

Torna alla Adunanza plenaria l'interpretazione dell'art. 42 *bis* del T.U. espropri in presenza di un giudicato restitutorio del g.o.

Consiglio di Stato, sezione IV, ordinanza 15 luglio 2019, n. 4950 – Pres. ed Est. Maruotti

Espropriazione per pubblico interesse – Acquisizione sanante – Applicabilità alla costituzione di una servitù pubblica in presenza di giudicato civile restitutorio – Deferimento all'Adunanza plenaria

Vanno deferite all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 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 (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna la quarta sezione del Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria alcune questioni relative alla interpretazione dell'art. 42 *bis* del t.u. espropri, 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.

In primo grado il T.a.r. per le Marche ha accolto il ricorso proposto dai proprietari del terreno, gravato dalla servitù pubblica, in dichiarata applicazione dei principi espressi dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 2 del 2016 (in *Foro it.*, 2016, III, 185) che ha escluso la possibilità, in presenza di un giudicato civile restitutorio conseguente a procedura espropriativa illegittima, di adottare il decreto di acquisizione sanante.

La quarta sezione, adita dalla contro interessata che beneficiava della servitù pubblica di passaggio, ha ritenuto di deferire nuovamente alla Adunanza plenaria la questione del rapporto tra giudicato civile restitutorio e decreto di acquisizione sanante, sulla scorta delle seguenti considerazioni:

- a) è opinabile, rispetto a quanto osservato dal T.a.r., che nella specie si ravvisi una vicenda di mero rilievo privatistico, su cui non potrebbe 'interferire' il potere pubblicistico;
- b) l'art. 42 *bis* t.u. espropri si applica infatti testualmente ad ogni caso in cui – per qualsiasi ragione – un bene immobile altrui sia utilizzato dall'Amministrazione per scopi di interesse pubblico, senza che abbiano rilievo le circostanze che hanno condotto alla occupazione *sine titulo* e alla riconducibilità di tali circostanze a vicende di natura privatistica o pubblicistica;
- c) in particolare la parola '*anche*' evidenzia la natura meramente esemplificativa dei casi indicati dal comma 2 dell'art. 42 *bis* (annullamento dell'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, dell'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o del decreto di esproprio);
- d) peraltro, nel caso di specie, per escludere un mero rilievo 'privatistico' della vicenda, la sezione sottolinea come l'Amministrazione – con la stipula del contratto poi dichiarato nullo – ha invero attuato le previsioni dell'allora vigente programma di fabbricazione, sicché il medesimo contratto avrebbe sostanzialmente la natura di accordo di cessione del bene espropriando, attuativo dello strumento urbanistico;
- e) quanto al limite del giudicato restitutorio, enunciato da Corte cost., 30 aprile 2015, n. 71 (in *Foro it.*, 2015, I, 2629 con nota di R. PARDOLESI "*Acquisizione sanante: ansia di riscatto e violenza latente*") e ribadito da Cons. Stato, Ad. plen., 9 febbraio 2016, n. 2 *cit.*, si tratta di principio affermato con specifico riferimento alla emanazione dell'atto di acquisizione "in proprietà" mentre nel caso di specie il Comune si è limitato a costituire una servitù di passaggio, ai sensi dell'art. 42 *bis*, comma 6 sicché il suddetto principio non dovrebbe ritenersi ostativo;
- f) la costituzione di una servitù, in luogo della acquisizione della proprietà, sarebbe decisiva per differenziare la presente fattispecie dal principio affermato dalla Corte costituzionale e dalla Adunanza plenaria in quanto il Comune ha mantenuto ferma (ed ha riconosciuto) la titolarità del diritto di proprietà in capo agli appellati e – nel contemperare gli interessi in conflitto – ha imposto la servitù per una parte delimitata dell'area, in ragione dello specifico interesse pubblico, riferito alla migliore utilizzabilità del 'fondo dominante' (costituito dal vicino parco pubblico), oltre che alla razionalità dell'assetto viario;

