possesso da parte dell'amministrazione è subordinata al fatto che l'indennizzo di esproprio sia stato pagato.⁵

In casi di urgenza (art. 15.9 del *Code de l'expropriation*), tuttavia, il giudice può fissare l'indennizzo o un ammontare provvisorio di esso e disporre immediatamente l'immissione in possesso, in cambio del pagamento dell'indennizzo⁶.

L'ordinanza di trasferimento della proprietà, essendo un provvedimento di natura giurisdizionale, può essere impugnata solo per ricorso per Cassazione per i vizi di incompetenza, eccesso di potere e vizio di forma.

In assenza di accordo tra le parti, il giudice dell'espropriazione determina anche l'indennizzo dovuto. Questa determinazione può essere impugnata dinanzi alla Corte d'appello, la cui decisione è suscettibile ancora di ricorso per Cassazione.

L'indennizzo, come afferma costantemente il *Conseil constitutionnel*, deve coprire interamente il pregiudizio diretto, materiale e certo causato dall'espropriazione. Vanno inoltre riscalate le spese accessorie (spese per l'acquisto di un bene analogo, spese per lo spostamento dell'impresa in un altro sito, ecc.).

Il pregiudizio morale, invece, non è indennizzabile (così il *Conseil constitutionnel*, sent. del 21.1.2011). Su tale limitazione tuttavia si è espressa negativamente la Corte europea dei diritti dell'uomo. (CEDU, 11 aprile 2002, Ricc. 46044/99, prec.)

Per la determinazione del valore degli immobili il giudice può anche nominare un esperto. Dovrà essere preso in esame sia la consistenza del bene che l'uso effettivo al quale esso adibito. Per la determinazione del valore deve farsi riferimento alla data dell'ordinanza che trasferisce la proprietà.

Nella procedura di determinazione dell'indennizzo, è prevista l'audizione delle parti e del direttore dei servizi fiscali, che svolge le funzioni di Commissario del Governo dinanzi al giudice dell'espropriazione. Egli garantisce gli interessi economici dello Stato e degli enti pubblici e può fare appello.

Nel caso *Yvon contro Francia*, deciso dalla CEDU con sentenza del 24.04-2003, si è posta la questione di compatibilità di questa figura con l'art. 6 della Convenzione. La Corte ha ritenuto che la presenza del funzionario pubblico del procedimento giurisdizionale, dotato di particolari competenze e di informazioni

⁵ In caso di appello della decisione del giudice sull'entità dell'indennizzo, è consentita la presa di possesso dell'immobile previo pagamento di quanto offerto in pagamento e di quanto determinato dal giudice.

⁶ Il *Conseil Constitutionnel* 15 luglio 1989 ha ritenuto conforme a costituzione tale disciplina.

maggiori, a fianco dell'amministrazione espropriante, costituisse una lesione del principio di parità delle parti, attribuendogli una posizione dominante, idonea ad influire sulla decisione del giudice, e ha quindi ravvisato una violazione dell'art. 6 della Convenzione⁷.

L'articolo L. 13-17 del codice di espropriazione prevede che l'importo dell'indennità principale, fissato dal giudice dell'espropriazione, "*non può superare la stima effettuata dal servizio dei beni o quella risultante dal parere emesso dalla commissione di operazioni immobiliari, se un trasferimento gratuito o a pagamento, meno di cinque anni prima della data della decisione sul trasferimento di proprietà, ha dato luogo a un accertamento amministrativo reso definitivo ai sensi della normativa tributaria o a una dichiarazione di importo inferiore a tale stima*". L'obiettivo perseguito da tali disposizioni è quello di dissuadere i proprietari che hanno sottovalutato il loro patrimonio nell'ambito delle loro dichiarazioni fiscali o negli atti di trasferimento, a sopravvalutarli in un secondo momento nel caso in cui siano oggetto di una procedura di espropriazione. In una decisione del 20 aprile 2012, il Consiglio costituzionale ha ritenuto tali disposizioni conformi a Costituzione, in quanto il legislatore persegue il fine di evitare frodi fiscali. In ogni caso però il giudice dell'espropriazione dovrà tener conto dell'andamento del mercato, cosicché permane in capo ad esso un margine di apprezzamento discrezionale.

Solo dopo un mese dal pagamento dell'indennizzo o la consegna in deposito di detta somma, in caso di rifiuto di ricevere il pagamento, il giudice dispone l'immissione in possesso del bene. Entro un mese gli occupanti sono tenuti a lasciare libero l'immobile, altrimenti il giudice dell'espropriazione può disporre la loro espulsione.

Se dopo 5 anni, gli immobili espropriati non sono stati adibiti allo scopo previsto o hanno cessato di essere usati per questi fini, i precedenti proprietari possono chiedere la retrocessione, nel termine di 30 anni.

I tratti salienti della procedura di esproprio in Francia sono dunque in primo luogo il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria (il giudice dell'espropriazione) nella fase di determinazione dell'indennizzo e nell'adozione dell'ordinanza di trasferimento del bene, nonché per l'immissione in possesso.

Vi è dunque un presidio giudiziario a tutela del diritto di proprietà mentre secondo la nostra Costituzione l'intervento obbligatorio del giudice in via preventiva è solo previsto in caso di lesione delle libertà fondamentali.

Va tuttavia rilevato che il giudice in questa fase non pronuncia previo contraddittorio ma solo verificando la sussistenza della dichiarazione di pubblica utilità e dell'ordinanza di trasferibilità dei beni e di tutti i presupposti di legge.

Nella sua decisione del 12 maggio 2012, il Consiglio costituzionale ha tuttavia ritenuto che le disposizioni in esame non pregiudichino le esigenze di un giusto ed equo procedimento derivanti dall'articolo 16 della Dichiarazione del 1789, anche se la procedura di trasferimento della proprietà non è contraddittoria, il Consiglio ha rilevato che il giudice si limita esclusivamente a verificare che il fascicolo trasmessogli dall'autorità espropriatrice sia costituito secondo le prescrizioni del codice degli espropri. Esistono, inoltre, altri rimedi, contro la dichiarazione di pubblica utilità e il decreto di trasferibilità e contro lo stesso provvedimento di esproprio che possono essere impugnati mediante ricorso in Cassazione⁸.

⁷ Cfr. Pierre Tifine, *Le droit de l'expropriation à l'épreuve de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité*, 2014 <https://www.lexbase.fr/article-juridique/20362349-doctrine-le-droit-de-l-expropriation-a-l-epreuve-de-la-procedure-de-question-prioritaire-de-constit>

⁸ Pierre Tifine, *Le droit de l'expropriation à l'épreuve de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité*, 2014 <https://www.lexbase.fr/article-juridique/20362349-doctrine-le-droit-de-l-expropriation-a-l-epreuve-de-la-procedure-de-question-prioritaire-de-constit>

Altro profilo rilevante è che il pagamento dell'indennizzo deve sempre precedere l'immissione in possesso del bene da parte dell'amministrazione o l'acquisto della proprietà.

Infine, un aspetto di enorme interesse è il ruolo centrale svolto dal *Conseil d'Etat* nella fase di adozione della dichiarazione di pubblica utilità per le opere di maggiore impatto e comunque il forte sindacato da parte del giudice amministrativo su tale atto, quando esso viene adottato dal Ministro o dal prefetto.

2.2. Il controllo del giudice amministrativo sulla dichiarazione di pubblica utilità (segue).

Il giudice amministrativo francese esercita un controllo approfondito sulla legittimità della dichiarazione di pubblica utilità, in quanto deve verificare:

- che l'operazione risponda ad una finalità di interesse generale;
- che l'espropriazione costituisca l'unico modo per realizzare l'operazione, non essendoci altre possibilità alternative (clausola di sussidiarietà);
- che gli inconvenienti di ordine sociale, i costi economici e le lesioni della proprietà privata non siano eccessivi rispetto all'interesse generale che l'operazione soddisfa (bilanciamento) (*arret Commune de Lavallois –Perret*, CE19 ottobre 2012).

La teoria del bilanciamento degli interessi è stata elaborata dal CE nel 1971 (*arret Ville Novel Est*, 28 maggio 1971). Si tratta di un controllo sulla discrezionalità amministrativa avente un'incidenza massima, consentendo al giudice di sostituire il suo apprezzamento a quello dell'amministrazione. Nella pratica, tuttavia, quasi mai il giudice ritiene che gli inconvenienti per la proprietà privata siano eccessivi rispetto ai vantaggi pubblici, a parte i casi di sproporzione manifesta.

