Torna alla Adunanza plenaria l'interpretazione dell'art. 42 bis del T.U. espropriazione in relazione all'istituto della c.d. rinuncia abdicativa.

Consiglio di Stato, sezione IV, ordinanza 30 luglio 2019, n. 5400 – Pres. ed Est. Maruotti

Espropriazione per pubblico interesse – Acquisizione sanante – Rinuncia abdicativa – Configurabilità – Deferimento all'Adunanza plenaria.

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

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna (che segue due analoghe ordinanze di rimessione, la n. 5399 e la n. 5391 in pari data) la Quarta sezione del Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria la questione della ammissibilità della rinuncia abdicativa nei giudizi dinanzi al giudice amministrativo, sollecitando una rimeditazione dei principi affermati in tema dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 2 del 2016 (in *Foro it*., 2016, III, 185 con note di TRAVI, BARILA' e PARDOLESI).

In primo grado il T.a.r. escludeva la configurabilità di una "rinunzia abdicativa" e riteneva applicabile l'art. 42 *bis* del testo unico sugli espropri, con conseguente legittimità del provvedimento poi effettivamente adottato da Roma capitale 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".

La Quarta sezione, evidenziava la possibile inefficacia dell'atto di acquisizione sanante in conseguenza dell'intervenuto acquisto della proprietà da parte di Roma Capitale 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, emesso da Roma Capitale, 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 rimessione veniva prospettata sulla scorta delle seguenti considerazioni tese ad escludere la configurabilità di una rinunzia abdicativa, sia nel caso di specie che in via generale:

a) negli anni susseguenti all'entrata in vigore del testo unico, il Consiglio di Stato non ha affrontato *funditus* la questione se la volontà del proprietario possa comportare la perdita del suo diritto e una sua pretesa di ottenere il controvalore del bene;
b) tale possibilità è stata ammessa dalla giurisprudenza della Corte di cassazione (Cass. civ., sez. un., 19 gennaio 2015, n. 735 in *Foro it*., 2015, I, 436, n. PARDOLESI R., in *Corriere giur*., 2015, 314, con nota di CONTI; in *Nuova giur. civ*., 2015, I, 632, con nota di IMBRENDA; in *Urbanistica e appalti*, 2015, 413, con nota di BARILÀ; in *Riv. neldiritto*, 2015, 220 (m), con nota di IANNONE; in *Nuove autonomie*, 2015, 187 (m), con nota di RUSSO), per i casi devoluti alla giurisdizione del giudice civile, nei giudizi instaurati prima della entrata in vigore della legge n. 205 del 2000, che ha previsto la giurisdizione amministrativa esclusiva in materia espropriativa. A tale giurisprudenza ha poi fatto richiamo il § 5.3. della sentenza della Adunanza plenaria n. 2 del 2016;
c) il principio affermato dalle sezioni unite – che hanno annoverato la "rinuncia abdicativa" tra i modi con i quali viene meno l'occupazione *sine titulo* - è applicabile per le controversie devolute al giudice civile (quelle sorte prima della entrata in vigore della legge n. 205 del 2000, che ha previsto la giurisdizione esclusiva in materia espropriativa, nonché quelle sorte successivamente in tema di "sconfinamento", qualora si ritenga irrilevante la giurisdizione esclusiva);
d) la stessa sentenza delle sezioni unite ha dato atto dei dubbi interpretativi sulla applicabilità dapprima dell'art. 43 e poi dell'art. 42 *bis* per le occupazioni senza

titolo poste in essere prima della loro entrata in vigore, poste all'esame del giudice civile;

e) la sentenza n. 735 del 2015 non si è quindi occupata dei casi in cui sussiste la giurisdizione amministrativa esclusiva, né delle implicazioni sistematiche che discendono dalla applicazione dell'art. 42 *bis* del testo unico espropriazione, ritenuto non applicabile al caso al suo esame;

f) di conseguenza, tenuto conto dei principi affermati dalle sezioni unite (per le controversie devolute al giudice civile) e delle disposizioni del testo unico espropriazione (applicabili per le controversie proposte in sede di giurisdizione esclusiva), si potrebbe escludere che la "rinuncia abdicativa" possa avere giuridica rilevanza innanzi al giudice amministrativo;

g) infatti, per i casi di occupazione *sine titulo* di un fondo da parte della Autorità (devoluti alla cognizione del giudice amministrativo), è in vigore la specifica disciplina prevista dall'art. 42 *bis* del testo unico sugli espropri, che ha in dettaglio individuato i poteri e i doveri della medesima Autorità, nonché i poteri del giudice amministrativo;

h) in particolare l'art. 42 *bis*:

   h1) prevede che l'Autorità che utilizza *sine titulo* un bene immobile per scopi di interesse pubblico debba valutare, con un procedimento d'ufficio (che può essere sollecitato dalla parte in caso di inerzia), "gli interessi in conflitto", adottando un provvedimento conclusivo con cui sceglie se acquisire il bene o restituirlo, per adeguare la situazione di diritto a quella di fatto; in altri termini, vincola l'Amministrazione occupante all'esercizio del potere ed attribuisce alla stessa un potere discrezionale in ordine alla scelta finale, all'esito della comparazione e della valutazione degli interessi;

   h2) comporta che nel caso di occupazione *sine titulo* l'Autorità commette un illecito di carattere permanente;

   h3) esclude che il giudice decida la "sorte" del bene nel giudizio di cognizione instaurato dal proprietario;

   h4) a maggior ragione, non può che escludere che la "sorte" del bene sia decisa dal proprietario e che l'Autorità acquisti coattivamente il bene, sol perché il proprietario dichiari di averlo perso o di volerlo perdere, o di volere il controvalore del bene;

   h5) l'art. 42 *bis* ha esaurito la disciplina della fattispecie, con una normativa "autosufficiente", rispetto alla quale non dovrebbero rilevare "prassi" ulteriori, limitative dell'applicazione della legge;

i) per le fattispecie disciplinate dall'art. 42 *bis* vi dovrebbe essere una rigorosa applicazione del principio di legalità, in materia affermato dall'art. 42 della

Costituzione e rimarcato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo in tema di assenza della base legale delle prassi sulla "espropriazione indiretta": nessuna norma ha indicato i requisiti formali necessari per la validità della "rinuncia abdicativa", né ha precisato quali effetti si producano;

j) nel diritto privato, è discusso se l'art. 827 del codice civile sia la base legale di una dichiarazione di rinuncia del proprietario di un diritto reale immobiliare, a parte i casi previsti dalla legge;

k) è molto dubbio che le sue disposizioni prevalgano su quelle dell'art. 42 *bis*, che attribuisce all'Autorità e non al proprietario la possibilità di decidere quale sia il regime del bene: nel vigore dell'art. 42 *bis*, non vi è alcuna lacuna normativa da colmare;

l) per l'art. 42 *bis* l'Autorità può acquisire il bene con un atto discrezionale, in assenza del quale vi sono gli ordinari rimedi di tutela, anche quello della restituzione;

m) la scelta, di acquisizione del bene o della sua restituzione, va effettuata esclusivamente dall'Autorità (o dal commissario *ad acta* nominato dal giudice amministrativo, all'esito del giudizio di cognizione o del giudizio d'ottemperanza, ai sensi dell'art. 34 o dell'art. 114 del c.p.a.): in sede di giurisdizione di legittimità, né il giudice amministrativo né il proprietario possono sostituire le proprie valutazioni a quelle attribuite alla competenza e alle responsabilità dell'Autorità individuata dall'art. 42 *bis*;

n) l'art. 827 c.c. si riferisce alla titolarità del bene da parte dello Stato, sicché esso non è neanche in astratto rilevante quando l'illecito sia stato commesso da una Autorità non statale;

o) il comma 1 dell'art. 42 *bis* ha attribuito al proprietario un peculiare interesse legittimo a che l'Amministrazione adegui la situazione di diritto a quella di fatto - acquisendo essa stessa la titolarità del bene illecitamente occupato e corrispondendo le relative somme nelle misure previste dalla legge, ovvero restituendo il bene al legittimo proprietario - che può essere azionato per costringere anche in tempi rapidi l'Autorità a provvedere attraverso il ricorso avverso il silenzio ai sensi dell'art. 117 c.p.a.;

p) nel tutelare tale interesse legittimo, il comma 1 "paralizza temporaneamente" l'accoglibilità della domanda del proprietario di ottenere senz'altro il risarcimento o la restituzione del suo bene, poiché:

   p1) se l'Autorità – d'ufficio o su sollecitazione di parte – dispone l'acquisizione, all'*ex* proprietario spetta l'indennizzo per la cui quantificazione, in caso di contestazione, sussiste la giurisdizione del giudice civile;

   p2) se l'Autorità invece decide di non acquisire il bene, solo allora il giudice amministrativo può applicare le disposizioni del codice civile;

p3) il giudice amministrativo, in caso di inerzia dell'amministrazione e di ricorso avverso il silenzio ex art. 117 c.p.a., può nominare già in sede di cognizione il commissario *ad acta*, che provvederà ad esercitare i poteri di cui all'art. 42 *bis* del d.P.R. n. 327 del 2001 o nel senso della acquisizione o nel senso della restituzione;

q) qualora sia invocata solo la tutela (restitutoria e risarcitoria) prevista dal codice civile e non si richiami l'art. 42 *bis* il giudice, qualificata l'azione come proposta avverso il silenzio, si potrebbe pronunciare ai sensi dell'art. 117 c.p.a.;

r) in definitiva:

r1) 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 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;

r2) 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*.

