



Il Libro della Giustizia Amministrativa

2021

a cura

dell'Ufficio studi, massimario e formazione

Con la prefazione

del Presidente del Consiglio di Stato

Filippo Patroni Griffi



G. Giappichelli Editore

PREFAZIONE

La Giustizia amministrativa pubblica il suo primo *Libro* interamente dedicato alla giurisprudenza amministrativa intervenuta nell'anno 2020, aprendo un ambizioso progetto editoriale che si proporrà, ogni anno, di fare, *dal di dentro*, il punto della situazione sugli orientamenti della giustizia amministrativa.

È un'istituzione che vive da 190 anni, da 132 svolge (anche) funzioni giurisdizionali e da 50 anni è composta anche dai tribunali che svolgono funzioni di primo grado.

L'Opera, nelle sue quattro Sezioni, ricompona le diverse anime che caratterizzano la Giustizia amministrativa.

La prima sezione è, infatti, dedicata alle pronunce dell'Adunanza plenaria, la seconda sezione, con un taglio del tutto inedito, è dedicata alle più rilevanti pronunce del Consiglio di Stato in materia consultiva, la terza sezione è dedicata alle ordinanze dei TT.AA.RR. di rimessione delle questioni controverse alla Corte costituzionale e alla Corte di giustizia UE, in un'ottica di continua osmosi tra giudice amministrativo, giudice delle leggi e giudice europeo, nella consapevolezza che nessun giudice oggi può considerarsi una monade isolata, ma deve necessariamente essere parte di un dialogo, proficuo e collaborativo, tra giurisdizioni, non solo interne.

L'ultima sezione accoglie i contributi dei componenti dell'Ufficio studi, massimario e formazione che fanno il punto della situazione sulle questioni maggiormente controverse che agitano i dibattiti, non solo nelle aule giudiziarie, ma anche in dottrina, il cui apporto per l'evoluzione del pensiero giuridico è imprescindibile e determinante.

Il risultato finale è un'Opera che, grazie all'inedito coordinamento di tutto l'Ufficio studi massimario e formazione, mette ordine in un diritto amministrativo sempre in continua evoluzione, come emerge semplicemente volgendo uno sguardo al passato, neanche troppo lontano.

Risuonano ancora le parole di Silvio Spaventa, che, nel celebre discorso del 7 maggio 1880 all'Assemblea costituzionale di Bergamo, avvertiva che *“le nostre amministrazioni, per difetto di vera giurisdizione del nostro diritto pubblico, minacciano di corrompersi irrimediabilmente a cagione di studio e interesse di parte”*, e segnalava, quindi, *“la necessità di avere veri giudici e veri giudizi di diritto pubblico in tutte le sfere della nostra amministrazione”* mediante *“una semplice riforma delle attribuzioni del Consiglio di Stato”*.

Sin dal 1889, con l'istituzione della quarta sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, il principio di effettività delle tutele è stata la vera stella polare del giudice amministrativo confluito, significativamente, nel codice del processo amministrativo che dedica a tale principio la norma di apertura del codice stesso.

Il Consiglio di Stato, prima, e i Tribunali amministrativi regionali, dopo, hanno letteralmente posto le fondamenta dell'attuale diritto amministrativo che può definirsi, rispetto alle altre branche ordinarie, come un diritto tendenzialmente pretorio, che ricorda la figura del *praetor peregrinus* di romanistica memoria; e che accomuna le grandi famiglie giuriche europee in un diritto giurisprudenziale “formante” il sistema giuridico.

Il giudice amministrativo è un giudice posto a tutela, da un lato, dell'autonomia dell'amministrazione e, dall'altro, della tutela soggettiva del cittadino, un giudice che troviamo in buona parte dell'Europa continentale (sia pure con criteri diversi di riparto) e anche ormai nei Paesi anglosassoni; un giudice che deve essere considerato come una *risorsa*, come tale da *sfruttare* ma che, come tale, deve ben funzionare.

La pandemia da Covid-19 ha esaltato questo profilo: il giudice amministrativo, a forza di decreti monocratici, ordinanze cautelari e sentenze, ha scandito il ritmo giuridico della pandemia sui diritti e le libertà fondamentali del cittadino e ha confermato, se ancora ce ne fosse bisogno, il ruolo irrinunciabile del giudice amministrativo.