- g) inoltre la formazione del giudicato interno sulla statuizione del T.a.r. per cui il giudicato restitutorio consente comunque l'attivazione di un ordinario procedimento espropriativo volto all'acquisto della proprietà, dovrebbe indurre a concludere nel senso che sussiste anche il potere dell'Amministrazione di imporre la servitù di passaggio ex art. 42 *bis*, comma 6;
- h) la sezione pone altresì la questione se la preclusione del 'giudicato restitutorio' sussista anche quando la sentenza 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; la sussistenza del 'giudicato restitutorio' potrebbe essere affermata solo quando la relativa sentenza abbia ritenuto di escludere l'applicabilità della normativa pubblicistica, introdotta dal legislatore proprio per consentire l'adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto; non v'è dubbio infatti che proprio a seguito dell'annullamento degli atti del procedimento ablatorio da parte del g.a. si possano esercitare i poteri previsti dall'art. 42 *bis*: allo stesso modo, il giudice civile – nell'emettere unicamente le statuizioni prettamente civilistiche conseguenti alla declaratoria della nullità del contratto - non va ad incidere sull'ambito di applicabilità del medesimo articolo;
- i) occorre dunque chiarire se il principio enunciato dalla Adunanza plenaria n. 2 del 2016 sia applicabile ai soli casi in cui il 'giudicato restitutorio' sia caratterizzato dalla espressa statuizione sulla inapplicabilità dell'art. 42 *bis*, ovvero anche ai casi in cui l'ordine di restituzione sia stato emesso – come nella specie, dal giudice civile - senza alcun richiamo alla normativa pubblicistica applicabile in materia;
- j) per l'ipotesi in cui si ritenga che la sentenza del giudice civile sia tale da comportare un 'giudicato restitutorio preclusivo' con conseguente inapplicabilità dell'art. 42 *bis*, la sezione chiede alla plenaria di modulare la portata temporale della regola affermata dalla precedente sentenza n. 2 del 2016 ritenendola applicabile solo ai giudicati formati successivamente, evidenziando che il 'giudicato restitutorio' – disposto dalla sentenza della Corte d'appello di Ancona nel 2014 – si è formato prima della enunciazione del principio di diritto da parte dell'Adunanza plenaria, e dunque quando il Comune – anche per l'assenza di una statuizione del giudice civile sulla impossibilità di esercitare i poteri pubblicistici – non poteva percepire la gravità delle conseguenze che sarebbero derivate dal suo passaggio in giudicato;
- k) diversamente, come osservato dalla Adunanza plenaria con sentenza 22 dicembre 2017, n. 13 (in *Foro it.*, 2018, III, 145 con nota critica di M. CONDORELLI "Il nuovo prospective overruling, «dimenticando» l'adunanza plenaria n. 4 del 2015" oggetto della News US del 8 gennaio 2018, con ampi richiami di dottrina e di giurisprudenza), vi sarebbe una 'notevole compromissione' degli interessi pubblici coinvolti – oltre

che una lesione del legittimo affidamento dell'Amministrazione - se si dovesse ritenere che ai giudicati restitutori 'antecedenti' alle statuizioni della Adunanza plenaria vada attribuito un rilievo assolutamente preclusivo dell'esercizio del potere previsto dall'art. 42 *bis*, col conseguente obbligo dell'Amministrazione di restituire ineluttabilmente le aree, previa la loro *restitutio in integrum*;

- l) rileva al riguardo anche il principio di certezza del diritto, per il quale, sempre secondo la richiamata pronuncia n. 13 del 2017, si può limitare *“la possibilità per gli interessati di far valere la norma giuridica come interpretata, se vi è il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa, sempre che risulti che i destinatari del precetto erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni”*;
- m) in materia di occupazione *sine titulo* solo la citata sentenza della Corte costituzionale ha fugato i dubbi interpretativi sulla legittimità costituzionale dell'art. 42 *bis* ed ha sottolineato il rilievo ostativo del 'giudicato restitutorio', al quale ha operato il suo richiamo l'Adunanza plenaria;
- n) è pertanto comprensibile che prima di tali pronunce le Amministrazioni – per lo più indotte a non emettere il provvedimento di acquisizione dal timore di non incorrere in responsabilità e dalla scarsità delle risorse economiche - non abbiano avuto nemmeno adeguata contezza dell'impatto innovativo delle 'nuove' disposizioni e delle preclusioni che sarebbero state desunte in sede interpretativa.

