

Pubblicato il 18/02/2020

N. 00005/2020REG.PROV.COLL.

N. 00005/2019 REG.RIC.A.P.

# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5 di A.P. del 2019, proposto da Ristorante Parco Hotel di G.G. & C. Snc, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Lucchetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Aristide Police in Roma, via di Villa Sacchetti 11;

contro

MB, RB, rappresentati e difesi dagli avvocati Luca Forte, Fabio Monachesi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Comune di Pollenza non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche n. 520/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di MB e di RB;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 novembre 2019 il Cons. Oberdan Forlenza e uditi per le parti gli avvocati Gianluca Conti in delega verbale di Alessandro Lucchetti, e Luca Forte.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con ordinanza 15 luglio 2019 n. 4950, la IV Sezione del Consiglio di Stato ha deferito alla Adunanza Plenaria il ricorso in appello r.g. n. 8185/2018, con il quale il signor GG, nella qualità di legale rappresentante della società "Ristorante Parco hotel di G.G. e c." s.n.c., ha impugnato la sentenza del TAR per le Marche, sez. I, 24 luglio 2018 n. 520.

Con tale sentenza, il TAR, in accoglimento del ricorso proposto dai signori Mario e Rita Belloni, ha annullato la delibera del Consiglio comunale di Pollenza 4 gennaio 2016 n. 3, avente ad oggetto la costituzione di una servitù di passaggio, ai sensi dell'art. 42bis DPR n. 327/2001.

2.1. In punto di fatto, come esposto dall'ordinanza di rimessione, il Comune di Pollenza, in data 18 febbraio 1978, aveva concluso con il dante causa degli appellati un 'compromesso condizionato di vendita' di un'area, poi seguito dal contratto di vendita e dal pagamento del relativo prezzo.

Su tale area (oggetto del presente giudizio), il Comune ha realizzato un parcheggio aperto al pubblico, la viabilità di servizio della zona (in cui si trovano anche una chiesa e una caserma dei carabinieri), la messa a dimora di piante di alto fusto e alcuni gradoni per mettere in sicurezza l'area in pendenza.

Tali opere sono state realizzate in conformità all'allora vigente programma di fabbricazione, che ha destinato l'area in parte a parcheggio ed in parte a verde pubblico.

2.2. A seguito di un giudizio instaurato tra le parti del contratto innanzi citato, la Corte d'appello di Ancona, con sentenza 15 novembre 2014 n. 875, passata in giudicato, ha accolto le domande proposte dai ricorrenti in primo grado, ha dichiarato la nullità del contratto di vendita (per indeterminatezza dell'oggetto) ed ha ordinato al Comune l'immediata restituzione dell'area.

Benché la predetta sentenza non sia stata depositata nel presente giudizio, la statuizione di restituzione dell'area – posta dal TAR a base della sentenza appellata - non è controversa tra le parti.

Di seguito, l'Amministrazione ha segnalato ai proprietari che con la stipula del contratto dichiarato nullo si era formato un suo 'affidamento', 'confermato peraltro dal regolare pagamento di quanto pattuito', ed ha formulato una proposta di acquisto (per l'importo di 70.000 euro, considerato congruo dalla Agenzia per il Demanio), rifiutata dai proprietari (che hanno invece chiesto un corrispettivo di 500.000 euro).

2.3. Con delibera 4 gennaio 2016 n. 3 (oggetto del ricorso in primo grado), il Consiglio comunale di Pollenza - ricostruite le vicende che hanno condotto alla trasformazione urbanistica dell'area - ha emanato un atto di 'dichiarazione di pubblica utilità e di imposizione di una servitù di passaggio pedonale e carrabile, da esercitarsi anche con mezzi di trasporto in favore del Comune di Pollenza, quale titolare del fondo dominante', ai sensi dell'art. 42 bis del testo unico sugli espropri n. 327 del 2001, relativamente alle partt. 72 e 73 del Foglio 10.

3.1. Col ricorso instaurativo del giudizio di primo grado, i proprietari dell'area gravata da servitù hanno impugnato la delibera n. 3/2016, deducendo che:

a) il giudicato di cui alla sentenza della Corte d'appello di Ancona precluderebbe l'esercizio dei poteri previsti dall'art. 42 bis del testo unico;

b) si tratterebbe di una vicenda privatistica, sicché non potrebbe un atto amministrativo incidere sulle trattative aventi per oggetto la vendita dell'area;

c) l'atto di acquisizione sarebbe illegittimo, per mancato rispetto delle regole sulla partecipazione procedimentale e per inadeguata motivazione.

3.2.. Con la impugnata sentenza n. 520/2018, il TAR per le Marche, in accoglimento del ricorso, ha affermato, in particolare:

- il principio enunciato dall'Adunanza Plenaria (sentenza n. 2/2016), per il quale 'l'atto di acquisizione' non può essere emanato 'in presenza di un giudicato che abbia già disposto la restituzione del bene al privato', trova applicazione anche quando vi sia 'un giudicato restitutorio non nascente da una procedura espropriativa';

- l'art. 42 bis sarebbe applicabile 'solo a vicende in cui la P.A. agisce nella sua veste di autorità, sia pure senza un valido titolo (ab origine o per sopravvenuta scadenza o annullamento degli atti del procedimento espropriativo) e non anche nelle ipotesi in cui il rapporto fra il privato e l'amministrazione nasce e si sviluppa sul versante privatistico', non potendo l'Amministrazione – che agisce in veste di contraente privato – 'mutare in corso di rapporto la natura del potere speso, perché ciò attribuirebbe alla parte pubblica un privilegio confliggente quantomeno con gli artt. 3 e 42 Cost.';

d) in tal senso, 'quando il rapporto giuridico fra privato e amministrazione nasce e si sviluppa sul versante civilistico, debbono applicarsi solo le regole del diritto privato', con la conseguenza che il Comune non potrebbe avvalersi dello 'strumento pubblicistico *extra ordinem*' previsto dal medesimo art. 42 bis;

e) è 'fatta salva invece la possibilità di aprire ex novo un ordinario procedimento espropriativo, con tutte le garanzie procedurali che il d.P.R. n. 327 del 2001 riconosce al soggetto espropriando'.