Un ruolo che guarda al futuro, seguendo le trasformazioni del potere: se il giudice amministrativo nasce e si sviluppa come giudice a tutela della sfera di libertà dei cittadini contro l'arbitrio del potere, nella società moderna il giudice amministrativo si fa garante dei diritti e degli interessi a prestazioni amministrative, che costituiscono quei "diritti sociali" cui guarda un'amministrazione moderna per farsi promotrice di sviluppo economico-sociale e di condizioni di uguaglianza nella comunità.

Ringrazio, dunque, tutti i componenti dell'Ufficio studi, massimario e formazione, a cominciare dal direttore e dal coordinatore, i quali tutti si sono prestati a questa inedita e proficua iniziativa editoriale che ha l'obiettivo di fornire uno spaccato sulla giustizia amministrativa e aprire le porte ad un fecondo dibattito sulle questioni problematiche più rilevanti.

FILIPPO PATRONI GRIFFI

COMPOSIZIONE DELL'UFFICIO STUDI – ANNO 2020

Sergio Santoro	(Presidente Aggiunto del Consiglio di Stato), Direttore
Riccardo Giani	(Consigliere di T.a.r.), Coordinatore
Vincenzo Neri	(Consigliere di Stato), Vice-Coordinatore
Carlo Buonauro	Consigliere di TAR
Nicola Durante	Consigliere di TAR
Francesco Guarracino	Consigliere di Stato
Giuseppe La Greca	Consigliere di TAR
Luca Lamberti	Consigliere di Stato
Marco Lipari	Presidente di Sezione del Consiglio di Stato
Paolo Giovanni Nicolò Lotti	Consigliere di Stato
Massimiliano Noccelli	Consigliere di Stato
Gianmario Palliggiano	Consigliere di TAR
Guglielmo Passarelli Di Napoli	Consigliere di TAR
Rosa Perna	Consigliere di TAR
Marina Perrelli	Consigliere di TAR
Davide Ponte	Consigliere di Stato
Ida Raiola	Consigliere di TAR
Maurizio Santise	Consigliere di TAR
Massimo Santini	Consigliere di TAR
Raffaele Tuccillo	Primo Referendario TAR
Giovanni Tulumello	Consigliere di Stato

SEZIONE I
CONSIGLIO DI STATO
ADUNANZE PLENARIE

1. Il farmacista che partecipa al concorso straordinario anche per la gestione associata non può conseguire più di una sede

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 17 gennaio 2020, n. 1, Pres. Patroni Griffi, Est. Nocelli

a) l'art. 11, comma 5, del d.l. n. 1 del 2012, conv. in l. n. 27 del 2012, ha inteso riaffermare la regola dell'alternatività nella scelta tra l'una e l'altra sede da parte dei farmacisti persone fisiche che partecipano al concorso straordinario, in coerenza con la regola generale dell'art. 112, comma primo e terzo, del R.D. n. 1265 del 1934, sicché il farmacista assegnatario di due sedi deve necessariamente optare per l'una o per l'altra sede;

b) la regola dell'alternatività o non cumulabilità delle sedi, in capo al farmacista persona fisica, vale per tutti i farmacisti candidati, che concorrano sia singolarmente che "per" la gestione associata, prevista dall'art. 11, comma 7, del d.l. n. 1 del 2012, la quale non costituisce un ente giuridico diverso dai singoli farmacisti, ma è espressione di un accordo partecipativo, comportante il cumulo dei titoli a fini concorsuali e inteso ad assicurare la gestione associata della farmacia in forma paritetica, solo una volta ottenuta la sede, nelle forme consentite dall'art. 7, comma 1, della l. n. 362 del 1991.

Rimane estranea all'affermazione dei superiori principi rispetto alla vicenda controversa qualsiasi questione di incompatibilità, di cui all'art. 8, comma 1, lett. b) della l. n. 361 del 1991, siccome novellato dalla l. n. 124 del 2017, in ordine alla titolarità di più sedi da parte della stessa società, di persone o di capitali, che veda la partecipazione dei medesimi farmacisti.

* * *

2. In tema di rinuncia abdicativa al diritto di proprietà

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 20 gennaio 2020, n. 2, Pres. Patroni Griffi, Est. Lotti

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.