II. – Per completezza sull'argomento si segnala:

- o) 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 in relazione all'istituto della rinuncia abdicativa);
- p) tra le più recenti pronunce in tema si vedano:
 - p1) Cass. civ., sez. un., n. 3517 del 2019 (in *Foro it.*, 2019, I, 1644, con nota di BARILÀ dal titolo *“La partecipazione del privato al procedimento di acquisizione sanante”*), resa in materia di impugnazione di un atto di asservimento coattivo in sanatoria ex art. 42 *bis* t.u. espropri, la quale, ribadendo principi consolidati ed in dichiarata adesione a quanto espresso dalla Adunanza plenaria n. 2 del 2016, afferma che *“L'atto di acquisizione sanante è, dunque, volto a ripristinare la legalità amministrativa con effetto non retroattivo, attraverso «una sorta di procedimento espropriativo semplificato», di carattere eccezionale, innestato su un*

precedente procedimento espropriativo irrimediabilmente viziato o, comunque, fondato su titolo astrattamente annullabile sub iudice”;

- p2) sul tema connesso della ammissibilità della rinuncia abdicativa cfr. Cons. Stato, sez. IV, 24 maggio 2018, n. 3105 (favorevole); Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2018, n. 2396 (favorevole); T.a.r. per il Piemonte; sez. I; 28 marzo 2018, n. 368 (contraria, con ampia motivazione) tutte in *Foro it.*, 2018, III, 403 con nota redazionale di C. BONA contenente una puntuale rassegna delle posizioni dottrinali sul tema. Favorevoli alla rinuncia abdicativa sono anche Cass. civ., sez. I, 24 maggio 2018, n. 12961 in *Foro it.*, 2018, I, 2363 nonché Cass. civ., sez. I, 7 marzo 2017, n. 5686 in *Foro it.*, 2017, I, 1992 con approfondita nota redazionale di BARILÀ; nello stesso senso si veda Corte appello Genova 27 novembre 2018 (che ammette la trascrivibilità dell'atto di rinuncia abdicativo) e Tribunale civile Genova 1 marzo 2018, in *Foro it.*, 2019, I, 308 con nota di richiami;
- q) sul tema dell'*overruling* processuale e sostanziale si veda:
- q1) Cass. civ., sez. un., n. 4135 del 2019, in *Foro it.*, 2019, I, 1623 con nota di CAPASSO la quale ha ribadito che il *prospective overruling* è limitato alle norme di carattere processuale e serve a tutelare “*la parte che vedrebbe frustrato il proprio legittimo affidamento nell’interpretazione resa dalla Suprema corte nel momento in cui ha tenuto la condotta processuale, qualora fosse esposta agli effetti processuali pregiudizievoli (nullità, decadenze, preclusioni, inammissibilità) derivanti dal successivo revirement giurisprudenziale, ma pur sempre riconducibili alle disposizioni processuali vincolanti per tutti i giudici, soggetti solo alla legge (art. 101, 2° comma, Cost.)*”. Ha inoltre ribadito che un orientamento del giudice della nomofilachia cessa di essere retroattivo, come, invece, dovrebbe essere in forza della natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, e può quindi parlarsi di *prospective overruling*, a condizione che ricorrano cumulativamente i seguenti presupposti:
- che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza di legittimità su norme regolatrici del processo, non anche su disposizioni di natura sostanziale;
 - che tale mutamento sia stato imprevedibile o quantomeno inatteso e privo di preventivi segnali anticipatori del suo manifestarsi, in ragione del carattere consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso, ipotesi non ravvisabile in presenza di preesistenti contrasti interpretativi o di incertezza interpretativa delle norme processuali ad opera della Corte di cassazione in assenza di un orientamento consolidato della stessa Corte

o nel caso in cui la parte abbia confidato nell'orientamento che non è prevalso;

- che l'*overruling* sia causa diretta ed esclusiva di un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte, ponendosi esso quale causa di sopravvenuta inammissibilità, improcedibilità, decadenze o preclusioni, in ragione della diversità delle forme e dei termini da osservare sulla base dell'orientamento sopravvenuto alla proposizione del ricorso, che abbia reso impossibile una decisione sul merito della pretesa azionata in giudizio;

