Secondo l'Adunanza plenaria per le fattispecie disciplinate dall'art. 42-*bis* del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, recante il Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità, la rinuncia abdicativa del proprietario del bene occupato *sine titulo* dalla pubblica amministrazione non costituisce causa di cessazione dell'illecito permanente dell'occupazione senza titolo.

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza, 20 gennaio 2020, n. 4 – Pres. Patroni Griffi, Est. Lageder

Espropriazione per pubblico interesse – Cessazione illecito permanente – Rinuncia abdicativa – Esclusione

*Per le fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 42-*bis *d.P.R. n. 327/2001 la rinuncia abdicativa del proprietario del bene occupato* sine titulo *dalla pubblica amministrazione, anche a non voler considerare i profili attinenti alla forma, non costituisce causa di cessazione dell'illecito permanente dell'occupazione senza titolo.* (1)

(1) I. – Con la sentenza in rassegna, l'Adunanza plenaria ha ritenuto che, per le fattispecie disciplinate dall'art. 42-*bis* del d.P.R. n. 327 del 2001, l'illecito permanente dell'amministrazione non venga meno per effetto della rinuncia abdicativa del proprietario del bene occupato *sine titulo* dalla pubblica amministrazione, anche a non voler considerare i profili attinenti alla forma. Il collegio ha quindi restituito gli atti alla sezione rimettente, ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a., al fine di valutare le ricadute del principio di diritto affermato sulla decisione della controversia.

II. – Nel caso esaminato dal collegio, in primo grado il T.a.r. escludeva la configurabilità di una rinunzia abdicativa e riteneva applicabile l'art. 42-*bis* del TUEs, con conseguente legittimità del provvedimento poi effettivamente adottato dall'amministrazione resistente in primo grado.

Tale capo della sentenza veniva appellato dagli interessati i quali prospettavano di non essere più proprietari da tempo, in conseguenza di una loro "rinunzia abdicativa".

Il Consiglio di Stato evidenziava la possibile inefficacia dell'atto di acquisizione sanante in conseguenza dell'intervenuto acquisto della proprietà da parte dell'amministrazione in forza della allegata rinuncia abdicativa da parte degli originari proprietari che avrebbe determinato il venir meno dell'oggetto del provvedimento di acquisizione; pertanto riteneva di deferire alla Adunanza plenaria la questione se l'atto di acquisizione dovesse essere considerato autoritativo ed efficace (con la conseguente improcedibilità dei ricorsi di primo grado, quanto meno parziale) oppure inefficace, o

perché non seguito dal pagamento di quanto dovuto entro i successivi trenta giorni, o perché emesso quando l'Amministrazione era da considerarsi già proprietaria, potendosi ipotizzare in tal caso l'applicazione dell'art. 21-*septies*, comma 1, della legge n. 241 del 1990, avendo l'atto di acquisizione per oggetto un bene di cui l'autorità risultava già proprietaria in forza della intervenuta rinuncia abdicativa.

La quarta sezione del Consiglio di Stato, 30 luglio 2019, n. 5400 (oggetto della News US n. 104 del 25 settembre 2019, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti e sulla quale si veda *infra* § p), deferiva, quindi, all'Adunanza plenaria le seguenti questioni: "*a) se per le fattispecie sottoposte all'esame del giudice amministrativo e disciplinate dall'art. 42 bis del testo unico sugli espropri, l'illecito permanente dell'Autorità viene meno solo nei casi da esso previsti (l'acquisizione del bene o la sua restituzione), salva la conclusione di un contratto traslativo tra le parti, di natura transattiva; b) se, pertanto, la 'rinuncia abdicativa', salve le questioni concernenti le controversie all'esame del giudice civile, non può essere ravvisata quando sia applicabile l'art. 42 bis; c) se, ove sia invocata la sola tutela restitutoria e/o risarcitoria prevista dal codice civile e non sia richiamato l'art. 42 bis, il giudice amministrativo può qualificare l'azione come proposta avverso il silenzio dell'Autorità inerte in relazione all'esercizio dei poteri ex art. 42 bis; d) se, in tale ipotesi, il giudice amministrativo può conseguentemente fornire tutela all'interesse legittimo del ricorrente applicando la disciplina di cui all'art. 42 bis e, eventualmente, nominando un Commissario ad acta già in sede di cognizione; e) se, nella specie, l'atto di acquisizione emesso da Roma Capitale in data 23 novembre 2018 vada considerato giuridicamente rilevante (ciò che dovrebbe ammettersi, qualora si dovesse ritenere che l'Amministrazione solo con l'emanazione dell'atto di data 23 novembre 2018 ha fatto venire meno l'illecito permanente conseguente alla occupazione sine titulo)*".

III. – Il collegio, dopo aver ricostruito la vicenda processuale sottesa, ha osservato quanto segue:

a) con riferimento alla storia degli effetti dell'occupazione *sine titulo* della proprietà privata da parte della pubblica amministrazione, la giurisprudenza più risalente del Consiglio di Stato conosceva l'istituto dell'espropriazione in sanatoria, rivolta ad assicurare ad opere pubbliche realizzate in virtù di occupazione d'urgenza scaduta o di occupazione abusiva la possibilità di sanatoria, in forza di un decreto di espropriazione emesso *ex post*, dotato di efficacia retroattiva. Tale ricostruzione, pur regolarizzando la posizione dell'amministrazione, presentava limiti sul versante della tutela del privato, in quanto, tra l'altro, il privato restava proprietario del bene occupato, aveva diritto al solo risarcimento del danno determinato dalla perdita del godimento del bene ed era comunque soggetto alla tardiva emanazione del decreto di esproprio, idoneo a ricondurre il fatto dell'occupazione nell'alveo della legittimità procedimentale;