4.1 Con l'appello indicato in epigrafe, la società appellante - titolare di un ristorante-hotel, realizzato su un terreno adiacente al parco pubblico, ai quali si accede tramite la preesistente strada comunale 'del Cassero' e anche con la viabilità realizzata su una parte del terreno di proprietà dei ricorrenti in primo grado – ha esposto che essa riceverebbe un pregiudizio dalla restituzione dell'area agli originari ricorrenti (e dalla conseguente cessazione del suo uso pubblico), perché il suo ristorante-albergo diventerebbe raggiungibile solo con la strada comunale 'del Cassero', di per sé stretta e trafficata, poiché utilizzata intensamente per la viabilità ordinaria.

Definito, dunque, il proprio interesse ad agire, l'appellante ha, più specificamente, proposto i seguenti motivi di appello:

a) violazione e falsa applicazione art. 42 bis DPR n. 327/2001; art. 1 l. n. 241/1990 e art. 97 e 42 Cost.; ciò in quanto, laddove la sentenza afferma che "quando il rapporto giuridico fra privato e amministrazione nasce e si sviluppa sul versante civilistico debbono applicarsi solo le regole del diritto privato", essa è manipolativa della formulazione letterale del citato art. 42 bis ed errata, poiché "non considera che l'acquisto *iure privatorum* di un bene funzionalizzato al godimento collettivo di altrettanti beni comuni (parchi pubblici o chiese), è motivato dalle medesime ragioni di pubblico interesse che fondano il provvedimento a contenuto ablatorio";

b) violazione e falsa applicazione art. 42 bis DPR n. 327/2001; art. 1 l. n. 241/1990 e art. 97 e 42 Cost.; ciò in quanto la sentenza è errata laddove afferma che i principi stabiliti dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 71/2015 e dal Consiglio di Stato nell'Adunanza Plenaria n. 2/2016 impediscono la possibilità di far ricorso al provvedimento ex art. 42 bis in presenza di giudicati restitutori; al contrario, “la diversità dei titoli di acquisto – anche se accomunati dalla sussistenza di ragioni di pubblico interesse – impedisce che si configuri la lesione del giudicato ... poiché alla diversità dei titoli corrisponde la diversità delle azioni che la parte privata ha posto in essere e quindi non è configurabile alcuna identità della situazione giuridica soggettiva privata coperta dal giudicato”;

c) violazione e falsa applicazione art. 42 bis DPR n. 327/2001; poiché la sentenza è errata nella parte in cui ha “ritenuto sussistere incompatibilità tra un giudicato restitutorio civile e il procedimento ex art. 42 bis”, laddove l'esistenza del giudicato civile “semmai costituisce valido presupposto per l'esercizio di tale potere”;

d) violazione e falsa applicazione art. 42 bis DPR n. 327/2001, con riferimento all'asserito difetto dei presupposti per l'esperimento della relativa procedura e alla rilevanza della preminenza dell'interesse pubblico sotteso all'emanazione del provvedimento annullato; ciò in quanto “il Tribunale si è soltanto limitato ad affermare l'asserita insussistenza dei presupposti per un valido esercizio del potere ablatorio, senza minimamente entrare nel merito della sussistenza . . . o meno dell'interesse pubblico”;

e) violazione e falsa applicazione art. 42 bis DPR n. 327/2001, con riferimento alla rilevanza del *nomen iuris* utilizzato ed alla pienezza di tutela, procedimentale e indennitaria, in capo al privato.

4.2. Gli appellati signori Mario e RB si sono costituiti in giudizio, concludendo per la reiezione dell'appello, stante la sua infondatezza.

Hanno altresì riproposto i motivi del ricorso instaurativo del giudizio di primo grado e non esaminati dalla sentenza impugnata, e precisamente:

a1) violazione e falsa applicazione artt. 7, 8, 9, 10 l. n. 241/1990; violazione del principio del giusto procedimento e del contraddittorio, nonché del principio di leale collaborazione; violazione e/o falsa applicazione art. 3 l. n. 241/1990; difetto assoluto di motivazione ovvero motivazione insufficiente e/o perplessa; poiché l'amministrazione, pur comunicando l'avvio del procedimento volto all'emanazione del decreto di imposizione della servitù, ha subito dopo adottato la relativa delibera, senza attendere alcun apporto partecipativo;

b1) eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti di fatto ed erroneità dei documenti e/o degli atti presupposti; illogicità, contraddittorietà ed ingiustizia manifeste; carenza e/o difetto di istruttoria e di motivazione; eccesso di potere sotto il profilo dell'inefficacia e/o incongruità del provvedimento al raggiungimento dello scopo; eccesso di potere per sviamento; violazione e/o falsa applicazione del principio di proporzionalità; violazione e/o falsa applicazione del principio di imparzialità, buon andamento e trasparenza dell'azione amministrativa ex artt. 3 e 97 Cost..

4.3. In data 29 marzo 2019, la società appellante ha depositato copia della delibera n. 5 del 6 febbraio 2019, con la quale il Consiglio comunale di Pollenza ha adottato una variante al piano urbanistico ed ha approvato il progetto definitivo riguardante la sistemazione del parcheggio e della strada in questione, con l'attivazione del relativo procedimento espropriativo.

In data 5 settembre 2019, è stata altresì depositata la delibera del Consiglio comunale di Pollenza 31 luglio 2019 n. 51.

Con memoria depositata in data 26 aprile 2019, gli appellati hanno rilevato che con la delibera n. 5/2019 è stato avviato il procedimento espropriativo ed hanno, pertanto, eccepito l'improcedibilità dell'appello proposto dalla società.

4.4. La Sezione rimettente - preliminarmente respinta l'eccezione di improcedibilità dell'appello - ritiene che l'Adunanza Plenaria, ai fini della pronuncia sui motivi di appello, debba valutare se, nella specie, rilevi il principio da essa enunciato con la sentenza n. 2 del 2016 e, dunque, se le statuizioni contenute nella sentenza della Corte d'appello di Ancona n. 874 del 2014 abbiano precluso l'esercizio del potere previsto dall'art. 42 bis, comma 6, del testo unico sugli espropri.