q2) Corte cost., 25 giugno 2019, n. 160 (oggetto della News US n. 79 del 8 luglio 2019) secondo cui solo la legge può modulare gli effetti della tutela costitutiva d'annullamento. Se è infatti indiscutibile che i principi fondamentali del nostro sistema costituzionale espressi dagli artt. 24 e 113 Cost. devono trovare applicazione rigorosa a garanzia delle posizioni giuridiche dei soggetti che ne sono titolari, *“ciò non significa che l'art. 113 Cost., correttamente interpretato sia diretto ad assicurare in ogni caso e incondizionatamente una tutela giurisdizionale illimitata e invariabile contro l'atto amministrativo, spettando invece al legislatore ordinario un certo spazio di valutazione nel regolarne modi ed efficacia”*; il *“secondo comma dell'art. 113 non può essere interpretato senza collegarlo col comma che lo segue immediatamente e che contiene la norma, secondo la quale la legge può determinare quali organi di giurisdizione possano annullare gli atti della pubblica Amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge medesima. Il che sta a significare che codesta potestà di annullamento non è riconosciuta a tutti indistintamente gli organi di giurisdizione, né è ammessa in tutti i casi, e non produce in tutti i casi i medesimi effetti”*; nella stessa direzione si muovono anche le considerazioni sviluppate da Corte di giustizia dell'UE, 29 luglio 2019, C-411/17, ASBL (Newsletter n. 32 del 2 settembre 2019), secondo cui, in buona sostanza, in presenza della violazione del diritto europeo da parte di misure amministrative:

- gli Stati membri (inclusi gli apparati giudiziari) sono tenuti, in linea generale e tendenzialmente inderogabile, a rimuovere le conseguenze dell'illecito europeo *ex tunc*, sospendendo ovvero annullando il relativo provvedimento;
- solo la Corte di giustizia può acconsentire, a determinate condizioni, che i giudici nazionali (incluse le Corti costituzionali), per esigenze imperative ed in via del tutto eccezionale, modulino gli effetti nel tempo della declaratoria di illegittimità della disposizione sottoposta a controllo, in presenza di una previsione nazionale espressa;

- per tale via sarebbe possibile applicare la disposizione nazionale che consente espressamente di mantenere determinati effetti di un atto nazionale annullato;

- q3) Cons. Stato, Ad. plen., 23 febbraio 2018, n. 1 (oggetto della News US del 27 febbraio 2018 nonché in *Foro it.*, 2018, III, 193), la quale ha escluso che il principio di diritto affermato (concernente il divieto di cumulo tra risarcimento del danno ed emolumenti di carattere indennitario erogati da enti pubblici) possa ritenersi applicabile soltanto a rapporti futuri e non anche a quelli in corso, avendo gli enunciati giurisprudenziali natura formalmente dichiarativa. Rammenta al riguardo che la diversa opinione «*finisce per attribuire alla esegesi valore ed efficacia normativa in contrasto con la logica intrinseca della interpretazione e con il principio costituzionale della separazione dei poteri venendosi a porre in sostanza come una fonte di produzione*» (Cons. Stato, Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9 in *Foro it.*, 2016, III, 65; *Riv. neldiritto*, 2016, 93; *Riv. neldiritto*, 2016, 285, con nota di BRICI; *Foro amm.*, 2015, 2747; *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2015, fasc. 4, 87, con nota di VESPIGNANI; *Urbanistica e appalti*, 2016, 167, con nota di GASTALDO, LONGO, CANZONIERI; *Giornale dir. amm.*, 2016, 365 (m), con nota di GALLI, CAVINA; *Riv. giur. edilizia*, 2015, I, 1138; *Nuovo dir. amm.*, 2016, fasc. 3, 53, con nota di NARDOCCI);
- q4) di segno opposto è invece Cons. Stato, Ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13 *cit.*, richiamata dalla ordinanza in rassegna, in materia di ultrattività delle proposte di vincolo paesaggistico, che ha ritenuto ammissibile l'istituto dell'*overruling* anche su questione di diritto sostanziale, su cui si veda: ANTONIO VACCA, *Adunanza Plenaria, ius dicere e creazione del diritto (commento a Cons. Stato, Ad. Plenaria, sent. 22 dicembre 2017 n. 13)* in *Lexitalia*, 5 gennaio 2018, secondo il quale la limitazione *pro futuro* degli effetti della sentenza interpretativa dell'Adunanza plenaria equivarrebbe alla creazione di una norma transitoria, in funzione para normativa, e può integrare un'ipotesi di diniego di giurisdizione in danno della parte ricorrente, suscettibile di ricorso per cassazione ex art. 111 Cost.; D. PAGANO, *L'Adunanza Plenaria n. 13/2017: summum jus, summa iniura?*, *ibidem*, 22 febbraio 2018. Ampi approfondimenti sul tema sono contenuti anche nella News US in data 8 gennaio 2018 *cit.* cui si rinvia.