Si rinvencono invece casi in cui è stata ritenuta affetta da *detournement de povuoir* una dichiarazione di pubblica utilità la cui finalità principale sia stata unicamente di favorire l'interesse privato (ad es. facilitare l'accesso ad una proprietà privata, la creazione di un centro ippico privato, ecc.).

2.3. Il riparto di giurisdizione tra “*voies de fait*” e “*emprise irrégulière*”.

Come si è visto, la procedura di esproprio vede il giudice amministrativo come giudice della dichiarazione di pubblica utilità mentre il giudice dell'espropriazione, che appartiene all'ordine giudiziario ordinario, è competente sulla determinazione dell'indennizzo e pronuncia l'ordinanza di trasferimento della proprietà. Il giudice ordinario ha tuttavia anche giurisdizione in caso di *voie de fait* (via di fatto) che viene definito come un attentato ad una libertà fondamentale o al diritto di proprietà quando l'atto o il comportamento dell'amministrazione sia manifestamente insuscettibile di essere ricollegato ad un suo potere. (Il verbo usato è “*rattacher*” che vuol dire letteralmente riattaccare.)

L'ipotesi più semplice è quella in cui l'amministrazione decida di impossessarsi di un terreno senza giustificazione di un titolo e senza utilizzare le vie legali dell'espropriazione (*Cour de Cassation*, 30 novembre 1994, *arret San Ferréol –d'Aurore*).

In realtà, tuttavia, le ipotesi in cui è stata riconosciuta una di *voies de fait* (e dunque la giurisdizione ordinaria) sono molto rare.

Infatti, la giurisprudenza della *Cour de Cassation* e del *Conseil d'Etat* ha elaborato la figura della “*emprise irrégulière*”, la quale riguarda solo le lesioni della proprietà privata immobiliare e si rinviene nei casi in cui l'impossessamento di un terreno privato da parte di un'amministrazione pubblica sia avvenuto sì in modo irregolare, ma è tuttavia possibile rinvenire un collegamento con l'esercizio del potere.

In questi casi, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo.

La prima distinzione tra *voies de fait* e *emprise irrégulière* si trova in un *arret* della *Cour de Cassation* del 1996 (*SCI Azul residence*, 7 maggio 1996). Il caso riguardava la presa di possesso di un terreno espropriato in virtù di un'ordinanza di esproprio che poi era stata cassata. La Corte ha rilevato che sebbene in via di principio

l'annullamento dell'ordinanza abbia effetto retroattivo e che, pertanto, l'apprensione del bene avrebbe dovuto essere considerato come *voit de fait*, tuttavia un'analisi più pragmatica deve indurre a considerare che al momento della presa di possesso del bene, l'impossessamento risultava in effetti autorizzato, il che ha come conseguenza che questa attività si ricollegava all'esercizio di un potere dell'amministrazione.

Di contro, la *Cour de Cassation* ha ritenuto che vi fosse *voit de fait* in un caso di costruzione di un canale sulla proprietà privata realizzata senza titolo, sulla base di reiterate autorizzazioni di occupazione temporanea, finalizzate solo a consentire il deposito dei materiali di scavo e a permettere la circolazione dei macchinari (Demaine immobilizer de la Muette, 5 maggio 2010)

Il *Tribunal des conflicts*, in una storica pronuncia del 6 maggio 2002 (arrêt Binet), ha affermato in particolare che la competenza del giudice ordinario per *voit de fait* si rinviene in assenza di alcun collegamento con l'esercizio del potere e quando nessuna procedura di regolarizzazione sia stata avviata. In tutti gli altri casi non si ha la *voit de fait* ma una "*emprise irrégulière*".

Un'interpretazione ulteriormente restrittiva della *voit de fait* è stata prospettata sempre dal *Tribunal des conflicts* nella sentenza del 17 giugno 2013 (arrêt Bergoend) che ha stabilito che essa si può ravvisare solo quando oltre alla mancanza di collegamento con l'esercizio del potere e della procedura di regolarizzazione, vi è anche l'estinzione del diritto di proprietà. L'uso della parola estinzione è significativa e va a sostituire la precedente espressione più ampia di "privazione".

Nel caso di specie, il Tribunale ha affermato che l'installazione, anche senza titolo, di un'opera pubblica sul suolo di un privato non costituisce un atto manifestamente insuscettibile di essere collegato a un potere che l'amministrazione ha.

Si trattava della realizzazione di un'opera pubblica di distribuzione di energia elettrica, che non è qualificabile come un atto manifestamente non ricollegabile ad un potere dell'ente incaricato del pubblico servizio e non comporta, inoltre, l'estinzione di un diritto di proprietà. In questi casi, dunque, è stato affermato che la giurisdizione spetta al giudice amministrativo.

Più di recente, nella sentenza del 15 dicembre 2016, anche la Corte di Cassazione francese ha ribadito che va ricondotta alla *voit de fait* quella aggressione al diritto di proprietà che, oltre a non essere ricollegabile all'esercizio di un pubblico potere ne comporta l'estinzione.

Le parole della nostra Corte cost. nella sentenza n. 204/2004 e soprattutto nella sentenza n. 191/2006 sul collegamento all'esercizio del potere e sulla distinzione tra comportamenti meri e comportamenti amministrativi, ricollegabili sia pure mediamente all'esercizio del potere, ai fini del riparto di giurisdizione, sembrano proprio riecheggiare un tale modo di ragionare, espresso quasi dieci anni prima dalla *Cour de Cassation* francese.

Nell'ordinamento francese, né a seguito di *voit de fait* né in caso di *emprise irreguliere* vi è trasferimento del diritto di proprietà dal privato alla pubblica amministrazione.

Il problema tuttavia si pone quando l'opera pubblica risulti nel frattempo essere stata realizzata.

2.4. Il superamento del principio di intangibilità dell'opera pubblica e i limiti alla restituzione del bene illegittimamente espropriato.

La giurisprudenza francese ha dovuto affrontare una tematica identica a quella che in Italia ha condotto in passato alla elaborazione dell'istituto di cui all'art. 42 bis TU espropriazioni.

Dopo aver in un primo tempo elaborato anche in Francia la figura della espropriazione indiretta, la giurisprudenza francese è però poi giunta al superamento dell'originario principio della intangibilità dell'opera pubblica ma con opportuni temperamenti, in modo da tutelare comunque l'interesse pubblico. Le somiglianze con l'elaborazione giurisprudenziale e normativa italiana sono notevoli, soprattutto – come si vedrà tra breve – laddove la valutazione circa la restituzione dell'opera viene ricollegata alla esistenza di

procedure di regolarizzazione o sanatoria ex post, ma quello che emerge è che l'approccio francese appare tutto sommato ispirato ad una logica di buon senso, che la CEDU non ha fino ad ora mostrato di censurare.

Vediamo più in dettaglio l'evoluzione della giurisprudenza francese sul punto. Occorre partire dall'art. 17 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, il quale protegge la proprietà come diritto sacro e inviolabile, del quale nessuno può essere privato se non quando la necessità pubblica, legalmente dichiarata, lo esiga in modo evidente e a condizione di una giusta e predeterminata indennità.

Si tratta di una formulazione che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha sostanzialmente richiamato. Una espropriazione dunque non può essere legittima se l'opera per la quale essa è effettuata non presenta i caratteri della utilità pubblica. Il giudice della utilità pubblica, come si è già detto, è il giudice amministrativo, dinanzi al quale va impugnata la dichiarazione di pubblica utilità.

Cosa accade nel caso in cui la dichiarazione di pubblica utilità sia annullata? La giurisprudenza risalente aveva elaborato in questi casi, in applicazione del principio della intangibilità dell'opera pubblica, inaugurato nel 1853 (*Conseil d'Etat*, caso *Robin de Grimaoudière* 7.6.1853), la teoria della *expropriation indirecte*, con effetti analoghi alla nostra acquisizione invertita. In sostanza, il giudice si rifiutava di disporre la demolizione dell'opera pubblica ancorché edificata su terreni privati non regolarmente indennizzati, ma fissava invece l'ammontare dell'indennizzo dovuto e disponeva il trasferimento della proprietà dei terreni alla amministrazione.

A seguito di alcune pronunce della CEDU (sent. del 24.6.1993, *Papamichalopoulos e altri c. Grecia*), la giurisprudenza francese ha abbandonato la teoria della espropriazione indiretta (*Cour de cassation*, *arret* 6.1.1994 *Cts Baudon de Mony c/EDF*).