4.5. L'ordinanza di rimessione considera, innanzi tutto, che il giudice di primo grado ha ritenuto, in sostanza, che:

- l'art. 42 bis consentirebbe l'emanazione del provvedimento di 'acquisizione' solo qualora vi sia stato un procedimento espropriativo e questo non si sia concluso o si sia concluso con un provvedimento poi annullato dal giudice amministrativo;

- nel caso in cui, dopo la stipula di un contratto (poi dichiarato nullo), l'Amministrazione ha realizzato opere utilizzate dalla collettività, 'il rapporto giuridico fra privato e amministrazione nasce e si sviluppa sul versante civilistico' e 'debbono applicarsi solo le regole del diritto privato'.

Sul punto, l'ordinanza precisa correttamente che, mentre "per la sentenza appellata l'atto impugnato in primo grado avrebbe disposto l'acquisizione della proprietà", in realtà tale atto ha solo "disposto l'imposizione di una servitù di passaggio, ai sensi del comma 6 dell'art. 42 bis", di modo che, non avendo la parte appellata "formulato una specifica censura per il fatto che il Comune abbia imposto una servitù e non abbia acquisito il bene in proprietà ... per la determinazione dell'oggetto del giudizio rilevano gli specifici effetti prodotti dall'atto impugnato, nonché la mancata contestazione della determinazione di imporre la servitù, in luogo della acquisizione".

4.5.1. Ciò premesso, secondo l'ordinanza, l'art. 42 bis "ha inteso introdurre una normativa di chiusura", e dunque esso "(come l'originario art. 43, dichiarato incostituzionale) si applica testualmente ad ogni caso in cui - per qualsiasi ragione - un bene immobile altrui sia utilizzato dall'Amministrazione per scopi di interesse pubblico".

E ciò poiché l'amministrazione, nel caso di specie, "con la stipula del contratto poi dichiarato nullo (ha) attuato le previsioni dell'allora vigente programma di fabbricazione, sicché il medesimo contratto aveva sostanzialmente la natura di accordo di cessione del bene espropriando, attuativo dello strumento urbanistico con la dichiarata volontà dell'allora proprietario".

Dunque, secondo la Sezione:

- per un verso, ben si potrebbe "escludere un mero rilievo privatistico della vicenda";

- per altro verso, l'art. 42-bis potrebbe comunque trovare applicazione anche quando esso vada ad incidere su un rapporto privatistico, poiché l'Amministrazione "ben può esplorare l'ipotesi di concludere un contratto di acquisto (o un accordo di cessione), per prevenire contenziosi", ma, al tempo stesso, "è del tutto coerente con le finalità dei procedimenti ablatori la possibilità che l'Amministrazione decida di avvalersi del proprio potere pubblicistico, dopo aver constatata

l'indisponibilità del proprietario o la inaccoglibilità della sua richiesta in rapporto al valore oggettivo del bene".

4.5.2. A tali conclusioni non ostante – secondo l'ordinanza - le considerazioni di cui alla sentenza n. 2/2016 di questa Adunanza Plenaria ovvero della precedente sentenza n. 71/2015 della Corte Costituzionale (dalla prima richiamata), laddove si è affermato che l'atto di acquisizione non possa essere emanato "in presenza di un giudicato che abbia già disposto la restituzione del bene al privato".

Secondo la Sezione rimettente, le decisioni innanzi riportate hanno considerato la (sola) ipotesi dell'acquisto della proprietà "per evidenziare come un tale provvedimento non possa caducare il giudicato restitutorio".

Invece, nel caso di specie – a fronte della sentenza della Corte di Appello di Ancona, che, dichiarata la nullità del contratto, ha anche ordinato al Comune di Pollenza di restituire l'area, - quest'ultimo non ha disposto l'acquisizione in proprietà dell'area, ma ha solo imposto una servitù, ai sensi del comma 6 del più volte citato art. 42-bis.

In tal modo, l'amministrazione "ha mantenuto ferma (ed ha riconosciuto) la titolarità del diritto di proprietà . . . 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, per l'accesso alla chiesa ed alla caserma dei carabinieri".

In conclusione sul punto, secondo l'ordinanza "sembra risultare evidente che il giudicato restitutorio di certo dovrebbe escludere l'attivazione e la conclusione del procedimento volto a disporre l'acquisizione in proprietà, ma di per sé può giustificare la diversa misura della imposizione di una servitù".

Pertanto, poiché il TAR, con una statuizione sulla quale si è formato il giudicato interno, ha "espressamente consentito l'attivazione e la conclusione dell'ordinario procedimento espropriativo (che di per sé mira alla realizzazione de futuro delle opere e non alla loro sanatoria", ben si può ritenere che il Comune possa emanare il provvedimento di diverso contenuto, comportante l'imposizione di una servitù, ai sensi dell'art. 42-bis, co. 6.

4.5.3. Dall'insieme delle considerazioni innanzi esposte, la Sezione sottopone a questa Adunanza Plenaria i seguenti, primi due quesiti:

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 volto all'acquisto della proprietà – imponga di affermare che sussiste anche il potere dell'Amministrazione di imporre la servitù di passaggio ex art. 42 bis, comma 6".

4.6. A quanto sin qui esposto – e richiamate tutte le peculiarità della vicenda sottoposta al suo esame – la Sezione rimettente, nell'approfondire ulteriormente l'"ostacolo" eventualmente

rappresentato dal giudicato restitutorio (nel caso di specie, formatosi sulla sentenza della Corte di Appello di Ancona), aggiunge ancora un terzo quesito, e precisamente:

c) “se la preclusione del ‘giudicato restitutorio’ sussista anche quando la sentenza (del giudice civile) non abbia espressamente precluso – per la estraneità della questione rispetto all’oggetto del giudizio - l’esercizio dei poteri previsti dall’art. 42 bis per adeguare lo stato di fatto a quello di diritto”.