* * *

3. Il curatore fallimentare è gravato dall'onere di ripristino e smaltimento dei rifiuti abbandonati nell'area su cui opera l'impresa

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 26 gennaio 2021, n. 3, Pres. Patroni Griffi, Est. Lotti

Ricade sulla curatela fallimentare l'onere di ripristino e di smaltimento dei rifiuti di cui all'art. 192 d.lgs. n. 152-2006 e i relativi costi gravano sulla massa fallimentare

* * *

4. La rinuncia abdicativa al diritto di proprietà non costituisce causa di cessazione dell'illecito civile

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

Per le fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 42-bis d.P.R. n. 327/2001 la rinuncia abdicativa

tiva del proprietario del bene occupato sine titolo 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.

* * *

5. Giudicato di restituzione del bene e provvedimento impositivo di servitù

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 18 febbraio 2020, n. 5, Pres. Patroni Griffi, Est. Forlenza

L'art. 42 bis del DPR 8 giugno 2001 n. 327 si applica a tutte le ipotesi in cui un bene immobile altrui sia utilizzato e modificato dall'amministrazione per scopi di interesse pubblico, in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, e dunque quale che sia la ragione che abbia determinato l'assenza di titolo che legittima alla disponibilità del bene.

Il giudicato restitutorio (amministrativo o civile), inerente all'obbligo di restituire un'area al proprietario da parte dell'Amministrazione occupante sine titolo, non preclude l'emanazione di un atto di imposizione di una servitù, in esercizio del potere ex art. 42 bis, comma 6, DPR 8 giugno 2001 n. 327, poiché questo presuppone il mantenimento del diritto di proprietà in capo al suo titolare.

L'Adunanza plenaria delinea l'ambito di applicazione dell'istituto dell'art. 42-bis TUEs, gli effetti e la natura giuridica della rinuncia abdicativa e i suoi rapporti con l'illecito permanente dell'occupazione senza titolo

di *Raffaele Tuccillo*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Sulle ipotesi di cessazione dell'illecito permanente dell'Amministrazione e sul ruolo della rinuncia abdicativa (Ad. plen. n. 2 e n. 3 del 2021). – 3. La rinuncia abdicativa non costituisce causa di cessazione dell'illecito permanente dell'occupazione senza titolo (Ad. plen. n. 4 del 2021). – 4. L'ambito applicativo dell'art. 42-bis TUEs e gli effetti del giudicato restitutorio (Ad. plen. n. 5 del 2021).

1. Premessa

Con le sentenze nn. 2, 3, 4 e 5, l'Adunanza plenaria ha esaminato diverse ma connesse tematiche relative all'ambito di applicazione dell'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 (TUEs), nonché agli effetti e alla natura giuridica della rinuncia abdicativa e ai suoi rapporti con l'illecito permanente dell'occupazione *sine titolo* della proprietà privata da parte della pubblica amministrazione.

2. Sulle ipotesi di cessazione dell'illecito permanente dell'Amministrazione e sul ruolo della rinuncia abdicativa (Ad. plen. n. 2 del 2021)

Con la sentenza 20 gennaio 2020, n. 20 (analogamente alla n. 3 resa in pari data), 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 venga meno nei casi da esso previsti (acquisizione o restituzione del bene), salva la conclusione di un contratto traslativo di natura transattiva tra le parti, e non possa essere ravvisata la rinuncia abdicativa.

La plenaria, nella sentenza in esame, ha osservato che la questione di diritto sottoposta al suo esame riguarda esclusivamente la configurabilità, nella materia della espropriazione, della rinuncia abdicativa quale atto implicito e implicato nella proposizione, da parte di un privato illegittimamente espropriato, della domanda di risarcimento del danno per equivalente monetario derivante dall'illecito permanente, costituito dall'occupazione di un suolo da parte della P.A., a fronte dell'irreversibile trasformazione del suolo, mentre non riguarda l'ammissibilità in generale dell'istituto della rinuncia abdicativa nell'ordinamento giuridico. La rinuncia abdicativa è un negozio giuridico unilaterale, non recettizio, con il quale si dismette una situazione giuridica, senza che ciò comporti il trasferimento del diritto in capo ad altro soggetto, né l'automatica estinzione del diritto. Gli ulteriori effetti, estintivi o modificativi del rapporto, che possono incidere sui terzi, sono conseguenze riflesse del negozio rinunziativo, non direttamente collegabili all'intento negoziale e non correlate al contenuto causale dell'atto. Si differenzia, quindi, dalla rinuncia traslativa proprio per la mancanza del carattere traslativo-derivativo dell'acquisto e della natura contrattuale, con la conseguenza che l'effetto in capo al terzo si produce *ipso iure*, a prescindere dalla volontà del rinunciante, quale effetto di legge, e per il suo perfezionamento non è richiesto l'intervento o l'espressa accettazione del terzo, né che lo stesso ne sia a conoscenza.