Permaneva però di fatto il principio di intangibilità dell'opera pubblica, cosicché veniva negata la restituzione del bene e il proprietario aveva solo diritto ad una specifica indennità, senza poter ottenere la restituzione in natura (*Cour de Cassation*, *arret Bergerioux*, 4.4.2002).

Un primo problema che ha affrontato la giurisprudenza francese in questi casi riguarda l'individuazione del giudice competente quando sia richiesta la demolizione o lo spostamento dell'opera pubblica illegittimamente realizzata.

Fu il *Tribunal des conflits* che, nel disciplinare il riparto di competenza tra giudice amministrativo e ordinario in un caso, già citato sopra (*l'affaire Binet*, 6.5.2002), avente ad oggetto il rifiuto dell'amministrazione di distruggere o spostare un'opera pubblica, nell'affermare la sussistenza della giurisdizione amministrativa, a meno che l'opera pubblica non sia stata edificata in *voie de fait*, ovvero in mancanza di alcun atto che possa in alcun modo riconnettersi all'esercizio di un potere pubblico e nessuna procedura di regolarizzazione sia stata iniziata. In questo secondo caso, infatti, la competenza sarebbe del giudice ordinario.

Dunque il collegamento con l'esercizio del potere e l'avvio di una procedura di regolarizzazione radicano la giurisdizione amministrativa sulla domanda di restituzione del fondo illegittimamente trasformato dalla costruzione dell'opera pubblica.

Il *Conseil d'Etat*, tuttavia, nel 2003 (*arret* del 29.1.2003 *Syndicat Dipartimental de l'electricité et du gaz*) ha adottato una interpretazione leggermente differente da quella del *Tribunal des conflits* nel caso *Binet*. Infatti, ha ritenuto di dover prendere in considerazione, ai fini del riconoscimento della propria giurisdizione, non solo se un'attività di regolarizzazione fosse stata avviata ma anche se essa fosse semplicemente possibile; mentre per la *Cour de Cassation* e per il *Tribunal des conflits* occorre che la procedura di regolarizzazione non solo esista ma sia anche stata effettivamente iniziata.

A seguito della pronuncia *Binet*, il giudice amministrativo francese si è visto riconoscere una competenza generale in materia di azioni di demolizione o di spostamento di opere pubbliche consequenziali

all'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità, essendo le fattispecie di competenza del giudice ordinario di *voi de fait* – come si è visto - molto rare. (In questi casi, infatti, anche la competenza sulla domanda di demolizione dell'opera pubblica illecitamente realizzata spetterebbero al giudice ordinario.)

Successivamente, la giurisprudenza – mutando rispetto al precedente orientamento tradizionale sostenuto nell'arret Binet - ha ritenuto competente il giudice amministrativo anche per la domanda di risarcimento del danno, in modo che possa disporre sia la rimozione dell'*emprise irreguliere* sia la riparazione pecuniaria.

Inoltre, nella stessa sentenza del 29 gennaio 2003 (*Syndicat départemental de l'électricité ed du gaz del Alpes maritimes*), il *Conseil d'Etat* ha sottolineato che il giudice nel decidere se ordinare o meno la demolizione di un'opera pubblica debba anche prendere in considerazione da una parte gli inconvenienti che la presenza dell'opera provoca per il proprietario del terreno e l'altra parte le conseguenze per l'interesse generale della demolizione, e deve valutare quindi se, nella comparazione tra i vari interessi, la demolizione dell'opera pubblica non costituisca una misura eccessiva per l'interesse generale.

Il Consiglio di Stato nella citata sentenza ha dettato il "protocollo pretorio" dell'azione per la demolizione di un'opera pubblica irregolarmente ubicata su proprietà privata.

Secondo questo protocollo, spetta al giudice amministrativo:

- 1) verificare se sia possibile la regolarizzazione mediante sanatoria dell'opera pubblica;
- 2) in caso contrario, effettuare una valutazione costi benefici e consentire la demolizione dell'opera pubblica nella misura in cui " non comporti un eccessivo pregiudizio all'interesse generale".

Per fare questo, deve tener conto degli svantaggi della presenza della struttura per i proprietari del fondo e delle conseguenze della demolizione per l'interesse generale.

Può dunque affermarsi che se il principio della intangibilità dell'opera pubblica più dirsi in teoria superato, tuttavia le condizioni perché un ordine di demolizione di un'opera pubblica sia effettivamente emanato dal giudice amministrativo, con restituzione del terreno al privato illegittimamente espropriato, sono effettivamente molto restrittive. Inoltre, non sembra tale ipotesi discostarsi molto da quella censurata dalla CEDU in numerose pronunce contro l'Italia.

Va tuttavia rilevato che in taluni casi (ad esempio nel 2011) il *Conseil d'Etat*, dopo aver annullato la dichiarazione di pubblica utilità, ha effettivamente ordinato la distruzione di un'opera pubblica irregolarmente edificata (un porto turistico) e la remissione in pristino dello stato dei luoghi, ma per la verità, non tanto al fine di tutelare l'interesse dei proprietari bensì in considerazione dell'interesse pubblico alla preservazione di uno spazio naturale fragile e al mantenimento della biodiversità (*arret Communauté d'agglomération du lac di Bourget* del 20.5.2011).

Un altro caso di enorme interesse da segnalare, anche per la sua sorprendente coincidenza anche temporale con un'analoga decisione del nostro Consiglio di Stato di annullamento non retroattivo, riguarda l'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità per la realizzazione di un eliporto presso l'ospedale di Laon per vizi di procedura.

In questa decisione, il Consiglio ha ritenuto che l'annullamento retroattivo della dichiarazione di pubblica utilità avrebbe provocato un danno eccessivo al servizio di aiuto medico urgente e pertanto ha ritenuto di disporre l'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità a decorrere da un termine di sei mesi dalla pubblicazione della sentenza, in modo da consentire nel frattempo l'adozione di una nuova dichiarazione di pubblica utilità immune dai vizi procedurali riscontrati (*Conseil 'Etat* 19.7.2011).

Nel 2005, è stata introdotta una nuova norma nel codice dell'espropriazione (art. 223.2) secondo la quale, una volta che il giudice amministrativo ha annullato in modo definitivo una dichiarazione di pubblica utilità o un decreto di espropriabilità, il proprietario espropriato può far constatare al giudice dell'espropriazione l'assenza di base legale per il trasferimento di proprietà.

La norma prevede che i soggetti espropriati possono chiedere al giudice l'accertamento della circostanza che il trasferimento della proprietà è avvenuto senza base legale e domandare il suo annullamento.

Il giudice amministrativo constata l'assenza di base legale per il trasferimento di proprietà e statuisce sulle conseguenze dell'annullamento di esso.

Le parti saranno dunque convocate davanti al giudice insieme al commissario del Governo. Il proprietario potrà quindi ottenere, se è possibile, la restituzione dell'immobile ovvero il pagamento dei danni.

In ogni caso deve essere pagata all'espropriato una specifica indennità per il pregiudizio causato dall'operazione irregolare.

In conclusione, possiamo dire che il percorso giurisprudenziale francese non appare aver seguito vie tanto dissimili da quelle seguite dalla Corte costituzionale e dai giudici italiani né per quanto riguarda il riparto di giurisdizione né in relazione alla soluzione da adottare in caso di domanda di restituzione di terreni su cui siano state realizzate, in modo illegittimo, opere di interesse pubblico. L'unica differenza che appare rilevante, e che forse è la ragione per cui non si rinvengono sostanzialmente condanne da parte della CEDU nei confronti della Francia come invece è avvenuto per l'Italia, appare la circostanza che – forse in maniera più pragmatica – il giudice francese ha abbandonato subito la costruzione teorica della espropriazione indiretta e ha rimesso direttamente all'autorità giudiziaria, anziché alla stessa amministrazione mediante un procedimento successivo ai sensi dell'art. 42 bis Tu espropriazioni, la decisione circa la possibilità o meno di disporre la restituzione del bene illegittimamente trasformato dalla amministrazione con la realizzazione dell'opera pubblica, previa regolarizzazione della procedura.

3.1. L'espropriazione in Spagna: la procedura di esproprio.

La disciplina dell'espropriazione in Spagna è forse quella più simile alla disciplina italiana. La legge sull'espropriazione forzata risale al 1954 e tuttavia è stata più volte modificata, anche di recente.

Il Tribunale costituzionale ha ritenuto la sua compatibilità con la costituzione del 1978, che all'art. 33, dopo aver statuito la "funzione sociale" della proprietà (usando le stesse parole del nostro art. 42 Cost), al comma 3 recita: "*nessuno può essere privato dei suoi beni e diritti se non per causa giustificata di utilità pubblica o di interesse sociale, previa corresponsione dell'indennizzo e in conformità con il disposto delle leggi*". Il pagamento del giusto prezzo (*justiprecio*) non necessariamente deve essere preventivo, ammettendosi anche le espropriazioni di urgenza.