Secondo la Sezione:

- per un verso, sotto il profilo sostanziale, “non vi è nel testo dell’art. 42-bis “alcun limite in negativo” all’esercizio del potere di “adeguare lo stato di fatto a quello di diritto”;

- per altro verso, “sotto il profilo processuale, il ‘giudicato restitutorio’ va individuato in relazione al *petitum* ed al *decisum*: se nel giudizio conclusosi con tale giudicato non vi è stata la domanda volta ad ottenere una pronuncia preclusiva dell’esercizio del potere e se la sentenza non si è pronunciata in tal senso preclusivo, si potrebbe ritenere comunque applicabile la normativa specificamente prevista dal legislatore per consentire l’adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto”.

In definitiva, secondo l’ordinanza, si può ritenere che il ‘giudicato restitutorio’ sussista (con la sua forza cogente) “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”.

Ed in tal senso, viene sottoposta a questa Adunanza Plenaria una “questione interpretativa” relativa alla propria sentenza n. 2/2016, e cioè se il principio da essa affermato (circa l’inapplicabilità dell’art. 42 bis in presenza di una sentenza che abbia disposto la restituzione del bene), debba ritenersi “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 ... senza alcun richiamo alla normativa pubblicistica applicabile alla materia”.

4.7. Da ultimo, l’ordinanza sottopone a questa Adunanza Plenaria un “quesito subordinato”, concernente la possibilità che “qualora ritenga di affermare che si sia in presenza nella specie di una sentenza tale da comportare un ‘giudicato restitutorio preclusivo’ (essa) ‘moduli la portata temporale’ della regola affermata dalla precedente sentenza n. 2 del 2016”.

5. Con memoria del 23 ottobre 2019, gli appellati Mario e Rita Belloni hanno preliminarmente richiesto che l’appello venga dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, per effetto della delibera del Consiglio comunale di Pollenza 31 luglio 2019 n. 51, avente ad oggetto “Sistemazione parcheggio pubblico e strada in via Dante ed ampliamento strada Cegli. Apposizione vincolo preordinato all’esproprio. Adozione definitiva variante al PRG”.

Hanno comunque concluso per il rigetto dell’appello, stante la sua infondatezza.

L’appellante ha in particolare puntualizzato, con memoria del 2 novembre 2019, sia che l’eccezione di improcedibilità è stata già rigettata dall’ordinanza di rimessione, sia la persistenza del proprio interesse alla decisione.

6. All’udienza pubblica di trattazione, la causa è stata riservata in decisione.

## DIRITTO

7. L'appello è fondato e deve essere, pertanto, accolto, con conseguente riforma della sentenza impugnata, anche alla luce dei principi di diritto affermati con la presente decisione.

7.1. In primo luogo, occorre rilevare come l'eccezione di improcedibilità dell'appello per sopravvenuto difetto di interesse (conseguente all'adozione delle delibere del Consiglio comunale di Pollenza 6 febbraio 2019 n. 5 e 31 luglio 2019 n. 51) è stata già giudicata e respinta dall'ordinanza di rimessione, alla quale, per tale aspetto, deve essere riconosciuto contenuto decisorio definitivo, di modo che nessuna ulteriore pronuncia può esservi sul punto.

Né il contenuto dell'eccezione può essere fatto "rivivere", ovvero può essere nuovamente riproposto, in conseguenza dell'approvazione della delibera 31 luglio 2019 n. 51 (successiva all'ordinanza di rimessione, adottata all'udienza del 9 maggio 2019 e pubblicata il 15 luglio successivo), poiché le due deliberazioni del Consiglio comunale hanno il medesimo oggetto considerato in due diverse scansioni procedurali.

Ed infatti, a conferma dell'assenza di "novità" della seconda delibera, giova osservare come la stessa parte appellata, nel (ri)formulare la propria eccezione, richiami quanto esposto dall'appellante nella sua memoria del 8 aprile 2019 (pag. 12) - memoria redatta in riferimento, *ratione temporis*, solo alla prima delle due delibere innanzi richiamate - senza aggiungere alcuna propria, ulteriore e nuova considerazione.

8. Come si è già innanzi esposto, la IV Sezione del Consiglio di Stato sottopone a questa Adunanza Plenaria quattro quesiti, giudicandone la risoluzione necessaria per la definizione del giudizio. Precisamente:

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 formati dopo la pubblicazione della sentenza della Adunanza Plenaria n. 2 del 2016, ovvero anche in relazione ai giudicati formati in precedenza.

8.1. Tali quattro quesiti (precisati al punto 23 dell'ordinanza) presuppongono un quesito "pregiudiziale" (implicitamente sottoposto a questa Adunanza Plenaria dai quesiti espressi e, comunque, oggetto del primo motivo di appello; sub lett. a) dell'esposizione in fatto).

Questa Adunanza Plenaria deve, innanzi tutto, verificare l'applicabilità (o meno) dell'art. 42 bis DPR n. 327/2001 anche al di fuori dei casi in cui vi sia stato un procedimento espropriativo e questo

non si sia concluso o si sia concluso con un provvedimento poi annullato dal giudice amministrativo.

Secondo la sentenza impugnata, infatti (v. pag. 4) “l’art. 42 bis è inserito nel T.U. delle espropriazioni e dunque esso è applicabile solo a vicende in cui la P.A. agisce nella sua veste di autorità, sia pure senza un valido titolo (ab origine o per sopravvenuta scadenza o annullamento degli atti del procedimento espropriativo) e non anche nelle ipotesi in cui il rapporto fra il privato e l’amministrazione nasce e si sviluppa sul versante privatistico”.

L’ordinanza di rimessione dissente da tale impostazione, affermando (pag. 7) che l’art. 42 bis “si applica testualmente ad ogni caso in cui – per qualsiasi ragione – un bene immobile altrui sia utilizzato dall’amministrazione per scopi di interesse pubblico”.

Orbene, benché la Sezione remittente dia, per così dire, per “scontata” la più estesa applicabilità del citato art. 42-bis, è proprio questo, per implicito, il pregiudiziale quesito cui l’Adunanza Plenaria deve fornire risposta.