La tesi della ammissibilità della rinuncia abdicativa nella materia espropriativa è stata sostenuta sia dalla giurisprudenza amministrativa che da quella di legittimità, si fonda su vari argomenti e presenta effetti positivi per il privato sul piano pratico in quanto: valorizza il principio di concentrazione della tutela ricavabile dall'art. 111 Cost., quale corollario del principio di ragionevole durata del processo, che sarebbe pregiudicato dalla sua segmentazione in una fase amministrativistica relativa al giudizio sulla legittimità degli atti espropriativi e in una fase civilistica per la determinazione del *quantum* da corrispondere al soggetto espropriato; offre maggiori garanzie di compensare integralmente il privato per il bene perduto, in quanto l'utilità deve essere a questo corrisposta a titolo di risarcimento del danno e non a titolo di indennizzo; poiché il risarcimento del danno è connesso alla proposizione della domanda da parte del privato in giudizio, che implica rinuncia abdicativa, è da tale momento che si verifica un debito di valore, con tutte le implicazioni in tema di interessi legali e rivalutazione.

La tesi della rinuncia abdicativa in materia espropriativa non appare, tuttavia, condivisibile per diverse ragioni.

In primo luogo, non spiega esaurientemente la vicenda traslativa in capo all'autorità espropriante. Se l'atto abdicativo è astrattamente idoneo a determinare la perdita della proprietà privata, non è altrettanto idoneo a determinare l'acquisto della proprietà in capo all'ente espropriante. Nel diritto privato è discusso se l'art. 827 c.c., in base al quale gli immobili che non sono in proprietà di alcuno spettano al patrimonio dello Stato, possa essere la base legale di una dichiarazione di rinuncia del proprietario di un diritto reale immobiliare, a parte i casi previsti dalla legge. In ogni caso, tale acquisto, a titolo originario e

non derivativo, si realizzerebbe in capo allo Stato e non in capo all'autorità espropriante, che sarebbe del tutto esclusa dalla vicenda giuridica pur avendone costituito la causa efficiente tramite l'illecita apprensione del bene del privato. *“La spiegazione dell'effetto traslativo, pertanto, sarebbe del tutto eccentrica rispetto al rapporto amministrativo che viene innescato dall'Amministrazione espropriante, rendendo evidente l'artificiosità della soluzione teorica proposta”*. L'effetto traslativo non può essere recuperato attraverso l'ordine di trascrizione della sentenza di condanna al risarcimento del danno (e, quindi, della sua rinuncia abdicativa implicita a favore dell'amministrazione espropriante), in quanto le vicende della trascrizione si pongono solo sul piano dell'opponibilità verso terzi degli atti giuridici dispositivi di diritti reali, ma non disciplinano la validità e l'efficacia giuridica degli stessi. Pertanto, se l'atto non è idoneo a determinare il passaggio del bene in capo all'amministrazione espropriante non potrà essere trascrivibile e l'ordine del giudice contenuto nella sentenza non potrebbe avere adeguata base legale.