Per la legge spagnola, il "*justiprecio*" deve garantire una compensazione integrale della perdita patrimoniale subita dall'espropriato. Esso pertanto deve essere in grado di consentire all'espropriato di sostituire il bene espropriato con un altro avente le stesse caratteristiche e pertanto deve essere calcolato al valore di mercato.

Il momento cui far riferimento per la determinazione del valore del bene è quello in cui inizia il procedimento di esproprio, con irrilevanza di successivi mutamenti di prezzo. Per la determinazione del *justiprecio* non vanno considerati il valore sentimentale o affettivo, tuttavia alla somma così definita si aggiunge un "*premio del afecciòn*" pari al 5% dell'importo del *justiprecio*.

Vanno anche indennizzate le perdite e i danni derivanti dall'attività di esproprio. Per esempio, in caso di espropriazione di un negozio, il valore dell'indennizzo comprenderà non solo il valore del locale ma anche la perdita della clientela ecc.

La procedura di espropriazione è molto simile a quella della legge italiana. Il primo requisito è la previa dichiarazione di utilità pubblica o di interesse sociale. Questa è di norma contenuta in una legge in forma generica ed è implicita nell'approvazione dei piani di realizzazione di opere pubbliche.

Essa necessita quindi di una specificazione che si effettua mediante una dichiarazione di necessità dell'occupazione che specifica nel dettaglio beni e diritti concreti che si intendono espropriare, i quali devono

essere solo e soltanto quelli indispensabili per il perseguimento del fine e che siano idonei dal punto di vista tecnico e sociale per il conseguimento del fine pubblico.

E' su questi parametri che viene svolto il controllo di legalità mediante il ricorso al giudice del *contencioso amministrativo* (la *Audiencia general*).

Per quanto riguarda la determinazione del "*justiprecio*", naturalmente è possibile che le parti addivengano ad un accordo, altrimenti la procedura procede mediante un'offerta di indennizzo da parte dell'amministrazione o da parte del proprietario e se questa non viene accettata si procede alla determinazione del valore del bene da parte di un collegio (*Jurado Provincial de Expropiación*) composto da un magistrato, che lo presiede, designato dal presidente della Audiencia, da un avvocato dello Stato, da due funzionari tecnici, un rappresentante della camera di commercio o del collegio professionale o della organizzazione, e infine un notaio. Si tratta di un organo che dovrebbe comprendere in sé sia le funzioni peritali che quelle giudiziali. In esso infatti dovrebbero essere rappresentati sia gli interessi fiscali dello Stato che gli interessi patrimoniali della proprietà privata, nonché tutti gli aspetti tecnici, compresi quelli – di competenza notarile – relativi alle transazioni immobiliari. La sua capacità di determinare effettivamente un giusto prezzo di espropriazione è tuttavia molto criticata.

La procedura in totale non dovrebbe durare più di 50 giorni. Avverso questa determinazione, che deve essere approfonditamente motivata, può essere proposto ricorso *contencioso administrativo*.

Il pagamento deve essere effettuato dopo sei mesi dalla determinazione del *justiprecio*. Decorso i sei mesi, la somma produrrà interessi legali.

In caso di controversia o di rifiuto da parte del proprietario di accettare il pagamento, l'amministrazione può effettuare il deposito della somma presso la Cassa depositi.

Solo dopo il pagamento del prezzo, l'amministrazione può immettersi nel possesso dei beni espropriati per via amministrativa.

E' possibile, come si diceva, anche una procedura di occupazione urgente, prima del pagamento del *justiprecio*. Essa era nata come strumento eccezionale per le ricostruzioni dopo la guerra civile, nel 1939, ma poi è diventata quella in concreto più frequente.

In questi casi occorre una determinazione del *Consejo de Ministros* o della *Comunidad autonoma* corrispondente. Essendo la procedura più rapida, spesso nella pratica si ricorre ad essa anziché a quella generale, similmente a quanto avviene in Italia. In questi casi è previsto il previo deposito di una somma a titolo di indennizzo per il pregiudizio: entro il termine di 15 giorni i terreni devono essere espropriati.

3.2. Conseguenze del ritardo nella procedura di esproprio.

Il c.d. *danno da demora* costituisce una specificità del diritto spagnolo. L'art. 56 della *ley de l'espropiation forzosa* prevede infatti che se, dopo sei mesi dall'inizio del procedimento di esproprio non è ancora stato determinato il *justiprecio*, l'amministrazione è tenuta a pagare un indennizzo, che consisterà negli interessi legali del *justo precio*, da liquidarsi retroattivamente una volta che esso sia stato definitivamente determinato.

Il regolamento precisa tuttavia che la responsabilità per il ritardo va imputata a chi l'ha causato, cosicché essa non verrà pagata se è imputabile all'esproprio.

Decorso quattro anni senza il pagamento della quantità fissata, si dovrà procedere a rinnovare la valutazione delle cose o dei diritti oggetto di esproprio.

Si discute inoltre in giurisprudenza se l'eccessiva durata del procedimento di espropriazione possa essere sanzionata, in applicazione delle regole generali sul procedimento amministrativo, con la "*caducidad*" ovvero l'estinzione del procedimento. Si tratta di una sanzione prevista in via generale dall'art. 44 della legge sul

procedimento amministrativo comune, per tutti i procedimenti aventi effetti sfavorevoli ovvero finalizzati all'adozione di atti restrittivi, tra cui anche il procedimento di espropriazione. In senso contrario, tuttavia, si è pronunciato il *Tribunal Supremo* nel 2012, sostenendo che il procedimento di esproprio è un procedimento complesso e la fase concernente la determinazione del *justiprecio* è posta nell'interesse del privato espropriato. Inoltre, il Supremo ha sottolineato che la legislazione speciale espressamente prevede il *danno da demora* appunto per indennizzare il privato espropriato per il ritardo nella procedura di determinazione dell'indennizzo.

3.3. La tutela giudiziaria e il caso di “*via de echo*”.

Gli atti della procedura di esproprio compresi quelli relativi alla determinazione del *justiprecio* possono essere impugnati con *recurso contencioso administrativo* dinanzi a la *Audiencia* (tribunale collegiale) in prima istanza.

Si può dedurre il vizio di sostanza o di forma e la violazione o l'omissione dei precetti della legge sull'espropriazione. Nel caso di contestazione della determinazione dell'indennizzo occorre che si lamenti che il valore determinato sia inferiore di almeno un sesto rispetto a quello invocato.

Anche nel diritto spagnolo si è posto il problema della c.d. espropriazione di fatto che costituisce forse la più comune manifestazione della c.d. *via de echo*⁹, sostanzialmente corrispondente alla *voi de fait* del diritto francese.

Va subito chiarito però che essa non incide sulle questioni di riparto di giurisdizione tra giudici del *contencioso administrativo* e giudici civili, posto che la legge dell'espropriazione espressamente attribuisce la competenza anche in caso di *via de echo* alla giurisdizione amministrativa.

La *via de hecho* è prevista dall'art. 53.1 della legge 29/1998 sul *contencioso administrativo* e si realizza quando l'amministrazione agisce al di fuori della sua sfera di competenza, ovvero prescindendo dal procedimento stabilito.

Di essa non si occupa espressamente la legge generale del procedimento n. 39 del 2015, che non la nomina, tuttavia, all'art. 97.1, detta legge proibisce alle amministrazioni pubbliche di porre in essere attività materiali che limitino i diritti dei privati senza che sia stata previamente adottato il provvedimento che ne costituisca il fondamento giuridico.

La dottrina e la giurisprudenza hanno definito variamente la nozione di *via de echo*.

Il *Tribunal constitucional* ritiene che l'amministrazione incorra in *via de echo* sia se esercita poteri che non le sono stati conferiti sia se, pur esercitando tali poteri, agisce andando oltre il procedimento stabilito. Essa pertanto comprende sia le attività materiali attuate dalla amministrazione senza aver adottato previamente l'atto amministrativo che ne costituisce il fondamento giuridico, sia quelle attività materiali di esecuzione che eccedano l'ambito riconducibile all'atto amministrativo previamente adottato.

Altra giurisprudenza¹⁰ vi include anche l'attività materiale posta in essere in attuazione di atti viziati da nullità di pieno diritto (*nulidad de pleno derecho*) per incompetenza o per vizio sostanziale del procedimento.