Ed infatti, la verifica della “compatibilità” del decreto di acquisizione ex art. 42-bis con un giudicato restitutorio, in specie formatosi su sentenza del giudice civile dichiarativa della nullità di un contratto di compravendita (o, se si preferisce, la possibilità di esercizio del potere ex art. 42-bis pur in presenza di una sentenza passata in giudicato che ordina la restituzione del bene), presuppone la previa risoluzione del problema costituito dall’ambito di applicazione del medesimo art. 42-bis (se esso possa, cioè, applicarsi anche in ipotesi diverse da quelle ritenute dalla sentenza impugnata) di modo che:

- se si considera tale disposizione applicabile (come vuole l’ordinanza) “ad ogni caso in cui – per qualsiasi ragione – un bene immobile altrui sia utilizzato dall’amministrazione per scopi di interesse pubblico”, allora (e solo allora) potrà verificarsi se, più specificamente, il potere conferito dall’art. 42 bis potrà essere esercitato anche in presenza di un giudicato restitutorio (e, ancor più specificamente, come nel caso di specie, in presenza di una sentenza declaratoria della nullità di un contratto di compravendita);

- se, invece, si considera l’art. 42 bis limitato “solo a vicende in cui la P.A. agisce nella sua veste di autorità” (come sostiene la sentenza impugnata), allora appare evidente come nessuno dei quesiti posti dall’ordinanza di rimessione potrebbe essere esaminato nel merito (e tantomeno ricevere risposta nei sensi prospettati dall’ordinanza).

In definitiva, la prospettazione dei quesiti così come articolata si fonda su un presupposto (l’ambito “ampio” di applicazione dell’art. 42 bis), assunto come “acquisito”, mentre esso deve essere oggetto di necessaria verifica nella presente sede.

E ciò anche al fine di evitare che – non esaminando tale presupposto logico-giuridico dei quesiti espressamente formulati - si possa pervenire ad una implicita (e dunque non chiara) adesione, da parte della Adunanza Plenaria, alla tesi della positiva sussistenza di quello che si è definito l’ambito “ampio” di applicazione dell’art. 42 bis (la cui applicabilità potrebbe essere eventualmente esclusa per ragioni specifiche, ma non per una sua propria limitazione ontologica).

8.2. In conclusione, occorre, innanzi tutto, definire l’ambito di applicazione dell’art. 42 bis DPR n. 327/2001, anche al fine, come si è detto, di scrutinare il primo motivo di appello (sub lett. a) dell’esposizione in fatto

Così impostata la questione sottoposta a giudizio, ne consegue che solo nel caso in cui l'art. 42 bis sia ritenuto applicabile in tutti i casi in cui "per qualsiasi ragione un immobile altrui sia utilizzato dall'amministrazione per scopi di interesse pubblico", si potrà passare all'esame dei quesiti espressamente sottoposti all'esame dell'Adunanza Plenaria, secondo il seguente ordine logico-giuridico:

- in primo luogo, occorre verificare se il giudicato civile "precluda o meno l'emanazione di un atto di imposizione di una servitù di passaggio, con mantenimento del diritto di proprietà in capo al suo titolare (quesito sub a), e ciò anche nel caso in cui la sentenza non abbia espressamente precluso l'esercizio dei poteri previsti dall'art. 42 bis (quesito sub c); tale possibilità è ammessa (e fondata) il secondo ed il terzo motivo di appello (sub lett. b) e c) d dell'esposizione in fatto);
- in secondo luogo (presupponendo i quesiti innanzi citati risolti in senso negativo per l'applicabilità dell'art. 42 bis), se la formazione di un giudicato interno sulla statuizione della sentenza impugnata circa la 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, co. 6" (quesito sub b);
- da ultimo – e solo se tutti i precedenti quesiti ricevano risposta negativa – se è possibile limitare temporalmente la preclusione del giudicato restitutorio ai soli giudicati formati dopo la pubblicazione della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 2/2016.

9. L'Adunanza Plenaria ritiene che l'art. 42 bis DPR 8 giugno 2001 n. 327 (Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità) trovi applicazione in tutti i casi in cui un bene immobile altrui sia nella disponibilità e sia stato utilizzato dall'amministrazione pubblica per finalità di pubblico interesse, pur in assenza di titolo.

9.1. L'art. 42 bis citato (recante "utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico), prevede, per quel che interessa nella presente sede:

"1. Valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene.

2. Il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche quando sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio. Il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche durante la pendenza di un giudizio per l'annullamento degli atti di cui al primo periodo del presente comma, se l'amministrazione che ha adottato l'atto impugnato lo ritira...(*Omissis*)...

6. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano, in quanto compatibili, anche quando è imposta una servitù e il bene continua a essere utilizzato dal proprietario o dal titolare di un altro diritto reale; in tal caso l'autorità amministrativa, con oneri a carico dei soggetti beneficiari, può procedere all'eventuale acquisizione del diritto di servitù al patrimonio dei soggetti, privati o pubblici, titolari di concessioni, autorizzazioni o licenze o che svolgono servizi di interesse pubblico nei settori dei trasporti, telecomunicazioni, acqua o energia...."

9.2. Contrariamente a quanto sostenuto dalla sentenza impugnata, la stessa formulazione letterale dell'art. 42 bis induce a ritenere che questa disposizione, lungi dal poter trovare applicazione solo nei casi in cui “la P.A. agisce nella sua veste di autorità, sia pure senza un valido titolo”, deve essere invece intesa (in ciò concordando con l'ordinanza di rimessione) come una “disposizione di chiusura” del sistema.

Argomentando, in particolare, dal comma 1 dell'art. 42 bis, può affermarsi che tale articolo trova, quindi, possibile applicazione in tutti i casi in cui un bene immobile, che si trovi nella disponibilità dell'amministrazione, sia stato da questa utilizzato (o sia da questa in corso di utilizzazione), e dunque modificato nella sua consistenza materiale, per finalità di pubblico interesse; finalità che denota l'agire dell'amministrazione quale pubblica autorità.

Già la stessa rubrica dell'articolo (pur nei limiti di ausilio all'interpretazione propri della stessa) è indicativa della predisposizione di un rimedio “generale” per i casi di “utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico”, senza limitare l'ambito del medesimo articolo alle ipotesi connesse all'esercizio di un potere amministrativo specifico (segnatamente di tipo ablatorio).