b) la giurisprudenza di legittimità è stata quindi indotta a elaborare degli istituti volti a contemperare i problemi legati alla lesione del diritto di proprietà conseguente all'occupazione senza titolo e alla trasformazione dell'immobile per scopo di pubblica utilità con il riconoscimento di un'adeguata riparazione sul piano economico del proprietario:

   b1) l'occupazione acquisitiva o appropriativa o accessione invertita, per cui il privato, a fronte dell'irreversibile trasformazione del bene di proprietà privata in funzione del perseguimento di un'utilità pubblica, perdeva la proprietà del bene e, quindi, la possibilità di ottenerne la restituzione, nonostante l'illegittimità del procedimento espropriativo e la mancanza di un titolo idoneo a determinare il trasferimento della proprietà dalla sfera privata a quella pubblica (tra le altre, Cass. civ., sez. un., 26 febbraio 1983, n. 1464, in *Foro It*., 1983, I, 626, con nota di ORIANI; *Giust. Civ*., 1983, I, 707; *Rass. Avv. Stato*, 1983, I, 124; *Vita Notar*., 1983, 937, con nota di DE GIOVANNI; *Giust. Civ*., 1983, I, 1736, con nota di MASTROCINQUE, ANNUNZIATA; *Giur. It*., 1983, I, 1, 1629, con nota di ANNUNZIATA; *Rass. Giur. Energia Elettrica*, 1983, 30, con nota di PATERNO'). L'istituto operava in relazione a fattispecie di illegittimità meno gravi del procedimento espropriativo, nelle quali l'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'opera pubblica avesse trovato consacrazione in una dichiarazione di pubblica utilità idonea a conferire all'opera effettiva natura pubblica ma non seguita da un formale atto ablativo. Uno dei presupposti dell'istituto era rappresentato dalla irreversibile trasformazione del bene del privato ossia dal fatto che l'opera dichiarata di pubblica utilità, anche se non ultimata, fosse emersa come strutturalmente e fisicamente nuova, così da evidenziare l'incompatibilità con essa dell'autonoma sopravvivenza del fondo inglobato;

   b2) l'occupazione usurpativa, caratterizzata dalla trasformazione del fondo di proprietà privata, in assenza di dichiarazione di pubblica utilità valida ed efficace (o perché mancante sin dall'inizio o perché venuta meno a seguito di annullamento giudiziale o perché carente dei suoi caratteri essenziali tipici, fra i quali la previsione dei termini per il compimento delle espropriazioni e dei lavori, o perché comunque divenuta inefficace), per la quale non operava l'accessione invertita per l'assenza di una dichiarazione di prevalenza funzionale dell'interesse pubblico e, quindi, l'amministrazione non acquistava la proprietà del bene, di cui restava titolare il privato;

b3) l'occupazione acquisitiva comportava l'estinzione del diritto di proprietà del privato e l'acquisizione a titolo originario in capo all'ente costruttore e costituiva un fatto illecito istantaneo, con effetti permanenti, che abilitava il privato a chiedere nel termine prescrizionale di cinque anni dal momento dell'irreversibile trasformazione del fondo la condanna dell'ente medesimo a risarcire il danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà mediante il pagamento di una somma che era pari al valore che il fondo aveva in quel momento, con la rivalutazione per la eventuale diminuzione del potere di acquisto della moneta fino al giorno della liquidazione;

b4) invece, nell'occupazione usurpativa si configurava una mera occupazione illegittima dell'immobile privato, ricondotta nell'ambito applicativo dell'art. 2043 c.c., con le necessarie implicazioni in termini di prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante dalla permanenza dell'illecita occupazione e in punto di esperibilità delle azioni reipersecutorie a tutela della non perduta proprietà del bene. La tesi per cui il privato, previa rinuncia abdicativa alla proprietà del bene, potesse optare per il risarcimento del danno per equivalente per la definitiva perdita del bene è stata elaborata con riferimento all'occupazione usurpativa, nella quale mancava qualsiasi collegamento tra occupazione del bene e interesse pubblico immanente al vincolo di scopo impresso all'opera dalla preventiva dichiarazione di pubblica utilità;

b5) con riferimento alle conseguenze: nel caso di occupazione appropriativa, la perdita del diritto di proprietà in capo al privato e l'acquisto in capo all'amministrazione si verificavano al momento della irreversibile trasformazione del fondo; nel caso di occupazione usurpativa, invece, l'effetto della perdita della proprietà veniva ancorato a un momento successivo che dipendeva da una scelta del proprietario usurpato che, rinunciando implicitamente al diritto dominicale, avesse optato per una tutela integralmente risarcitoria in luogo della tutela restitutoria e che segnava la cessazione della permanenza dell'illecito in seguito al venir meno del dovere di far cessare l'antigiuridicità mediante la restituzione del bene in conseguenza dell'opzione esercitata dal proprietario con l'atto abdicativo implicito nella proposizione dell'azione di risarcimento del danno. Nel contesto di tale ultimo orientamento, l'effetto della perdita della proprietà in capo al privato è sempre stato ricondotto, in modo unanime, all'atto abdicativo, e non è mai stata trovata una soluzione univoca in ordine all'individuazione del titolo e del modo di acquisto del diritto di proprietà in capo all'amministrazione occupante: in alcune sentenze si prospettava