A questi casi la giurisprudenza ha ricondotto la assenza di informazione pubblica previa e l'adozione dell'atto di necessità dell'occupazione e l'omissione di notificazione di quest'ultimo agli interessati.¹¹

⁹ José R. CHAVES GARCÍA, *La vía de hecho: un virus administrativo endémico*, 2020 <https://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmNDY3NjM7WyJKLizPw8WyMDIwMDcyMDkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAGsXJ-U1AAAAWKE>

Juan José González López, *La responsabilidad por vía de hecho en la expropiación a la luz de la disposición adicional de la ley de expropiación forzosa* <file:///C:/Users/m.maddalena/Downloads/Dialnet-LaResponsabilidadPorViaDeHechoEnLaExpropiacionALaL-6390772.pdf>

¹⁰ la sentenza del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 616/1993

¹¹ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 15 ottobre de 2008

Di questi casi si occupa espressamente l'art. 125 della legge sull'espropriazione, definendo la *via de echo* con riferimento alle ipotesi in cui senza i requisiti sostanziali della dichiarazione di utilità pubblica o di interesse sociale, senza dichiarazione di necessità di occupazione e senza previo pagamento del deposito, l'amministrazione occupi la cosa oggetto di espropriazione.

In questo caso, il soggetto interessato potrà ottenere la tutela possessoria.

Si tratta di una precisazione normativa necessaria giacché altrimenti si sarebbe dovuto applicare il divieto generale di ricorrere contro l'amministrazione mediante interdetti possessori.

La norma tuttavia non esclude altre forme di tutela e in particolare il ricorso alla giurisdizione contenzioso amministrativa, competente – come si è detto – per espressa disposizione di legge anche in caso di *via de echo*. Inoltre, nel caso in cui si riscontri la *via de echo*, la restituzione in natura del bene illecitamente appreso è teoricamente prevista, sempre che lo stato di cose lo consentano in quanto l'opera pubblica non sia stata nel frattempo edificata.

Laddove invece tale restituzione non sia possibile, verrà liquidato un risarcimento costituita dal *justiprecio* al quale va aggiunta una percentuale del 25% per compensare il pregiudizio derivante dalla privazione illegittima della proprietà.

Di recente, però, la giurisprudenza ha affermato che nel caso di espropriazioni illecite debba riconoscersi la riparazione integrale del danno realmente causato e che quindi non occorra riferirsi ai più rigidi criteri per la determinazione del *justiprecio* ma direttamente al valore di mercato del bene.

A questa somma vanno poi aggiunti gli interessi legali a decorrere dalla data dell'occupazione del bene. A proposito della questione della restituzione del bene e della riduzione in pristino dello stato dei luoghi, il *Tribunal Supremo* ha dichiarato, con sentenza del 6 novembre 2007, che qualora l'opera pubblica o di interesse pubblico sia già realizzata ed essa soddisfi l'interesse generale, non è ragionevole ordinare la riduzione in pristino.

In sostanza, il giudice deve apprezzare la situazione concreta e può sia ordinare la riduzione in pristino e la restituzione del bene in natura sia disporre, in alternativa, il pagamento di un indennizzo in sostituzione della restituzione del bene.

Il presupposto, in questo secondo caso, è l'impossibilità, accertata nel processo, di eseguire in natura la sentenza. Tuttavia, i motivi che possono determinare tale impossibilità – sia fisica che giuridica – possono essere vari: la circostanza che sono state costruite case che sono state vendute a terzi in buona fede, oppure che sono state destinate a fini o servizi di utilità pubblica.

In questi casi, il giudice può accordare la sostituzione della restituzione del bene col pagamento dell'indennizzo, sempre che la decisione sia motivata e che non si tratti di mere difficoltà o molestie. In sostanza, i giudici spagnoli semplicemente constatano che – come affermato dal *Consejo de Estado* nel 1962 – nel caso in cui la sentenza intervenga quando l'esecuzione dell'opera è già stata effettuata, essa si scontra con fatti consumati e inamovibili, rispetto ai quali l'unica tutela dell'espropriato è quella risarcitoria (*indemnización*).

Inoltre, in molti casi l'effetto della sentenza è solo quello di imporre all'amministrazione di rinnovare il procedimento.

Come si vede, la problematica che da noi ha dato vita all'istituto di cui all'art. 42 bis TU edilizia, viene semplicemente risolta dai giudici spagnoli, come anche da quelli francesi, nell'ambito di definizione delle modalità di esecuzione della sentenza. E' pertanto rimesso allo stesso giudice l'apprezzamento se in concreto sia possibile o meno la riduzione in pristino o il ristoro per equivalente, tenendo in debito conto anche l'interesse pubblico al permanere dell'opera pubblica.

Non si ravvisano approfonditi tentativi di ricostruzione dogmatica circa la giustificazione del titolo di acquisto della proprietà da parte dell'amministrazione, ma ci si limita al semplice rinvio al concetto di impossibilità della restituzione in natura.

La natura del sistema giurisdizionale spagnolo, nel quale il giudice amministrativo è solo un giudice specializzato, fa sì che non vi sia – come in molti altri paesi – differenza tra il giudice degli atti della procedura di esproprio e il giudice della determinazione dell’indennizzo, ma tutte le competenze sono concentrate in capo ai magistrati del *contencioso administrativo*, anche nel caso di *via de echo*. Detto giudice è anche competente per tutte le questioni di risarcimento per danni, connessi alla procedura di esproprio.

Non vi è dunque alcuno spazio lasciato al giudice civile e questa costituisce una peculiarità dell’ordinamento spagnolo rispetto agli altri ordinamenti in cui quasi sempre si ravvisa una sfera di competenza in capo al giudice civile, in particolare per quanto attiene alle controversie sulla determinazione dell’indennizzo.

4. L’espropriazione per pubblica utilità nel diritto inglese (“*Compulsory purchase of land*”).

Il *compulsory purchase of land* è un meccanismo legale attraverso il quale alcuni enti (denominati *acquiring authorities*) possono acquistare beni immobili senza il consenso dei proprietari.

Prevista da numerose leggi speciali a seconda del tipo di progetto al quale l’esproprio è finalizzato, l’espropriazione per pubblica utilità in Gran Bretagna è stata disciplinata in modo generale dal *Acquisition of Land Act* del 1981.

Questa legge prevede che l’acquisto coattivo di terra possa essere proposto da governi locali, dal governo nazionale e amministrazioni varie e anche da società commerciali (esercenti servizi pubblici per esempio per l’acqua o l’energia elettrica), per la realizzazione di opere di interesse pubblico (infrastrutture, autostrade, ferrovie, ecc.). Spesso si tratta di opere approvate nei piani di sviluppo locali (*development plans*). Tuttavia, va subito sottolineato che la procedura è sempre sottoposta ad un controllo accentrato a livello governativo, in quanto ogni procedimento deve essere autorizzato da un Ministro competente. Addirittura in taluni casi particolari, è necessaria l’autorizzazione del Parlamento: ad esempio nei casi in cui l’area da espropriare appartenga ad un ente locale o faccia parte del patrimonio indisponibile (*National trust*), se si tratti di un luogo aperto e di uso comune, a meno che non venga assicurata la sostituzione con un altro spazio, infine se si tratti di siti di antichi monumenti o archeologici.

Venendo più in dettaglio, va detto che la procedura¹² si articola in due fasi: quella di autorizzazione dell’esproprio e quello di determinazione della “*compensation*”, ovvero dell’indennizzo, con contestuale trasferimento del diritto di proprietà.

Il primo passo della fase autorizzatoria è – come si diceva – un “*order*” da parte della amministrazione procedente, il quale non ha effetti nei confronti del proprietario espropriato, e serve solo a dare avvio alla procedura.

Esso è redatto dalla stessa autorità espropriante e deve contenere l’esatta indicazione del terreno da espropriare, la finalità dell’esproprio, l’autorità espropriante e la fonte normativa sulla cui base si agisce.

Esso è accompagnato da un *Statement of Reasons* che indica le ragioni per cui si procede con un CPO.

Il CPO va pubblicato per due settimane sui giornali locali e notificato individualmente a ciascuno dei proprietari. Vanno quindi lasciati almeno 21 giorni per la formulazione di eventuali obiezioni. Se nessuno dei proprietari formula obiezioni, l’ordine viene confermato dal Ministro competente; se anche uno solo dei proprietari obietta, va fissata un’audizione (*hearing*) con l’autorità espropriante e i proprietari, inoltre è possibile avere una interlocuzione scritta con il consenso dei proprietari, oppure – se viene convocata una “*public inquiry*” alla quale tutte le persone interessate possono partecipare, anche eventualmente per iscritto.