Più esplicitamente in tal senso, il comma 1 rende possibile l'esercizio del potere, previsto dall'art. 42 bis, a tutti i casi in cui l'amministrazione “utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità”.

Come condivisibilmente sottolinea l'ordinanza di rimessione, dal comma 1 dell'art. 42 bis si evince che “i presupposti fondanti il potere di acquisizione siano unicamente due, cioè l'avvenuta modifica del bene immobile e la sua utilizzazione per scopi di interesse pubblico”, senza che assumano alcun rilievo “le circostanze che hanno condotto alla occupazione *sine titulo* e alla riconducibilità di tali circostanze a vicende di natura privatistica o pubblicistica”.

A ciò va aggiunto che il comma 2, lungi dal restringere l'ambito di applicazione dell'art. 42 bis ai casi connessi con l'esercizio di un potere amministrativo (quale che ne sia la legittimità), afferma come il provvedimento di acquisizione possa essere adottato “anche” quando siano stati annullati l'atto di vincolo preordinato all'esproprio, l'atto di dichiarazione della pubblica utilità dell'opera ovvero il decreto di espropriazione; in tal modo – attraverso l'uso della locuzione “anche” – si esclude proprio una applicazione della norma limitata ai soli casi di illegittimo esercizio in concreto del potere amministrativo.

Anche il comma 4, nel descrivere il contenuto del provvedimento di acquisizione, impone che questo debba recare “l'indicazione delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area e se possibile la data dalla quale essa ha avuto inizio”, senza limitare tale indicazione a una o più specifiche forme di “indebita utilizzazione”.

9.3. Questa Adunanza Plenaria (sent. 9 febbraio 2016 n. 2) ha già affermato come l'art. 42 bis “introduce una norma di natura eccezionale” e che l'acquisizione ivi prevista “costituisce una delle possibili cause legali di estinzione di un fatto illecito”.

Tale articolo “configura un procedimento ablatorio *sui generis*, caratterizzato da una precisa base legale, semplificato nella struttura (*uno actu perficitur*), complesso negli effetti (che si producono sempre e comunque *ex nunc*), il cui scopo non è (e non può essere) quello di sanatoria di un precedente illecito perpetrato dall'Amministrazione (perché altrimenti integrerebbe una espropriazione indiretta per ciò solo vietata), bensì quello autonomo, rispetto alle ragioni che hanno ispirato la pregressa occupazione *contra ius*, consistente nella soddisfazione di imperiose esigenze

pubbliche, redimibili esclusivamente attraverso il mantenimento e la gestione di qualsiasi opera dell'infrastruttura realizzata *sine titulo*".

La natura di "norma di chiusura", propria dell'art. 42-bis – desumibile anche dai principi (ora riportati) già espressi da questa Adunanza Plenaria - rende evidente la finalità di ricondurre nell'alveo legale del sistema tutte le situazioni in cui l'amministrazione, quale che ne sia la causa, si trovi ad avere utilizzato la proprietà privata per ragioni di pubblico interesse, ma in difetto di un valido titolo legittimante.

Ne consegue che il dato letterale della norma non osta all'applicazione dell'art. 42 bis nelle ipotesi in cui il difetto di titolo si manifesti per intervenuta declaratoria di nullità ovvero per annullamento del contratto di compravendita.

10. La possibilità di consentire l'applicazione dell'art. 42 bis (e, quindi, del decreto di acquisizione) in tutte le ipotesi in cui – come sostenuto dall'ordinanza di rimessione - "per qualsiasi ragione un bene immobile altrui sia utilizzato dall'amministrazione per scopi di interesse pubblico", oltre a non essere impedita dal dato letterale della disposizione, risulta coerente anche con un inquadramento logico-sistematico della disposizione medesima, nell'ambito di una più generale riflessione sull'attività amministrativa e sugli strumenti ad essa inerenti.

10.1. A fronte del testo dell'art. 42 bis che richiede che l'utilizzazione *sine titulo* del bene deve essere comunque intervenuta "per scopi di interesse pubblico", giova ricordare che l'attività della pubblica amministrazione risulta costantemente funzionalizzata alla cura, tutela, perseguimento dell'interesse pubblico, sia che a tali fini vengano esercitati poteri pubblicistici ad essa conferiti – e dei quali l'interesse pubblico costituisce, al tempo stesso, la causa dell'attribuzione e la giustificazione dell'esercizio in concreto – sia che vengano utilizzati strumenti propri del diritto privato, in un contesto generale già delineato attraverso l'esercizio di potestà pubbliche.

Tale affermazione, che può essere ritenuta ormai principio acquisito dall'ordinamento, trova il suo riscontro nell'art. 1 della legge 7 agosto 1990 n. 241, che, nell'enunciare i "principi generali dell'attività amministrativa", prevede che la stessa si effettui sia mediante l'esercizio di poteri autoritativi, sia ricorrendo ad istituti di diritto privato ("salvo che la legge non disponga diversamente").

L'azione amministrativa che si concretizza nell'emanazione di provvedimenti amministrativi, ovvero quella che si svolge, in forma paritetica, attraverso la sottoscrizione di accordi con i soggetti privati (art. 11 l. n. 241/1990, in particolare attraverso gli accordi sostitutivi di provvedimento), così come la stessa azione che utilizza direttamente strumenti disciplinati dal diritto privato (in specie, contratti), partecipa dell'unica (ed unificante) ragione di interesse pubblico, che la sorregge e giustifica., rappresentandone la causa in senso giuridico.

Con la precisazione che, mentre nelle prime due ipotesi le finalità di pubblico interesse sono implicite nello stesso ricorso ad atti "tipici", quali il provvedimento amministrativo o l'accordo (procedimentale o sostitutivo), nella terza ipotesi il ricorso ad atti di diritto privato (e, segnatamente, contratti tipici e nominati previsti dal codice civile) in tanto può essere ricondotta all'ambito di una azione amministrativa funzionalizzata, in quanto essa si iscriva, anche in ossequio al principio di legalità dell'azione amministrativa, in un contesto di finalità di interesse pubblico, previamente definito mediante l'esercizio dei poteri all'uopo occorrenti e obiettivamente accertabile.