In secondo luogo, la rinuncia viene ricostruita quale atto implicito senza averne le caratteristiche essenziali, in quanto, se riferita al ricorso giurisdizionale, non viene effettuata dalla parte, né personalmente, né attraverso un soggetto dotato di idonea procura. Nel diritto amministrativo è ammessa la sussistenza del provvedimento implicito quando l'amministrazione, pur non adottando formalmente un provvedimento, ne determina univocamente i contenuti sostanziali, o attraverso un comportamento conseguente, ovvero determinandosi in una direzione, anche con riferimento a fasi istruttorie coerentemente svolte, a cui non può essere ricondotto altro volere che quello equivalente al contenuto del provvedimento formale corrispondente, congiungendosi tra loro i due elementi di una manifestazione chiara di volontà dell'organo competente e della possibilità di desumere in modo non equivoco una specifica volontà provvedimentale, nel senso che l'atto implicito deve essere l'unica conseguenza possibile della presunta manifestazione di volontà. Nella dogmatica degli atti impliciti, nel diritto amministrativo, emerge la sussistenza di un atto formale, perfetto e validamente emanato che contiene per implicito un'ulteriore volontà provvedimentale, oltre a quella espressa nel testo del provvedimento medesimo. In questa ricostruzione non si riscontrano violazioni del principio di legalità dell'azione amministrativa perché la volontà amministrativa esiste ed è contenuta in un atto avente tutte le caratteristiche previste dalla legge per conferirle validità, con la peculiarità che detta volontà è ricavabile da una interpretazione non meramente letterale dell'atto. Nel caso di specie, la rinuncia abdicativa è totalmente estranea alla teorica degli atti impliciti che riguarda solo gli atti amministrativi e non quelli del privato. Non sembra possibile utilizzare lo stesso paradigma dei provvedimenti amministrativi impliciti per ricondurre la volontà di chiedere il risarcimento del danno alla volontà di abdicare alla proprietà privata. Sul piano sostanziale non sembra che da una domanda risarcitoria sia possibile univocamente desumere la rinuncia del privato al diritto sul bene. Sul piano formale la domanda di risarcimento del danno contenuta nel ricorso giurisdizionale amministrativo è una domanda redatta e sottoscritta dal difensore e non dalla parte proprietaria del bene che ne ha la disponibilità e che è l'unico soggetto avente la legittimazione ad abdicarvi.

In terzo luogo, in senso decisivo e assorbente, la ricostruzione della rinuncia abdicativa non è provvista di base legale in ambito espropriativo, dove il rispetto del principio di legalità è richiamato con forza a vari livelli. Ai sensi dell'art. 42, commi 2 e 3, Cost. la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge che ne determina i modi di acquisto e può essere, nei casi previsti dalla legge e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale. La rinuncia abdicativa non costituisce uno dei casi previsti dalla legge. L'istituto

sembra inoltre presentare gli stessi problemi e dubbi interpretativi che avevano caratterizzato l'occupazione acquisitiva, di cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha evidenziato la contrarietà alla convenzione europea. In particolare, la c.d. occupazione appropriativa o acquisitiva, istituto di origine pretoria, determinava l'acquisizione della proprietà del fondo a favore della pubblica amministrazione per accessione invertita in caso di irreversibile trasformazione dell'area. L'istituto risulta peraltro privo di base legale ed è stato pertanto ritenuto illegittimo dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, con la conseguenza che, attualmente, il mero fatto dell'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica non costituisce titolo di acquisto del diritto, non determina il trasferimento della proprietà e non fa venire meno l'obbligo dell'amministrazione di restituire al privato il bene illegittimamente appreso. Nel delineato contesto il legislatore nazionale è intervenuto per regolare la fattispecie in esame, fornendo una base legale, sistematica e coerente, dapprima con l'art. 43 del d.P.R. n. 327 del 2001 e, quindi, dopo la dichiarazione di incostituzionalità della disposizione per eccesso di delega, con l'art. 42-bis, il quale, tra l'altro: prevede che l'autorità che utilizza *sine titulo* un bene immobile per scopi di interesse pubblico, dopo aver valutato con un procedimento d'ufficio, gli interessi in conflitto, adotta un provvedimento conclusivo del procedimento con cui sceglie se acquisire il bene o restituirlo, al fine di adeguare la situazione di diritto a quella di fatto; comporta che, nel caso di occupazione *sine titulo*, l'Autorità commette un illecito di carattere permanente; esclude che il giudice possa decidere la sorte del bene nel giudizio di cognizione instaurato dal proprietario; non può che escludere che la 'sorte' del bene sia decisa dal proprietario e che l'Autorità acquisti coattivamente il bene, solo perché il proprietario dichiara di averlo perso o di volerlo perdere, o di volere il controvalore del bene. "*L'art. 42-bis ha, quindi, definito in maniera esaustiva la disciplina della fattispecie, con una normativa autosufficiente, rispetto alla quale non trovano spazio elaborazioni giurisprudenziali che, se forse giustificate in assenza di una base legale, non si giustificano più una volta che intervenga un'esplicita disciplina normativa, ritenuta conforme al diritto europeo e alla Costituzione, che viene a costituire la base legale espressa della fattispecie in questione*". La disposizione non obbliga l'amministrazione ad acquisire il bene, ma impone che la stessa eserciti il potere di valutare se apprendere il bene definitivamente o restituirlo al soggetto privato, secondo una concezione di doverosità delle funzioni amministrative che discende dai principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione. Pertanto, per le fattispecie disciplinate dall'art. 42-bis, una rigorosa applicazione del principio di legalità richiede una base legale certa perché si determini l'effetto dell'acquisto della proprietà in capo all'espropriante. Nessuna norma attribuisce al soggetto espropriato, pur a fronte dell'illegittimità del titolo espropriativo, un diritto, sostanzialmente potestativo, di determinare il trasferimento della proprietà all'amministrazione espropriante, previa corresponsione del risarcimento del danno. Al contrario, è stato introdotto nell'ordinamento giuridico un istituto che attribuisce all'amministrazione una funzione autoritativa in forza della quale essa può scegliere tra restituzione e acquisizione del bene nel rispetto dei requisiti sostanziali e secondo le modalità ivi previste.