L’autorità espropriante deve comunque tentare di negoziare con i proprietari prima della *public inquiry* per trovare un accordo.

¹² <https://www.gov.uk/guidance/compulsory-purchase-and-compensation-guide-1-procedure#introduction>

La *public inquiry* si svolge dinanzi ad un ispettore nominato dal ministro, secondo norme approvate nel 2007, the *Compulsory Purchase (Inquiries Procedure) Rules*. Si tratta di un tecnico, un ingegnere o architetto.

Le parti devono portare le loro prove e l'ispettore può anche effettuare visite sul sito.

Nel corso dell'*inquire* si applicano le norme della "*natural justice*" cioè, benché non si tratti di un procedimento giudiziale, del diritto al contraddittorio e della correttezza del procedimento (*fairness*).

Si apre quindi una fase di negoziazione, in cui l'autorità espropriante cerca di tener conto delle obiezioni mosse. Il Ministro, quindi, deve decidere se confermare l'ordine, tenendo conto delle obiezioni mosse e dei risultati dell'udienza o nell'incontro pubblico e del report dell'ispettore, dal quale può in teoria anche discostarsi. La conferma ministeriale, che deve essere notificata agli interessati e motivata, segna la fine della fase di autorizzazione.

La notizia della conferma deve essere pubblicata su uno o più giornali locali.

La conferma ministeriale del *Compulsory Purchase Order* è sottoposta a *judicial review* secondo un regime speciale e più restrittivo rispetto a tutte le altre ipotesi di *judicial review*.

Essa infatti deve essere impugnata entro 6 settimane (anziché negli ordinari 3 mesi) dalla pubblicazione dell'atto di conferma e può essere contestato solo se esorbita dai poteri attribuiti dalla legge sull'acquisizione dei suoli ("*is not within the powers of this Act*") oppure per violazione di prescrizioni contenute nella stessa legge ("*any requirement of this act has not been complied with*"). Il ricorso va indirizzato alla *Hight Court*, nell'ambito della quale ora è istituita una sezione specializzata che si occupa solo di *judicial review* (*Administrative court*), la quale può sospendere cautelamente l'efficacia delle operazioni fino a conclusione del procedimento.

La sospensione cautelare è di fatto concessa molto raramente. Tuttavia ciò nonostante le amministrazioni di norma non procedono nelle operazioni di esproprio temendo che l'atto possa essere annullato e che siano proposte eventuali azioni di danno. Wade¹³ sostiene quindi che via sia in sostanza una "sospensione virtuale".

La Corte, se verifica che l'atto effettivamente esorbita dai poteri attribuiti dalla legge o che gli interessi del ricorrente sono stati sostanzialmente pregiudicati, annulla l'atto o in toto o limitatamente alla parte di esso che lede la proprietà del ricorrente.

In sostanza, si tratta di un controllo di mera legalità (*statutory review*), in quanto solo questo tipo di violazioni di legge possono essere fatte valere.

Si discute molto per stabilire quali siano in concreto queste violazioni di legge che possono essere fatte valere: si tratta in primo luogo del classico atto "*ultra vires*" e in secondo luogo di minori irregolarità procedurali.

In pratica, il giudice valuterà:

- 1) se l'atto è *ultra vires*, ovvero esorbita i limiti del potere attribuito dalla legge;
- 2) se sono state commesse violazioni procedurali;
- 3) se l'ispettore o il ministro non hanno assunto una corretta decisione, in quanto non ci sono prove a supporto della decisione intrapresa o sono state prese in considerazioni ragioni irrilevanti e trascurati profili di rilievo.

Naturalmente anche l'autorità espropriante potrà impugnare, per gli stessi motivi, un eventuale atto di rifiuto di conferma.

L'efficacia di questa autorizzazione dura tre anni, decorsi i quali il potere di esproprio si estingue. Spesso tuttavia le Corti impongono tempi molto più stretti ritenendo che un ingiustificato ritardo nel completamento

¹³ Sir William Wade, *Administrative law*, Oxford, 1994, 756.

della procedura di esproprio possa essere inteso come abbandono della procedura, con conseguente perdita del potere di eseguire l'esproprio.

Inoltre, in caso di ritardo, il proprietario può compulsare il soggetto procedente ad agire e può chiedere il ristoro dei danni da ritardo, se nel frattempo ha subito perdite.

Entro i tre anni, o anche in termini inferiori, l'amministrazione espropriante deve giungere ad un accordo sulla somma da pagare come compensazione dell'acquisto coattivo della proprietà.

Dopo la fase di autorizzazione, per giungere al trasferimento del bene, l'autorità procedente può sempre tentare un accordo oppure seguire due procedure: quella del *Notice to treat/Notice to entry* o quella del *General vesting order*.

E' tuttavia possibile anche iniziare con la procedura del *Notice to treat* e poi spostarsi su quella del *General vesting order*.

Secondo la prima procedura, va effettuata, da parte dell'amministrazione espropriante, una diffida a trattare per la determinazione dell'indennizzo e per il trasferimento del bene ("*notice to treat*"). Il proprietario può rispondere all'autorità emanante con un *notice of claim for compensation*, entro 21 giorni dalla comunicazione, così dando avvio alla trattativa per la determinazione della *compensation*.

L'autorità espropriante può anche decidere di tirarsi indietro entro 6 settimane, se ritiene che il valore del terreno sia troppo elevato.

A seguito dell'avvio di queste trattative si può addivenire, con l'accordo del proprietario, ad un vero e proprio contratto di vendita.

Il proprietario deve però dimostrare il proprio titolo e trasferire la proprietà del bene. Se il proprietario non deposita il *notice to claim*, o comunque non si addivene ad alcun accordo, la procedura continua per la determinazione della "*compensation*" dianzi al giudice. Le relative controversie sono di competenza dei *Land Tribunals*.

L'espropriante può pagare la somma determinata anche direttamente dinanzi al giudice, se il proprietario rifiuta di accettarla, ottenendo un documento unilaterale di compravendita con il quale la proprietà viene definitivamente acquisita dall'espropriante.

Essa deve essere determinata in base al valore di mercato, in applicazione del principio di equivalenza l'espropriato ha diritto a mantenere la sua situazione inalterata, senza avvantaggiarsi e senza essere danneggiato dalla espropriazione.

In casi particolari, dove non vi è un mercato, il valore va determinato con riferimento al costo di acquisto di un terreno equivalente altrove.

La *compensation* può anche essere effettuata in natura ed essere costituita ad un altro terreno. E' importante sottolineare che sull'espropriato grava l'obbligo di mitigare gli effetti economici negativi della procedura espropriativa, altrimenti essi non gli verranno riconosciuti.

In aggiunta al valore del bene verranno riconosciuti i danni morali, ovvero il disturbo e il ricorso ad una procedura forzosa. Si tratta in genere di un incremento del 10 per cento.

Il valore del bene va determinato comunque con riferimento al momento in cui vi è il trasferimento del possesso.

Dopo il *notice to treat*, l'autorità espropriante può comunicare un "*notice to entry*", nel quale rende nota la data in cui prenderà possesso del fondo (entro tre giorni dalla notifica).

In ogni caso, l'acquisto del titolo di proprietà avverrà solo all'esito del giudizio dinanzi ai *Land Tribunals* o mediante accordo.

La procedura alternativa è quella della “*General Vesting declaration*”, che è una procedura autoritativa che consente non solo l'immissione in possesso del bene da parte dell'autorità espropriante ma anche il trasferimento coattivo della proprietà ad essa, acquisto che si verifica non prima del 28esimo giorno dalla comunicazione dell'atto.

Una volta effettuata la *General vesting declaration*, il diritto di proprietà si converte nel diritto alla *compensation* e il giorno del trasferimento della proprietà è quello a cui far riferimento per la valutazione dell'immobile. Secondo una circolare governativa, la *General vesting declaration* va comunque effettuata al massimo entro tre anni dalla *confirmation del compulsory purchase order*.

5. L'espropriazione per pubblica utilità in Germania.

La Costituzione tedesca, all'art. 14, al comma 3, stabilisce che l'espropriazione può essere solo consentita per il pubblico bene. Essa può solo essere ordinata per gli scopi previsti dalla legge che determini anche la natura e la quantità dell'indennizzo. Questo deve essere determinato stabilendo un equo bilanciamento tra il pubblico interesse e l'interesse dei soggetti lesi. In caso di controversie circa l'ammontare del compenso, può essere proposto ricorso dinanzi alle corti ordinarie.