Proprio tale più generale immanenza dell'interesse pubblico, anche in ipotesi ulteriori rispetto a quella di natura provvedimentale, ha già fatto più volte affermare alla giurisprudenza di questo

Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. IV, 15 maggio 2017 n. 2256, 19 agosto 2016 n. 3653, 3 dicembre 2015 n. 5510; sez. V, 5 dicembre 2013 n. 5786; sez. V, 14 ottobre 2013 n. 5000), la irriducibilità degli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241/1990 a meri "strumenti di matrice civilistica".

Si è a tal fine osservato che "fermi i casi di contratti di diritto privato (per i quali trovano certamente applicazione le disposizioni del codice civile), nei casi invece di contratto ad oggetto pubblico l'amministrazione mantiene comunque la sua tradizionale posizione di supremazia; tali contratti non sono disciplinati dalle regole proprie del diritto privato, ma meramente dai "principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti", sempre "in quanto compatibili" e salvo che "non diversamente previsto".

Orbene, alle ipotesi costituite da accordi tra amministrazione e privati - e specificamente accordi sostitutivi aventi contenuto patrimoniale (cui, secondo una definizione comunemente invalsa, può attribuirsi il *nomen* di "contratti ad oggetto pubblico", in quanto disciplinanti aspetti patrimoniali connessi all'esercizio di potestà: v. Cons. Stato, sez. IV, n. 2256/2017 cit.) - ben possono affiancarsi le ipotesi in cui l'amministrazione stipuli contratti di diritto privato in un quadro che - pur non caratterizzato dallo svolgimento di un procedimento amministrativo o in sostituzione di questo - risulta tuttavia già delineato dal precedente esercizio di poteri pubblici, con i quali si è già provveduto ad individuare le finalità di pubblico interesse da perseguire.

Con riguardo ai cd. contratti ad oggetto pubblico ed ai cd. contratti ad evidenza pubblica, la giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di osservare (Cons. Stato, sez. IV, n. 2256/2017 cit.) come la finalità di pubblico interesse ne determini diversamente il contenuto.

Nei primi (contratti ad oggetto pubblico), la predetta finalità "non costituisce (né lo potrebbe) una "immanenza" esterna alla convenzione/contratto, ma essa - in quanto la Pubblica Amministrazione persegue sempre nella sua azione interessi pubblici, in conformità al principio di legalità, quale che sia il modulo utilizzato - conforma il contratto medesimo, ed in particolare - proprio in ragione delle definizioni che il diritto privato ne offre - gli elementi essenziali della causa e dell'oggetto".

Nei secondi (contratti ad evidenza pubblica) - laddove non è presente una regolazione degli aspetti patrimoniali dell'esercizio della potestà, ma sono presenti solo procedimenti antecedenti al contratto, volti ad individuare il soggetto contraente con la pubblica amministrazione - tuttavia "una volta scelto il contraente, il contratto stipulato successivamente alla fase di evidenza pubblica non rifluisce "immediatamente" nella più generale disciplina del codice civile e delle ulteriori disposizioni che eventualmente regolano il rapporto patrimoniale consensualmente instaurato tra privati. Ciò è a tutta evidenza negato dalla stessa presenza di una (copiosa) disciplina speciale che normalmente assiste il momento genetico e quello funzionale del contratto, e che non può che giustificarsi se non in ragione della "particolare natura" dello stesso; laddove tale "particolare" natura non è costituita dall'esservi la pubblica amministrazione quale soggetto contraente, bensì dall'essere la causa e l'oggetto del contratto differentemente conformati, in ragione delle finalità di interesse pubblico perseguite con il contratto, e dunque con l'adempimento delle obbligazioni assunte per il tramite delle rispettive prestazioni (a seconda dei casi, l'*opus* o il servizio)".

10.2. In definitiva, ulteriormente riflettendo sui risultati cui è già pervenuta la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato in riferimento a speciali categorie di contratti, ben può affermarsi che nei casi in cui la pubblica amministrazione - dopo avere individuato per il tramite di un generale e preventivo atto di esercizio di potestà, anche in ossequio al principio di legalità, la finalità di pubblico interesse - decida di perseguire quest'ultima non già attraverso procedimenti amministrativi tipici ed esercizio di poteri provvedimentali, bensì ricorrendo a ordinari modelli

privatistici (nei limiti consentiti dall'ordinamento), la predetta finalità di interesse pubblico resta immanente al contratto ed al rapporto così posto in essere.

Ciò comporta, di conseguenza, che, laddove la finalità di pubblico interesse non risulta (o non risulta più) essere perseguita (o perseguibile) per il tramite del contratto, non può escludersi, in generale, che l'amministrazione possa intervenire sul rapporto insorto (ovvero sulle conseguenze di fatto di un rapporto comunque cessato) per il tramite dell'esercizio di poteri pubblicistici.

Non può, dunque, condividersi la sentenza impugnata laddove essa afferma che sarebbe contrario "ai principi costituzionali e sovranazionali consentire alla P.A. che agisce in veste di contraente privato di mutare in corso di rapporto la natura del potere speso, perché ciò attribuirebbe alla parte pubblica un privilegio confligente quantomeno con gli artt. 3 e 42 Cost."

Occorre premettere che, nel concreto caso in esame, non vi è stato alcun "mutamento" della "natura del potere speso in corso di rapporto" – cioè da quello riconducibile all'autonomia del privato a quello pubblico come autorità -, poiché il primo rapporto, sorto con il contratto di compravendita, si è concluso (al più tardi) con la declaratoria di nullità del contratto, il secondo si fonda sull'esercizio dei poteri previsti dall'art. 42 bis.

Tanto precisato, si osserva che la pluralità delle modalità di scansione dell'attività amministrativa funzionalizzata, come innanzi illustrata, non consente una "divaricazione" così netta, come quella sostenuta dal primo giudice; come se il perseguimento dell'interesse pubblico possa essere individuato solo nell'attività amministrativa mediante esercizio di poteri autoritativi, o come se, in una sorta di non previsto "principio di alternatività sostanziale", una volta intrapresa la via del diritto privato non possa più essere utilizzata quella disciplinata dal diritto pubblico.