Pertanto, con riferimento alle scelte del privato e dell'amministrazione, nel caso in cui l'amministrazione non adotti l'atto discrezionale, il privato potrà esperire gli ordinari rimedi di tutela, compreso quello restitutorio, non residuando alcuno spazio per giustificare la perdurante inerzia dell'amministrazione. La scelta tra acquisizione e restituzione va effettuata dall'amministrazione (o dal commissario *ad acta* nominato dal giudice amministrativo). In sede di giurisdizione di legittimità, né il giudice amministrativo né il proprietario possono sostituire le proprie valutazioni a quelle attribuite alla competenza e alla responsa-

bilità dell'autorità individuata dalla norma. Il giudice amministrativo, in caso di inerzia dell'amministrazione e di ricorso avverso il silenzio ai sensi dell'art. 117 c.p.a., può nominare il commissario *ad acta* che provvederà a esercitare i poteri previsti dalla disposizione o nel senso della acquisizione o nel senso della restituzione del bene illegittimamente espropriato. Qualora sia invocata la sola tutela risarcitoria o restitutoria prevista dal codice civile, senza richiamare l'art. 42-*bis*, il giudice deve pronunciarsi tenuto conto del quadro normativo delineato e del carattere doveroso della funzione attribuita dalla disposizione in esame all'amministrazione. Non sarebbe, quindi, ammissibile una richiesta solo risarcitoria in quanto essa si porrebbe al di fuori dello schema legale tipico previsto dalla legge per disciplinare la materia ponendosi anzi in contrasto con lo stesso, anche se il giudice potrà, ove ne ricorrano i presupposti, accogliere la domanda. Nel caso di espropriazione senza titolo valido, la legge speciale prevede che il trasferimento del bene non avvenga, per carenza di titolo, e il bene vada restituito al privato. La restituzione può essere impedita dall'amministrazione, la quale è tenuta, nell'esercizio di una funzione doverosa, a valutare se procedere alla restituzione del bene, previa riduzione in pristino, o all'acquisizione del bene nel rispetto di tutti i presupposti declinati dall'art. 42-*bis* e con la corresponsione di un'indennità pari al valore del bene maggiorato del 10 per cento. In ogni caso il diritto processuale amministrativo offre un adeguato strumentario per evitare, nel corso del giudizio, che le domande proposte in primo grado, congruenti con quello che allora appariva il vigente quadro normativo e l'orientamento giurisprudenziale di riferimento siano di ostacolo alla formulazione di istanze adeguate al diverso contesto normativo e giurisprudenziale vigente al momento della decisione, quali la conversione della domanda, la rimessione in termini per errore scusabile, l'invito alla precisazione della domanda in relazione al definito quadro giurisprudenziale, in tutti i casi previa sottoposizione della relativa questione processuale, in ipotesi rilevata d'ufficio, al contraddittorio delle parti *ex art. 73, comma 3, c.p.a.*, a garanzia del diritto di difesa di tutte le parti processuali.