una rinuncia a favore dell'amministrazione, evocando le ipotesi di abbandono liberatorio del fondo disciplinate dal codice civile; in altre sentenze si faceva riferimento alla vacanza dell'immobile determinata dalla rinuncia abdicativa e al successivo acquisto, a titolo originario, in capo allo Stato ai sensi dell'art. 827 c.c.;

b6) l'incerta e dibattuta riconduzione di alcune fattispecie all'occupazione acquisitiva o usurpativa rilevava anche ai fini del riparto di giurisdizione e contribuiva a creare un quadro giurisprudenziale incerto e dagli esiti imprevedibili nelle singole fattispecie concrete dedotte in giudizio;

c) a fronte di tale quadro normativo e giurisprudenziale, la Corte europea dei diritti dell'uomo rilevava il contrasto degli istituti ricostruiti in via pretoria con l'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, integrante principio generale del diritto UE ai sensi dell'art. 6 del Trattato, che sancisce il diritto al pacifico godimento della proprietà e la garanzia che l'eventuale privazione del possesso avvenga nel rispetto delle regole normativamente fissate, quali principi sulla cui base interpretare il potere riconosciuto agli Stati contraenti di controllare l'uso della proprietà per la soddisfazione dell'interesse generale. La Corte:

c1) ha precisato che la compatibilità degli istituti in questione con la citata disposizione convenzionale avrebbe richiesto: la sussistenza di una causa di pubblico interesse, il rispetto delle condizioni previste dalla legge e la realizzazione di un giusto equilibrio tra esigenze di carattere generale e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo;

c2) ha, quindi, escluso la compatibilità di tali istituti, che danno luogo a una espropriazione indiretta, permettendo alla pubblica amministrazione di acquisire un bene senza alcun titolo in difformità dallo schema legale e di conservare l'opera realizzata, con il diritto convenzionale in quanto: il quadro normativo interno, di carattere essenzialmente giurisprudenziale, non dava regole sufficientemente accessibili, precise e prevedibili, consentendo così interpretazioni contraddittorie se non addirittura arbitrarie; non era compatibile col principio di legalità un meccanismo che consentiva di trarre beneficio da una situazione illegale; risultavano pertanto violati i principi della certezza del diritto e dell'effettività della tutela giurisdizionale;

c3) quanto allo strumentario rimediale, pur rilevando che la restituzione del bene costituiva la forma più adeguata di riparazione a favore del proprietario illegittimamente spogliato del suo bene, non escludeva affatto, qualora tale rimedio non fosse praticabile oppure non fosse previsto

nell'ordinamento interno, e la non restituzione si rivelasse plausibile in concreto, la via della compensazione per equivalente, che avrebbe dovuto corrispondere al valore integrale del bene alla data della pronuncia;

d) sempre sul piano dello strumentario rimediale, anche la Corte costituzionale si è espressa nel senso che la restituzione è la regola, ma che, laddove vi siano preminenti ragioni di interesse pubblico, la stessa può essere trasformata in riparazione per equivalente, ferma la necessità di espungere la possibilità di acquisto connesso esclusivamente a fatti occupatori garantendo la restituzione del bene al privato;

e) per porre rimedio alle incoerenze con la Convenzione EDU rilevate dalla Corte EDU, è stato emanato l'art. 43 d.P.R. n. 327 del 2001, entrato in vigore il 30 giugno 2003, il quale, nelle intenzioni del legislatore, aveva il fine di ovviare alla mancanza di una base legale all'acquisizione del bene alla proprietà pubblica come effetto di occupazioni illegittime e *sine titulo*, attribuendo all'ente che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, il potere di disporne, valutati gli interessi in conflitto, l'acquisizione al suo patrimonio indisponibile;

   e1) la disposizione è stata introdotta per superare le situazioni di illegalità che si erano stratificate nel corso del tempo, consentendo alle amministrazioni di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto, con atti formali ancorati a una normativa e sindacabili dal giudice amministrativo;

   e2) la giurisprudenza amministrativa aveva ritenuto espunto dall'ordinamento interno l'istituto dell'occupazione acquisitiva, sostituito da quello introdotto con il citato art. 43, affermando che detto provvedimento costituiva l'unico titolo idoneo a trasferire all'amministrazione il diritto di proprietà sul bene illegittimamente occupato;

   e3) infatti, il provvedimento *ex* art. 43: aveva effetti *ex nunc*; doveva essere emanato, valutati gli interessi in conflitto, solo ove l'interesse pubblico, posto a raffronto con quello privato, avesse particolare rilevanza, non potendo il provvedimento di acquisizione divenire uno strumento ordinario dell'azione amministrativa, alternativo alla procedura legittima, ma dovendo esso essere usato in casi assolutamente eccezionali, nei quali si ravvisasse, motivando adeguatamente, la particolare rilevanza dell'interesse pubblico che avesse giustificato il sacrificio privato alla restituzione del bene;

f) tuttavia, sempre con riferimento all'art. 43 del d.P.R. n. 327 del 2001,

f1) la Corte costituzionale, con la sentenza 8 ottobre 2010, n. 293 (in *Giornale dir. amm.*, 2011, 5, 494, con nota di GIORGIO; *Corriere giuridico*, 2011, 11, 1552, con nota di DE MARZO; *Foro it.*, 2010, 12, 1, 3237; *Giur. it.*, 2011, 10, 2003, con nota di PICCIRILLI; *Notariato*, 2010, 6, 605; *Urbanistica e appalti*, 2011, 1, 56, con nota di MIRATE), lo ha dichiarato costituzionalmente illegittimo per eccesso di delega *ex* art. 76 Cost., in quanto andava oltre il coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti. Precisava, inoltre, la Corte che vi era un legittimo dubbio sulla idoneità della norma a garantire il rispetto dei principi della Convenzione EDU, sul rilievo che la Corte EDU "*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 allorché essa costituisca conseguenza di un'interpretazione giurisprudenziale, sia allorché derivi da una legge – con espresso riferimento all'articolo 43 qui censurato –, in quanto tale forma di espropriazione non può comunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione adottata secondo "buona e debita forma", sicché 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*";