II. – Per completezza sull'argomento si segnala:

s) 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; ivi si mette in luce la maggiore efficienza economica sottesa alla scelta del privato di rinunciare alla proprietà del bene occupato nonché l'abbattimento del contenzioso invece incrementato dalla attivazione del procedimento di cui all'art. 42 *bis* specie se promosso a seguito di un giudicato che accerti il silenzio inadempimento dell'Amministrazione; cfr. in particolare i paragrafi § 11 e da 14 a 21) e la News US n. 100 del 10 settembre 2019 relativa a Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 15 luglio 2019, n. 4950 sull'interpretazione dell'art. 42 *bis* del T.U. espropriazione in presenza di un giudicato restitutorio del g.o.;

t) tra le più recenti pronunce in tema si segnalano:

t1) 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. espropriazione, 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";

t2) sul tema 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 E 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;

u) sui limiti alla conversione d'ufficio della domanda risarcitoria in azione contro il silenzio per l'adozione del provvedimento ex art. 42 *bis*, si vedano i principi in materia di conversione dell'azione di annullamento in azione risarcitoria affermati da Cons. Stato, Ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4 (in *Foro it*., 2015, III, 265, con nota di TRAVI; in *Urbanistica e appalti*, 2015, 917, con nota di MANGANARO, MAZZA LABOCCETTA; in *Giur. it*., 2015, 1693 (m), con nota di COMPORTI; in *Guida al dir*., 2015, fasc. 20, 92, con nota di MASARACCHIA; in *Foro amm.*, 2015, 2206 (m), con nota di SILVESTRI; in *Corriere giur*., 2015, 1596, con nota di SCOCA; in *Dir. proc. amm*., 2016, 173, con nota di TURRONI) secondo cui posto che il processo amministrativo è soggetto al principio della domanda, il giudice amministrativo non può emettere d'ufficio una pronuncia di risarcimento del danno, in presenza di una domanda di annullamento della parte ricorrente; si veda altresì Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5 in *Foro it*., 2015, III, 265, con nota di TRAVI; in *Urbanistica e appalti*, 2015, 1177, con nota di VAIANO; in *Riv. neldiritto*, 2015, 2084, con nota di COLASCILLA NARDUCCI; in *Riv. dir. proc*., 2015, 1256, con nota di FANELLI; in *Giur. it*., 2015, 2192 (m), con nota di FOLLIERI; in *Dir. proc. amm*., 2016, 205, con nota di PERFETTI, TROPEA; in *Dir. proc. amm*., 2016, 830 (m), con nota di BERTONAZZI;

v) nel senso della improcedibilità della domanda di risarcimento del danno (per equivalente) o di restituzione se sopravviene nel corso del giudizio il provvedimento *ex* art. 42-*bis,* è unanime la giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez.

IV, n. 3148 del 2018; sez. IV, n. 2765 del 2018; Cass. civ., sez. I, n. 5686 del 2017; sez. I, n. 11258 del 2016; sul punto si rinvia al § 9 della citata rassegna monotematica);

w) per quanto concerne la ipotetica nullità del provvedimento emanato ex art. 42 *bis*, perché privo di oggetto secondo una certa lettura della norma sancita dall'art. 21 *septies* l. n. 241 del 1990 (secondo questa ricostruzione, infatti, l'immobile, a seguito di rinuncia abdicativa, sarebbe già transitato nel patrimonio dell'ente occupante, da qui l'impossibilità giuridica di farne il presupposto per l'esercizio del potere di acquisizione *ex post*) si segnala l'opinione contraria espressa, in linea generale, dalla giurisprudenza:

   w1) per Cass. civ., sez. un., 5 marzo 2018, n. 5097 (in *Riv. giur. edilizia,* 2018, I, 636, nonché oggetto della News US 14 marzo 2018 cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza ivi compresa quella amministrativa), solo il difetto assoluto di attribuzione (ovvero l'assenza in astratto di qualsivoglia norma giuridica attributiva del potere esercitato con il provvedimento amministrativo) radica la nullità ex art. 21 *septies*, l comma 1, l. n. 241 del 1990);

   w2) nella stessa direzione appare muoversi Corte cost. 2 maggio 2019, n. 106 (in *Foro it.,* 2019, I, 1829 nonché oggetto della News US n. 57 del 14 maggio 2019 cui si rinvia per ogni approfondimento), secondo cui sarebbe impossibile configurare la nullità del provvedimento ex art. 21 *septies* cit., sempre e comunque a seguito della declaratoria di incostituzionalità della norma sottoposta al sindacato del giudice delle leggi, dovendosi ravvisare il più radicale dei vizi dell'atto solo quando la norma illegittima attenga al fondamento del potere e non alle sue modalità di esercizio.