3. La rinuncia abdicativa non costituisce causa di cessazione dell'illecito permanente dell'occupazione senza titolo (Ad. plen. n. 4 del 2021)

Con la sentenza 20 gennaio 2020, n. 4, 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.

La plenaria, dopo aver ricostruito la vicenda processuale sottesa, ha osservato, con riferimento alla storia degli effetti dell'occupazione *sine titulo* della proprietà privata da parte della pubblica amministrazione, che 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; era comunque soggetto alla tardiva emanazione del decreto di esproprio, idoneo a ricondurre il fatto dell'occupazione nell'alveo della legittimità procedimentale. 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.

Con l'occupazione acquisitiva o appropriativa o accessione invertita, 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. 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.

Con 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, l'amministrazione non acquistava la proprietà del bene, di cui restava titolare il privato.

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 prescrizione 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. 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. 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 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. 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.

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. La Corte 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, la realizzazione di un giusto equilibrio tra esigenze di carattere generale e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo. Nel caso di specie, la Corte 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. Quanto allo strumentario rimediario, 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. Sempre sul piano dello strumentario rimediario, 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.

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, tuttavia, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo per eccesso di delega *ex art. 76 Cost.*, dalla Corte costituzionale, con la sentenza 8 ottobre 2010, n. 293 (in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 5, 494, con nota di GIORGIO; in *Corr. giur.*, 2011, 11, 1552, con nota di DE MARZO; in *Foro it.*, 2010, 12, 1, 3237; in *Giur. it.*, 2011, 10, 2003, con nota di PICCIRILLI; in *Notariato*, 2010, 6, 605; in *Urb. e app.*, 2011, 1, 56, con nota di MIRATE). 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”.

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 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. La disposizione muove da peculiari e autonomi presupposti, e il suo 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. 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*”.

La disposizione, a giudizio del collegio, 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*”. In sede di bilanciamento degli interessi e in considerazione della necessità di motivare sull'assenza di ragionevoli alternative alla adozione del provvedimento di acquisizione, l'amministrazione dovrà prendere in considerazione anche le specifiche circostanze ostative all'alternativa restitutiva. 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.* Deve pertanto ritenersi esistente un

obbligo di provvedere ai sensi dell'art. 2 della l. 7 agosto 1990, n. 241, 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.

L'art. 42-*bis*, come ricostruito, deve pertanto ritenersi conforme ai principi di legalità vigenti sia nell'ordinamento interno che in quello sovranazionale. Con riferimento all'ordinamento interno, i commi 2 e 3 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 procedurali 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. Con riferimento al diritto sovranazionale la Corte costituzionale, con la sentenza 30 aprile 2015, n. 71 (in *Foro it.*, 2015, 9, 1, 2629; in *Urba. e app.*, 2015, 6, 644; in *Urb. e app.*, 2015, 7, 767, con note di ARTARIA, BARILÀ; in *Quot. giur.*, 2015, con nota di SALVATO), 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.

Per quanto concerne la rinuncia abdicativa, occorre premettere che, 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. In senso contrario alla sua ammissibilità nella materia espropriativa depongono invece diversi argomenti.

In primo luogo, la trasposizione della figura negoziale della rinuncia abdicativa dall'ambito privatistico al settore dell'espropriazione per pubblica utilità genera un'irrazionalità amministrativa di tipo funzionale, in quanto non risolve la questione dell'effetto acquisitivo in favore della pubblica amministrazione. 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. 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. 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 condizio-

nata 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 verifica 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. Non appare, d'altro canto, 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 ablativo sancito dalla Costituzione e dalla Convenzione EDU.

In secondo luogo, deve rilevarsi che l'evento della perdita della proprietà è un elemento costitutivo del fatto illecito produttivo del danno. 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. 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 giudiziarie 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. 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 lesa dall'occupazione illegittima, l'applicazione dello strumento della rinuncia alle vicende delle occupazioni illegittime contrasterebbe con i principi civilistici in tema di illecito aquiliano.

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*". 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*". 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