f2) la disposizione presentava ulteriori criticità perché ai commi 3 e 4 disciplinava la c.d. acquisizione giudiziaria, relativa alle ipotesi in cui l'amministrazione, nel corso del giudizio per l'annullamento di un atto del procedimento ablatorio o per la restituzione del bene utilizzato per scopi di interesse pubblico, avesse chiesto al giudice di disporre, in caso di fondatezza della domanda, la condanna al risarcimento del danno per equivalente, con esclusione della restituzione del bene espropriato. In tal modo, "*l'esercizio del potere ablativo, di natura discrezionale, anziché svolgersi in sede procedimentale con le garanzie partecipative e gli oneri istruttori e motivazionali propri del procedimento e provvedimento amministrativo, si sarebbe manifestato attraverso un'eccezione processuale sollevata dalla difesa dell'amministrazione, e la relativa decisione finale sarebbe stata rimessa all'organo giudicante, in violazione del principio di separazione dei poteri e dell'esigenza di delineare il potere di acquisizione in termini più certi e prevedibili*";

g) al fine di colmare la lacuna aperta dalla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 43 e di superare le controverse questioni di diritto sostanziale e processuale sorte in sede di applicazione della disposizione, il legislatore ha introdotto l'art. 42-*bis* del d.P.R. n. 327 del 2001, che:

g1) assolve alla funzione di ricondurre a legalità situazioni connotate dall'utilizzazione, da parte della pubblica amministrazione, del bene immobile di un privato per scopi di interesse generale, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità;

g2) è caratterizzato da una precisa base legale e da peculiari e autonomi presupposti, semplificato nella struttura, complesso negli effetti (che si producono sempre *ex nunc*), il cui scopo non è quello di sanatoria di un precedente illecito perpetrato dall'amministrazione, bensì quello autonomo, rispetto alle ragioni che hanno ispirato la pregressa occupazione *contra ius*, consistente nella soddisfazione delle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che giustificano l'acquisizione del bene utilizzato al patrimonio indisponibile in funzione del mantenimento dell'opera pubblica realizzata senza titolo;

g3) si fonda sulla valutazione dell'interesse pubblico prevalente, sorretto da attuali ed eccezionali ragioni, che deve emergere necessariamente da un "*percorso motivazionale – rafforzato, stringente e assistito dalle garanzie partecipative rigorose delineate dalla legge n. 241/1990 con particolare riferimento ai procedimenti amministrativi che sfociano in provvedimenti discrezionali – basato sull'emersione di ragioni attuali ed eccezionali che dimostrino in modo chiaro che l'apprensione coattiva si pone come* extrema ratio*, dovendo in particolare essere dimostrato, in modo specifico e concreto, che non sono ragionevolmente praticabili soluzioni alternative*";

g4) attribuisce alla pubblica amministrazione il potere di disporre l'acquisizione al patrimonio indisponibile dell'immobile appartenente al privato e utilizzato senza titolo, in presenza dei presupposti e delle condizioni da essa stabiliti, e disciplina la misura dell'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale conseguente alla perdita definitiva del bene, valutato al valore venale, al momento del trasferimento, maggiorato della componente non patrimoniale, e con salvezza della possibilità, per il proprietario, di provare ulteriori autonome voci di danno;

h) la disposizione, a giudizio del collegio:

h1) pone, quindi, l'amministrazione dinanzi all'alternativa, oggetto di valutazione provvedimentale, di disporre l'acquisizione o di restituire l'area al proprietario, previo ripristino dello stato anteriore, affrontando le spese di demolizione e di ripristino. Nello specifico contesto procedimentale e provvedimentale della disposizione, la misura della restituzione previa rimessione in pristino dell'immobile illegittimamente occupato e

trasformato non può essere ricondotta "*al mero obbligo di natura civilistica conseguente alla lesione del diritto di proprietà e, dunque, a un mero effetto legale della determinazione di non acquisire l'immobile, ma costituisca espressione di una specifica volontà provvedimentale*";

h2) in sede di bilanciamento degli interessi e in considerazione della necessità di motivare in ordine all'assenza di ragionevoli alternative alla adozione del provvedimento di acquisizione, l'amministrazione dovrà prendere in considerazione anche le specifiche circostanze in tesi ostative all'alternativa restitutoria. "*L'inestricabile interdipendenza reciproca delle valutazioni da porre a base dei diversi esiti procedimentali e provvedimentali comporta che l'eventuale concreta restituzione del bene previa riduzione in pristino, disposta all'esito di siffatta valutazione, non può che costituire espressione dell'esercizio della (doverosa) funzione attribuita alla pubblica amministrazione in materia espropriativa nel contesto dello speciale procedimento ablativo all'esame, sebbene contenutisticamente coincidente con l'obbligo restitutorio di stampo civilistico*";

h3) inoltre, il dovere dell'amministrazione di far venire meno l'occupazione senza titolo, ossia di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto non incisa dall'occupazione medesima, costituisce espressione del principio generale di legalità dell'azione amministrativa, nella specie convogliata nella procedura speciale quale delineata dall'art. 42-*bis*, nonché dai principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione *ex* art. 97 Cost.;