Ci sono molte leggi che legittimano l'espropriazione sia a livello nazionale che degli Stati federali.

In genere si tratta di leggi sulle infrastrutture (nuove strade, autostrade, ferrovie, aeroporti, reti elettriche, impianti nucleari, ecc.) ma ci sono anche leggi che consentono l'espropriazione per altre ragioni, ad esempio per la protezione della natura e del paesaggio, per la protezione di monumenti, dell'acqua o per la realizzazione di opere pubbliche previste dai piani urbanistici e di sviluppo. Ci sono più di venti leggi a livello federale e nazionale in materia di espropriazione. Tuttavia i principi sono comuni.

In primo luogo occorre una causa di pubblica utilità, ovvero per il pubblico bene, normalmente contenuta nei piani urbanistici o di sviluppo¹⁴.

Viene poi in rilievo la c.d. clausola di sussidiarietà, che impone all'amministrazione di tentare di ottenere l'acquisto della proprietà in altri modi prima di ricorrere all'espropriazione (mediante un accordo o anche una riallocazione del terreno). In sostanza, l'amministrazione deve provare di non essere riuscita ad ottenere il terreno in altro modo.

L'amministrazione deve inoltre dimostrare di non poter perseguire la finalità pubblica con misure meno invasive della proprietà, ad esempio espropriando solo una parte del terreno o mediante l'imposizione di servitù.

Pertanto, in primo luogo l'autorità espropriante deve presentare una “ragionevole offerta” al proprietario. Si tratta di un passaggio di enorme importanza: infatti se questa offerta è effettivamente ragionevole, e tuttavia non viene accettata, essa costituirà un limite per la quantificazione dell'indennizzo ed eventuali incrementi di valore del bene intervenuti successivamente saranno irrilevanti. In questo modo vengono scoraggiate tattiche dilatorie.

Se invece il tribunale riconoscerà che l'offerta non era ragionevole, la procedura espropriativa non potrà proseguire se non a seguito della presentazione di una nuova “ragionevole offerta”. L'autorità espropriante, inoltre, deve dimostrare in termini di capacità economica e tecnica di essere in grado, in tempi rapidi, di realizzare l'opera di pubblica utilità.

Anche soggetti privati possono farsi promotori di espropriazioni purché agiscano per fini di pubblica utilità (si pensi alle scuole, agli ospedali, alla società esercenti servizi pubblici, ecc.).

Nel caso Boxberg del 1987, la Corte costituzionale Federale ha statuito che l'aumento dei posti di lavoro e lo sviluppo economico sono solo un bene pubblico indiretto, essi pertanto non possono costituire una causa di

¹⁴ Winrich Voss, *Compulsory Purchase in Poland, Norway and Germany – Part Germany*, TS 3F – *Compulsory Purchase and Compensation I*.

pubblica utilità ai fini di attivare una procedura espropriativa. Questo orientamento è stato poi confermato. La procedura di esproprio prevede che l'autorità competente sia quella al più alto livello. Essa deve garantire una giusta procedura e un giusto indennizzo. E' infatti in posizione di indipendenza rispetto all'amministrazione espropriante.

Le fasi della procedura prevedono:

- 1) una pre – negoziazione, che si apre con la ragionevole offerta di pagamento;
- 2) una procedura amministrativa preliminare, in cui l'autorità responsabile verifica i requisiti per iniziare la procedura vera e propria; in questa fase, viene nominato un collegio di esperti per valutare la congruità della ragionevole offerta e per determinare il valore del bene. Anche durante questa fase la procedura generalmente si conclude con l'accordo delle parti.
- 3) la procedura ufficiale, che prevede una audizione delle parti. Essa si apre con un avviso pubblico dell'avvio della procedura. Anche in questa fase si tenta sempre di raggiungere un accordo tra le parti, le quali possono anche accordarsi solo sul trasferimento di proprietà e non anche sulla determinazione dell'indennizzo. In effetti si calcola che solo il 10 per cento dei casi non si definiscono in via amichevole. In questi casi, l'autorità espropriante dispone l'espropriazione e determina autonomamente l'indennizzo.

Spesso, sulla base dell'urgenza, il richiedente può essere immesso nel possesso dell'area prima della conclusione della procedura. In questo caso, egli deve previamente versare la somma offerta come "offerta ragionevole".

La quantificazione dell'indennizzo, secondo le linee guida entrate in vigore nel 2008, deve contemperare il privato e pubblico interesse, ma deve comunque fondarsi sul principio di equivalenza, per cui l'espropriato deve essere messo in grado di acquistare un terreno della stessa qualità e caratteristiche. La determinazione del valore del bene secondo i prezzi di mercato viene affidato a un comitato di esperti, riconosciuto in modo ufficiale, e la valutazione è fatta secondo criteri standard. La data per la determinazione del valore è quella dell'atto di trasferimento della proprietà o – se vi è stata immissione anticipata nel possesso – quella dello spossessamento.

Vanno inoltre computati eventuali ulteriori danni: per esempio dovuti al frazionamento del terreno, perdita di profitti e costi per il dislocamento dell'attività in altro sito, perdita della clientela ecc.

L'indennizzo può anche essere disposto in natura o mediante il riconoscimento di altri diritti. Non sono previsti specifici limiti temporali in cui la procedura deve concludersi, ma si richiede che la procedura sia la più rapida possibile.

E' tuttavia prevista la possibilità di revocare l'esproprio se il beneficiario non effettua i pagamenti entro un mese da quando la decisione dell'amministrazione procedente che determina l'indennizzo è stata assunta.

Per quanto riguarda la tutela giurisdizionale, come in Italia, le controversie relative alla determinazione dell'indennizzo spettano ai giudici ordinari mentre l'impugnazione dell'atto di esproprio è di competenza del giudice amministrativo.

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è occupata di recente del diritto tedesco in materia di esproprio in relazione ad un caso particolare, concernente l'esproprio senza indennizzo dei c.d. "nuovi contadini" della ex Germania dell'est, i quali erano stati assegnatari di terre a seguito della riforma agraria durante il regime comunista. Una legge tedesca, adottata dopo la riunificazione (1992) aveva statuito che i *Land* potessero espropriare senza indennizzo queste terre a meno che gli attuali proprietari, eredi dei "nuovi contadini", non svolgessero più attività agricola.

La Corte, ribaltando il giudizio, della Camera del 22.2.2004, nella sent. della Grande Camera del 30 giugno 2005 (Jahn e altri c. Germania), ha ritenuto che ricorressero nel caso di specie quelle eccezionali circostanze che giustificano l'esproprio senza indennizzo, trattandosi di regolamentare il passaggio dall'economia socialista al regime di libero mercato.

In sostanza la Corte ha ritenuto che vi fosse il fondamento normativo, costituito da norme chiare e compatibili con la Cost. tedesca, secondo quanto stabilito dalla Corte costituzionale federale. Che vi fosse lo scopo legittimo di riportare chiarezza nei rapporti proprietari a seguito della riforma agraria socialista, richiamando a questo scopo la propria giurisprudenza che riconosce un amplissimo margine di apprezzamento discrezionale allo Stato nazionale in caso di adozione di particolari misure di pubblico interesse (caso Lithgow e altri c. Regno Unito, 8 luglio 1986, concernente la nazionalizzazione delle industrie navali. In quell'occasione, la Corte aveva ritenuto non illegittima la previsione di un indennizzo inferiore al valore di mercato). I commentatori hanno criticato questa pronuncia in quanto in altri analoghi casi (Ex re della Grecia c. Grecia 23 novembre 2000, in relazione alla transizione tra la monarchia e la repubblica in Grecia, e James e altri c. Regno Unito del 21.2.1986), l'obbligo di un qualche indennizzo, anche se non necessariamente parametrato al valore di mercato del bene, era stato affermato. Si è inoltre constatato che la legge tedesca, nel sottrarre la proprietà agli eredi dei "nuovi contadini" aveva privato di effetti una legge del 1990, volta proprio, all'indomani della caduta del muro, a favorire la transizione verso il libero mercato¹⁵.

6. Conclusioni.

La rassegna sopra effettuata delle procedure di esproprio nei vari ordinamenti europei mette in luce l'esistenza di molti aspetti comuni e di alcuni tratti – ai quali si è già fatto cenno all'inizio di questo studio – differenti: in particolare, il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria – spesso – già nella fase del procedimento, soprattutto per la determinazione dell'ammontare dell'indennizzo, a garanzia dell'effettivo ristoro dei proprietari incisi dal procedimento secondo il principio dell'equivalenza.