h4) comporta che deve pertanto ritenersi esistente un obbligo di provvedere ai sensi dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990 sull'istanza del proprietario volta a sollecitare il potere di acquisizione o di restituzione previsto dalla norma in esame, fermo restando il carattere discrezionale della valutazione rimessa alla pubblica amministrazione sul merito dell'istanza;

h5) in senso conforme, la Corte costituzionale, 30 aprile 2015, n. 71 (in *Foro it*., 2015, 9, 1, 2629; *Urbanistica e appalti*, 2015, 6, 644; *Urbanistica e appalti*, 2015, 7, 767, con note di ARTARIA, BARILA'; *Quotidiano Giuridico*, 2015, con nota di SALVATO), nel dichiarare infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione alla disposizione in esame: ha indicato quale una delle possibili soluzioni per superare l'inerzia dell'amministrazione autrice dell'illecito, l'assegnazione giudiziale di un termine per scegliere tra l'adozione del provvedimento di cui all'art. 42-*bis* e la restituzione dell'immobile; ha ritenuto che l'adozione dell'atto acquisitivo è consentita esclusivamente allorché costituisca l'*extrema ratio* per la soddisfazione di attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico, perseguibile, pertanto, solo qualora siano escluse altre opzioni, compresa la

cessione volontaria mediante atto di vendita e non sia ragionevolmente possibile la restituzione, totale o parziale, del bene, previa riduzione in pristino, al privato illecitamente inciso nel suo diritto di proprietà;

h6) quindi, non si muove in una logica meramente rimediale rispetto a un pregresso comune illecito civilistico, ma risponde nel contempo all'esigenza di consentire alla pubblica amministrazione di riprendere a muoversi nell'alveo della legalità amministrativa, esercitando una funzione amministrativa ritenuta meritevole di tutela privilegiata, in funzione degli scopi di pubblica utilità perseguiti, sebbene emersi successivamente alla consumazione di un illecito ai danni del privato;

i) l'art. 42-*bis*, come ricostruito, deve ritenersi conforme ai principi di legalità vigenti sia nell'ordinamento interno che in quello sovranazionale:

i1) con riferimento all'ordinamento interno, il secondo e il terzo comma dell'art. 42 Cost. demandano alla legge la determinazione dei modi di acquisto della proprietà e sanciscono il principio di tipicità e tassatività delle fattispecie espropriative. Tali previsioni, tuttavia, non implicano che il potere espropriativo debba riferirsi ad un'unica ipotesi ablativa prefigurata in via generale e accompagnata da sequenze procedimentali costanti e unitarie, potendosi essa esplicare anche quando si riferisca a fattispecie ablative divergenti dal modello generale, purché tipizzate dalla legge. La peculiarità del procedimento in esame risiede nella circostanza che lo stesso si innesta su un precedente procedimento espropriativo irrimediabilmente viziato o fondato su un titolo annullabile;

i2) con riferimento al diritto sovranazionale la Corte costituzionale, con la citata sentenza n. 71 del 2015, ha affermato la conformità dell'istituto ai canoni della Convenzione EDU, per un verso attraverso la riconduzione, per il passato, delle occupazioni illegittime pendenti nell'alveo della legalità tramite il potere di adottare un formale provvedimento acquisitivo e, per altro verso, attraverso la configurazione, per il futuro, dell'istituto come procedura ablativa di natura eccezionale. Analogamente la Corte ha affermato la rispondenza ai canoni convenzionali e costituzionali dell'indennizzo previsto dalla disposizione in esame;

j) per quanto concerne la rinuncia abdicativa, occorre premettere che:

j1) la Corte di cassazione (Cass. civ., sez. un., 19 gennaio 2015, n. 735, in *Foro it*., 2015, 2, 1, 436; *Danno e Resp*., 2015, 5, 538; *Corriere Giur*., 2015, 3, 314, con nota di CONTI; *Urbanistica e appalti*, 2015, 4, 413, con nota di BARILA'; *Nuova Giur. Civ*., 2015, 7-8, 632, con nota di IMBRENDA) e la stessa Adunanza plenaria (Cons. Stato, Ad. plen., 9 febbraio 2016, n. 2, in *Foro it*., 2016, III, 185;

Corr. giur., 2016, 4, 498, con nota di CARBONE; *Giur. it.*, 2016, 5, 1212, con nota di URBANI), richiamate a sostegno della ricostruzione che ammette la rinuncia abdicativa, non trattano nel dettaglio delle questioni rimesse all'attenzione della plenaria, limitandosi a fare riferimento a tale istituto senza analizzarne nel dettaglio la configurabilità nella materia espropriativa;

j2) al fine della soluzione delle questioni poste all'esame del collegio non è necessario affrontare il tema della astratta ammissibilità nell'ordinamento generale, sotto un profilo civilistico, della rinuncia al diritto di proprietà su un bene immobile, sul quale il prevalente orientamento della giurisprudenza e dottrina civilistica sembra essere orientato nel senso dell'ammissibilità;

k) in senso contrario alla sua ammissibilità nella materia espropriativa depongono diversi argomenti:

l) in primo luogo, la trasposizione della figura negoziale della rinuncia abdicativa dall'ambito privatistico al settore dell'espropriazione per pubblica utilità, al fine di introdurre uno strumento ulteriore di tutela del proprietario leso dall'occupazione illegittima e dalla trasformazione del fondo da parte della pubblica amministrazione, genera un'irrazionalità amministrativa di tipo funzionale, in quanto non risolve la questione dell'effetto acquisitivo in favore della pubblica amministrazione:

l1) in linea generale, i provvedimenti ablativi del diritto di proprietà danno luogo ad un effetto privativo in capo al privato e, correlativamente, ad un effetto acquisitivo in capo all'amministrazione, essendo l'uno conseguenza dell'altro. "*Spezzare il nesso tra effetto privativo ed effetto acquisitivo significa privare la vicenda espropriativa della sua causa giuridica*". Nel caso di specie non è mai stata fornita adeguata giustificazione giuridica della vicenda acquisitiva in capo all'amministrazione;

l2) l'effetto acquisitivo non può essere ricondotto all'art. 827 c.c., il quale prevede l'acquisto a titolo originario dei beni vacanti da parte dello Stato. In ogni caso la disposizione non è idonea a determinare l'acquisto del bene in capo all'ente espropriante ovvero a quello occupante, ma solo dello Stato ovvero nelle Regioni a statuto speciale della Sardegna, della Sicilia e del Trentino-Alto Adige, al patrimonio delle rispettive Regioni, in forza degli artt. 14, 34 e 67 dei rispettivi statuti speciali;

l3) lo iato tra effetto abdicativo della rinuncia ed effetto acquisitivo in capo all'amministrazione non appare risolvibile tramite la tesi per cui la rinuncia alla titolarità del bene dovrebbe ritenersi risolutivamente condizionata

all'inadempimento dell'amministrazione occupante all'obbligo di corrispondere il controvalore monetario liquidato dal giudice al momento della definizione della controversia, sicché la rinuncia, interinalmente efficace, consoliderebbe i propri effetti al momento dell'effettivo e integrale versamento del risarcimento da parte dell'amministrazione occupante. Sulla base di tale ricostruzione il provvedimento di liquidazione escluderebbe in via definitiva la verificazione dell'evento dedotto in condizione e sarebbe soggetto a trascrizione. La tesi, tuttavia, si scontra con il rilievo che la trascrizione assolve alla funzione dell'opponibilità a terzi degli atti dispositivi di diritti reali, ma non ne integra la validità o l'efficacia né può essere indicata come elemento costitutivo della fattispecie traslativa o acquisitiva, con la conseguenza che, in mancanza di titolo idoneo all'acquisto in capo all'amministrazione occupante, l'ordine di trascrizione in favore di quest'ultima resterebbe privo di base legale;

l4) non appare possibile l'applicazione analogica di altre fattispecie di acquisto a titolo originario disciplinate dal codice civile, quali gli artt. 923, 940 e 942 c.c., in quanto si incorrerebbe nella violazione del principio di legalità delle fattispecie ablative sancito dalla Costituzione e dalla Convenzione EDU;

l5) la stessa obiezione interessa anche le fattispecie traslative complesse, mediate da eventuali sentenze costitutive, atteso il principio di tassatività delle sentenze costitutive di effetti traslativi o acquisitivi di diritti reali, né offrendo l'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a. una sufficiente base legale;

m) in secondo luogo, deve rilevarsi che l'evento della perdita della proprietà è un elemento costitutivo del fatto illecito produttivo del danno:

m1) la tesi della rinuncia abdicativa comporta che l'evento dannoso, la perdita della proprietà, verrebbe cagionato dallo stesso danneggiato, in contrasto con i principi che presiedono l'illecito aquiliano, che esigono un rapporto di causalità diretta tra evento dannoso e comportamento del soggetto responsabile, mentre nel caso di specie tale rapporto sarebbe interrotto dalla rinuncia dello stesso danneggiato, la quale soltanto determina l'effetto della perdita;

m2) tale rilievo non è superabile con la considerazione per cui il proprietario verrebbe costretto ad abdicare in quanto con l'occupazione gli sarebbe rimasto un bene privo di utilità, in quanto: da un lato, in caso di contestazione, occorrerebbe verificare in via giudiziale l'effettiva e definitiva perdita di utilità del fondo, con conseguente introduzione dell'acquisizione giudiziaria prevista dall'art. 43 del d.P.R. n. 327 del 2001 ed espunta dall'ordinamento per le criticità che presentava; dall'altro, attraverso la

riconduzione causale della perdita del bene alla sua occupazione e trasformazione *sine titulo* da parte dell'amministrazione si introdurrebbe una forma di espropriazione indiretta in contrasto con i canoni della Convenzione EDU;

m3) se invece la determinazione circa la rinuncia abdicativa fosse rimessa alla libera e insindacabile, sotto il profilo causale, scelta del proprietario, quale espressione della sua libera autodeterminazione in ordine al diritto di proprietà sul bene leso dall'occupazione illegittima, l'applicazione dello strumento della rinuncia alle vicende delle occupazioni illegittime contrasterebbe con i principi civilistici in tema di illecito aquiliano;

n) da ultimo, la disciplina del procedimento espropriativo contenuta all'art. 42-*bis* del d.P.R. n. 327 del 2001 regola "*in modo tipico, esaustivo e tassativo, il procedimento di (ri)composizione del contrasto tra l'interesse privato del proprietario e l'interesse generale cui è preordinata l'acquisizione del bene alla mano pubblica comportante la cessazione dell'illecito permanente*":

n1) una volta disciplinata dal legislatore in modo compiuto ed esauriente, la procedura in questione "'*tipizza' i poteri dell'amministrazione e 'conforma' la facoltà di autodeterminazione del proprietario in ordine alla sorte del bene rimasto di sua proprietà*";

n2) l'amministrazione è titolare di una funzione, a carattere doveroso nell'*an*, consistente nella scelta tra la restituzione del bene, previa rimessione in pristino, e acquisizione ai sensi dell'art. 42-*bis*; non si tratta, quindi, di una mera facoltà di scelta tra più opzioni, ma di doveroso esercizio di un potere che potrà avere come esito o la restituzione al privato o l'acquisizione del bene; entrambe le alternative sono finalizzate a porre fine allo stato di illegalità in cui versa la situazione presupposta dalla norma;

n3) la facoltà di autodeterminazione del privato resta conformata nel senso che può spingere l'amministrazione all'esercizio del dovere di porre comunque termine alla situazione di illecito permanente costituita dall'occupazione senza titolo e ricondurla a legalità secondo la seguente alternativa: adottare un provvedimento di acquisizione verso la corresponsione dell'indennizzo previsto dalla disposizione in esame; in mancanza dell'acquisizione, restituire il bene al privato previa rimessione in pristino;

n4) non appaiono quindi percorribili altre soluzioni, in quanto resterebbe irrisolta la definizione di una base legale certa per l'effetto traslativo della proprietà. In particolare, il riferimento all'*analogia iuris*, oltre a non essere necessario sotto il profilo della garanzia della effettività della tutela del proprietario leso, in quanto sussistono mezzi coercitivi affinché

l'amministrazione occupante provveda a compiere la scelta tra acquisizione e restituzione: comporta uno stravolgimento dell'assetto di interessi sotteso; affida la decisione sulla sorte del bene ad un atto eventuale e unilaterale del proprietario, cui si finirebbe per attribuire una sorta di diritto potestativo direttamente ricadente nella sfera giuridica dell'amministrazione; determina l'introduzione *praeter legem* di una nuova fattispecie ablativa/traslativa, la cui disciplina è riservata alla legge e informata alla tassatività e tipicità dei poteri ablatori e delle relative procedure;

n5) pertanto, "*preminenti esigenze di sicurezza giuridica, implicanti la prevedibilità, per tutti i soggetti coinvolti (compresa la parte pubblica), della fattispecie ablativa/acquisitiva, non possono che escludere la rilevanza dell'atto unilaterale di rinuncia abdicativa alla proprietà dell'immobile, ai fini della cessazione dell'illecito permanente costituito dall'occupazione* sine titulo *del bene di proprietà privata e della riconduzione della situazione di fatto a legalità*";

n6) l'ordinamento processuale amministrativo appresta uno strumentario processuale efficace per reagire all'eventuale inerzia dell'amministrazione con l'azione *ex* artt. 31 e 117 c.p.a. oppure attraverso l'assegnazione, nella sentenza di cognizione, di un termine per provvedere in ordine all'acquisizione o alla restituzione del bene illegittimamente occupato, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. b), c.p.a., con eventuale contestuale nomina di un commissario *ad acta* per il caso di persistente inottemperanza all'ordine di provvedere. L'iniziativa procedimentale e il successivo giudizio sul silenzio costituiscono mezzi con cui il proprietario del bene occupato può far valere l'interesse ad ottenere un ristoro pecuniario in luogo della restituzione del bene. "*Viene, con ciò, offerta al privato una tutela celere, concentrata e definitiva dell'interesse leso, senza necessità di ricorrere alla costruzione della rinuncia abdicativa*";

o) le conclusioni descritte rendono non rilevante la risposta al quesito se la rinuncia abdicativa possa dirsi implicita nella domanda risarcitoria per equivalente proposta in sede giudiziaria, che, comunque, rafforza le criticità della teoria della rinuncia abdicativa:

o1) in primo luogo, la proposizione di una domanda risarcitoria del pregiudizio sofferto rispetto al bene nulla esprime in ordine alla volontà di preservarne o meno la titolarità. Siffatta domanda non è né logicamente né giuridicamente incompatibile con la volontà di permanere titolare del diritto di proprietà, potendo anche il danno da perdita del godimento del bene, in vista della sua proiezione tendenziale all'infinito in ragione della irreversibile trasformazione del fondo, finire per equivalere al valore di

scambio. In considerazione della rilevanza degli effetti dell'atto abdicativo, comportante la perdita del diritto di proprietà su un bene immobile, non appare ammissibile, per ragioni di certezza del traffico giuridico immobiliare, ancorare l'effetto a manifestazioni di volontà ricavabili da atti processuali a contenuto non univoco, in violazione dei principi di accessibilità, precisione e prevedibilità cui deve essere improntata la disciplina delle procedure ablative nonché lo stesso regime giuridico di circolazione dei beni;

o2) in secondo luogo, l'atto di rinuncia al diritto di proprietà su beni immobili è soggetto alla forma scritta *ad substantiam* ai sensi dell'art. 1350, n. 5, c.c. Pertanto, l'atto formale contenente la volontà tacita di rinuncia deve, in ogni caso, assumere la forma scritta e, quindi, essere munito della sottoscrizione personale della parte, autenticata o comunque riconosciuta nelle forme di legge. Si tratta di un requisito formale da vagliare caso per caso attraverso l'esame degli atti processuali di parte. Nel caso di specie, gli atti processuali depositati, con cui sono veicolate le domande di risarcimento del danno, non recano la sottoscrizione personale delle parti, né risulta conferita al difensore una procura speciale a disporre del diritto di proprietà attraverso una eventuale rinuncia abdicativa.