Va inoltre detto che in alcuni Paesi (Gran Bretagna) il sistema stesso scoraggia la possibilità di fenomeni di espropriazione indiretta in quanto l'immissione in possesso del bene viene subordinata alla definizione della procedura in via amichevole o alla risoluzione definitiva della controversia giudiziale. Inoltre, grande attenzione è quasi ovunque riservata alla predisposizione di strumenti per favorire la definizione in via amichevole della procedura di esproprio.

E' emerso, infine, che tutti i Paesi esaminati si sono trovati a dover affrontare e risolvere il problema della sorte dell'opera pubblica realizzata nonostante l'assenza di base legale della procedura espropriativa (per annullamento di atti del procedimento o per realizzazione di attività meramente materiali di impossessamento non autorizzate da provvedimenti amministrativi).

In tutti questi casi, si è valorizzato l'interesse pubblico come condizione ostativa alla restituzione del fondo illegittimamente trasformato, facendo ricorso a strumenti di sanatoria o regolarizzazione ex post e comunque alla impossibilità di eseguire una condanna alla restituzione del bene al privato illegittimamente espropriato.

Ciò nonostante, come si è detto, sono piuttosto rari i casi in cui altri Paesi oltre l'Italia hanno subito condanne per il fenomeno della espropriazione indiretta.

Quale può esserne la ragione?

In primo luogo, può dirsi che vi sono ragioni di ordine sistematico, prima fra tutte quella dell'ammontare dell'indennizzo.

Infatti, in tutti i Paesi esaminati, l'indennizzo viene quantificato con riferimento al valore di mercato e talvolta anche maggiorato, mentre da noi, fino a poco tempo fa, esso era significativamente inferiore al valore di mercato del bene, il che ha certamente determinato la presentazione dinanzi alla Corte di Strasburgo di numerose azioni, e quindi le conseguenti condanne da parte della CEDU nei confronti dell'Italia.

¹⁵ Ulrike Deutsch, *Expropriation without Compensation – the European Court of Human Rights sanctions German Legislation expropriating the Heirs of "New Farmers"*, in *German Law Journal* Vol. 06 No. 10, in www.germanlawjournal.com

Inoltre, va certamente rimarcato che in Italia, per una serie di ragioni anche storiche, la “patologia” nel procedimento espropriativo è diventata la regola (si pensi ai numerosi annullamenti della dichiarazioni di pubblica utilità dovute a violazione dell’art. 7 della l. 241/90 che hanno determinato l’assenza di “base legale” del procedimento espropriativo), mentre negli altri Paesi era certamente l’eccezione.

Quello che si è detto sopra chiarisce come la questione della espropriazione di fatto (*voit de fait* o *via de echo*) o della realizzazione dell’opera pubblica in assenza di un procedimento espropriativo legittimo sia stata trattata in modo sostanzialmente non dissimile dall’Italia almeno anche da Spagna e Francia, le quali, senza teorizzare esplicitamente l’espropriazione indiretta, anzi formalmente ripudiandola, giungono poi in sostanza agli stessi risultati.

In sostanza, i giudici dei Paesi europei esaminati sembrano limitarsi a constatare che la prevalenza dell’interesse pubblico preclude nella maggior parte dei casi la restituzione del bene illegittimamente trasformato e impone una misura risarcitoria, senza troppo approfondire il tema delle modalità di trasferimento della proprietà, rimesso ad una procedura di regolarizzazione *ex post*.

Non si rinvengono invece ricostruzioni teorico dogmatiche similari alla nostrana “occupazione appropriativa” né fonti normative che, come il nostro attuale art. 42 bis, abbiano fornito rigorosa base legale per risolvere il problema della espropriazione indiretta o di fatto. Anzi, alcuni commentatori francesi hanno ammesso che il rifiuto di restituzione del bene al privato illegittimamente espropriato costituisce espropriazione indiretta, al pari delle ipotesi sanzionate dalla CEDU.

In definitiva, quello che è emerso, è che la misura restitutoria del terreno illegittimamente espropriato appare veramente rara in tutti gli altri ordinamenti e comunque recessiva di fronte all’interesse pubblico al mantenimento dell’opera pubblica, sia pure indebitamente realizzata.

E’ stata invece ampiamente valorizzata la regolarizzazione dell’espropriazione, particolarmente enfatizzata dalla giurisprudenza francese, o della rinnovazione del procedimento, prospettata in alcune pronunce dal giudice spagnolo.

Ampio spazio inoltre viene ovunque riservato alle misure risarcitorie, comprensive (con l’eccezione della Francia) anche del danno da “disturbo” o del danno morale ovvero (come in Spagna) da uno speciale indennizzo per la privazione illegittima della proprietà, a tutela delle posizioni dei privati lesi della loro situazione proprietaria.

In conclusione, solo la nostra Cassazione ha elaborato così a chiare lettere una ricostruzione dogmatica che prevede l’acquisizione della proprietà da fatto illecito, mentre negli altri ordinamenti ci si è limitati a non disporre la restituzione del fondo.

In sostanza, sembrerebbe che la questione, tanto enfatizzata, dalla Corte EDU circa la carenza di “base legale” nella espropriazione indiretta, sia stata posta dinanzi ai giudici europei con tanta chiarezza solo nei giudizi concernenti l’Italia.

Viene dunque da chiedersi – è una provocazione – se non sia stata propria la nostra forse eccessiva raffinatezza concettuale, nella elaborazione di una soluzione giuridica al problema della espropriazione di fatto, che ha portato solo noi ad affermare principi evidentemente incompatibili con la CEDU e ha collezionare, quindi, così tante condanne.

Per fortuna, l’attuale art. 42 bis ha ora risolto il problema. Si tratta in verità di una norma assai più strutturata e garantista dei generici richiami a “regolarizzazioni” fatte in altri ordinamenti, così mostrando che il nostro rigore nella elaborazione delle categorie giuridiche e la nostra raffinatezza teorica può anche essere volta a trovare soluzioni di buon senso e conformi ai principi della CEDU.

Bibliografia essenziale.

Raul C. Van Caenegem, *I sistemi giuridici europei*, Bologna, 2002

José R. CHAVES GARCÍA, *La vía de hecho: un virus administrativo endémico*, 2020 <https://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmNDY3NjM7Wy1KLizPw8WyMDIwMDcyMDkEBmWqVLFnJIZUGqbVpiTnEqAGsXJ-U1AAAAWKE>

D. Diego Córdoba Castroverde, *Reparación de los perjuicios derivados de una expropiación ilegítima*, *Revista de Jurisprudencia*“, numero 1, 1-4- 2013.

M. D’Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992.

Ulrike Deutsch, *Expropriation without Compensation – the European Court of Human Rights sanctions German Legislation expropriating the Heirs of “New Farmers”*, in *German Law Journal* Vol. 06 No. 10, in www.germanlawjournal.com

Juan José González López, *La responsabilidad por vía de hecho en la expropiación a la luz de la disposición adicional de la ley de expropiación forzosa* <file:///C:/Users/m.maddalena/Downloads/Dialnet-LaResponsabilidadPorViaDeHechoEnLaExpropiacionALaL-6390772.pdf>

Giulio Napolitano (a cura di) *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007.

Simon Gilbert, *Expropriation et Convention européenne des droits de l’homme*, 2016, <https://journals.openedition.org/crdf/591?lang=en#bodyftn32>

Pierre Tifine, *Le droit de l’expropriation à l’épreuve de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité*, 2014 <https://www.lexbase.fr/article-juridique/20362349-doctrine-le-droit-de-l-expropriation-a-l-epreuve-de-la-procedure-de-question-prioritaire-de-constit>

Pierre DELVOLVÉ, *VOIE DE FAIT: LIMITATION ET FONDEMENTS in ius publicum network review* 2013, http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/19_12_2013_15_41-Delvolve_Article2013_TEMPLATE2def.pdf

Winrich Voss, *Compulsory Purchase in Poland, Norway and Germany – Part Germany, TS 3F – Compulsory Purchase and Compensation I*

Sir William Wade, *Administrative law*, Oxford, 1994.

Documenti:

Compulsory Purchase (Vesting Declarations) Act 1981

Acquisition of Land Act 1981

Code de l’expropriation pour cause de utilité publique”,

Land Expropriation in Europe, Legal Memorandum, January 2013

Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (LEF).

La Ley de Expropiación Forzosa. Análisis y perspectivas de reforma, Ministerio de Hacienda, 2003 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=489949>

Juris classeur, fasc._ 400.10, Expropriation – Regime general et object de la procedure, 24.10.2010.