IV. – Per completezza si segnala quanto segue:

p) con riferimento al rapporto tra rinuncia abdicativa e art. 42-*bis*:

p1) Cons. Stato, Ad. plen., 20 gennaio 2020, nn. 2 [oggetto della coeva News US alla quale si rinvia per specifici approfondimenti, specie con riferimento al recente orientamento della giurisprudenza di legittimità sulla rinuncia abdicativa § k), al carattere permanente dell'illecito dell'amministrazione in caso di utilizzo senza titolo di un bene immobile da parte della pubblica amministrazione § l, alle criticità insite nel ripudio della tesi che ammette la rinuncia abdicativa § n), ai profili processuali §§ o), p) e q)] e 3, hanno pronunciato il seguente principio di diritto "*per le fattispecie disciplinate dall'art. 42-bis TUEs., l'illecito permanente dell'Autorità viene meno nei casi da esso previsti (l'acquisizione del bene o la sua restituzione), salva la conclusione di un contratto traslativo tra le parti, di natura transattiva e la rinuncia abdicativa non può essere ravvisata*";

p2) le questioni esaminate dalle citate decisioni dell'Adunanza plenaria sono state oggetto di tre rimessioni: Cons. Stato, sez. IV, 30 luglio 2019, n. 5400 (oggetto della citata News US n. 104 del 25 settembre 2019, alla quale si rinvia specie con riferimento ai precedenti giurisprudenziali sul tema, § t),

con riferimento alla sentenza in commento), nonché le nn. 5399 (sulla quale è intervenuta la citata sentenza n. 3 del 2020 dell'Adunanza plenaria) e 5391 (sulla quale è intervenuta la citata sentenza dell'Adunanza plenaria n. 2 del 2020) emesse in pari data, che hanno deferito all'Adunanza plenaria le seguenti questioni: "*a) se per le fattispecie sottoposte all'esame del giudice amministrativo e disciplinate dall'art. 42 bis del testo unico sugli espropri, l'illecito permanente dell'Autorità viene meno solo nei casi da esso previsti (l'acquisizione del bene o la sua restituzione), salva la conclusione di un contratto traslativo tra le parti, di natura transattiva; b) se, pertanto, la 'rinuncia abdicativa', salve le questioni concernenti le controversie all'esame del giudice civile, non può essere ravvisata quando sia applicabile l'art. 42 bis; c) se, ove sia invocata la sola tutela restitutoria e/o risarcitoria prevista dal codice civile e non sia richiamato l'art. 42 bis, il giudice amministrativo può qualificare l'azione come proposta avverso il silenzio dell'Autorità inerte in relazione all'esercizio dei poteri ex art. 42 bis; d) se, in tale ipotesi, il giudice amministrativo può conseguentemente fornire tutela all'interesse legittimo del ricorrente applicando la disciplina di cui all'art. 42 bis e, eventualmente, nominando un Commissario ad acta già in sede di cognizione; e) se, nella specie, l'atto di acquisizione emesso da Roma Capitale in data 23 novembre 2018 vada considerato giuridicamente rilevante (ciò che dovrebbe ammettersi, qualora si dovesse ritenere che l'Amministrazione solo con l'emanazione dell'atto di data 23 novembre 2018 ha fatto venire meno l'illecito permanente conseguente alla occupazione sine titulo)*";

q) sempre con riferimento all'art. 42-*bis*, Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 15 luglio 2019, n. 4950 (oggetto della News US n. 100 del 10 settembre 2019, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti, specie con riferimento al tema dell'*overruling* processuale, § q), ha deferito all'Adunanza plenaria le seguenti questioni: "*a) se il giudicato civile, sull'obbligo di restituire un'area al proprietario da parte dell'Amministrazione occupante sine titulo, precluda o meno l'emanazione di un atto di imposizione di una servitù di passaggio, col mantenimento del diritto di proprietà in capo al suo titolare; b) se la formazione del giudicato interno - sulla statuizione del TAR per cui il giudicato civile consente l'attivazione di un ordinario procedimento espropriativo – imponga nella specie di affermare che sussiste anche il potere dell'Amministrazione di imporre la servitù di passaggio ex art. 42 bis, comma 6; c) se la preclusione del 'giudicato restitutorio' sussista anche quando la sentenza (nella specie, del giudice civile) non abbia espressamente precluso l'esercizio dei poteri previsti dall'art. 42 bis per adeguare lo stato di fatto a quello di diritto; d) se la preclusione del 'giudicato restitutorio' sussista solo in relazione ai giudicati formatisi dopo la pubblicazione della sentenza della Adunanza Plenaria n. 2 del 2016, ovvero anche in relazione ai giudicati formatisi in precedenza*". In

particolare, con la citata ordinanza, il collegio ha deferito all'Adunanza plenaria alcune questioni relative alla interpretazione dell'art. 42-*bis* del TUEs, con particolare riferimento alla possibilità di adottare un decreto di acquisizione sanante per la costituzione, in favore di un Comune, di una servitù pubblica di passaggio per l'accesso ad un parco pubblico, in presenza di un giudicato civile di restituzione del terreno, conseguente non ad una procedura espropriativa illegittima ma alla declaratoria di nullità di un contratto di compravendita con immissione immediata nel possesso in favore del Comune resistente dinanzi al T.a.r.;

r) la rassegna monotematica di giurisprudenza, sia civile che amministrativa, a cura dell'Ufficio Studi, massimario e formazione dal titolo *"L'occupazione abusiva di immobili da parte della pubblica amministrazione"* (aggiornata al 2 settembre 2019, cui si rinvia per ogni approfondimento anche di dottrina).