Ciò comporta che, diversamente da quanto ritenuto dalla sentenza impugnata, l'art. 42 bis ben può trovare applicazione anche in casi di utilizzazione del bene *sine titulo*, non ostando a ciò (nei sensi innanzi esposti) la sussistenza (o preesistenza) di un rapporto svoltosi sotto l'egida del diritto privato.

A maggior conferma di quanto esposto, occorre osservare che:

- per un verso, non sussistono particolari dubbi in ordine all'applicabilità dell'art. 42 bis alle ipotesi di utilizzazione del bene per effetto di contratto di cessione volontaria (art. 20 DPR n. 327/2001) successivamente dichiarato nullo o annullato; contratto che, pur presentando evidenti aspetti di connessione con il procedimento espropriativo, tuttavia determina autonomamente e in via derivativa, come un comune contratto di compravendita, il trasferimento del diritto di proprietà;

- per altro verso, se l'art. 42 bis è applicabile ai casi di cd. occupazione usurpativa (dove, per effetto della mancanza o del sopravvenuto annullamento della dichiarazione di pubblica utilità, manca proprio l'atto che sancisce, nel rispetto del principio di legalità, la sussistenza del potere di sacrificare la proprietà privata: v. Corte Cost., 11 maggio 2006 n. 191), e dunque in un caso in cui l'utilizzazione del bene immobile si configura *ab initio* come fatto illecito (e, escludendosi l'esercizio di un potere coerente con l'art. 42 Cost, l'amministrazione si configura come un "privato" usurpatore), a maggior ragione potrà trovare applicazione il medesimo art. 42 bis laddove il preesistente "rapporto tra privati" si connette ad un contratto di compravendita dichiarato nullo o annullato, cioè ad un titolo astrattamente valido a disporre il trasferimento del bene. E ciò a maggior ragione laddove la finalità pubblica che attraverso il contratto di compravendita si intende perseguire risulti dalla previsione delle realizzande opere pubbliche nello strumento urbanistico vigente.

10.2.1. Alla luce delle considerazioni sin qui esposte, l'Adunanza Plenaria formula il seguente principio di diritto:

“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”.

10.2.2. Nel caso oggetto del presente giudizio, il contratto di compravendita del bene riguardava un terreno mediante il quale – come rileva l'ordinanza di rimessione (pag. 8) – sono state “attuate le previsioni dell'allora vigente programma di fabbricazione”.

Da ciò l'ordinanza inferisce che “il medesimo contratto aveva sostanzialmente natura di accordo di cessione del bene espropriando, attuativo dello strumento urbanistico con la dichiarata volontà dell'allora proprietario”.

Alla luce delle considerazioni innanzi esposte, ed in disparte la possibilità (o meno) di ricondurre lo specifico contratto di compravendita stipulato ad un accordo di cessione, appare evidente come tale contratto si configuri come uno strumento attuativo di finalità di pubblico interesse definite dall'atto di pianificazione urbanistica adottato in esercizio del relativo potere; atto mediante il quale è stato definito (anche) il quadro delle opere pubbliche necessarie alla comunità locale, in coerenza con quanto espressamente previsto dall'art. 8, comma 1, lett. a), DPR n. 327/2001.

Ed allora appare altrettanto evidente come ben possa trovare applicazione l'art. 42 bis del Testo unico espropriazioni, anche nei casi in cui l'amministrazione perda la disponibilità del bene per vicende inerenti alla validità ed efficacia del contratto di compravendita (che essa ha stipulato in alternativa al procedimento espropriativo, ma sotto l'egida della medesima finalità di pubblico interesse).

In conclusione, risulta fondato il primo motivo di appello, con il quale si è censurata la sentenza impugnata, laddove essa nega l'applicabilità dell'art. 42 bis DPR n. 327/2001 anche ai casi di utilizzazione *sine titulo* del bene privato per effetto della declaratoria di nullità del relativo contratto di compravendita.

11. L'intervenuto riconoscimento dell'applicazione “ampia” dell'art. 42 bis – cioè in tutti i casi in cui “per qualsiasi ragione un immobile altrui sia utilizzato (*sine titulo*) dall'amministrazione per scopi di interesse pubblico” – rende necessario l'esame dell'ulteriore questione sottoposta dall'ordinanza di rimessione, e cioè se il giudicato civile “precluda o meno l'emanazione di un atto di imposizione di una servitù di passaggio, con mantenimento del diritto di proprietà in capo al suo titolare (quesito sub a), e ciò anche nel caso in cui la sentenza non abbia espressamente precluso l'esercizio dei poteri previsti dall'art. 42 bis (quesito sub c).

11.1. L'appellante con il secondo ed il terzo motivo di appello (sub lett. b) e c) dell'esposizione in fatto) ritiene possibile e legittimo il ricorso all'art. 42 bis per l'emanazione di un decreto di imposizione di servitù.

In tal senso, parte appellante ritiene che “la diversità dei titoli di acquisto – anche se accomunati dalla sussistenza di ragioni di pubblico interesse – impedisce che si configuri la lesione del giudicato ... poiché alla diversità dei titoli corrisponde la diversità delle azioni che la parte privata ha posto in essere e quindi non è configurabile alcuna identità della situazione giuridica soggettiva

privata coperta dal giudicato”; anzi, l’esistenza del giudicato civile “semmai costituisce valido presupposto per l’esercizio di tale potere”.

11.2. L’ordinanza di rimessione, nel sottoporre i relativi quesiti a questa Adunanza Plenaria, presuppone la inapplicabilità dell’art. 42 bis in presenza di un giudicato restitutorio.

Ed infatti l’ordinanza sottolinea come la sentenza n. 71/2015 della Corte Costituzionale e n. 2/2016 dell’Adunanza Plenaria - che escluderebbero entrambe il ricorso all’art. 42 bis “in presenza di un giudicato che abbia già disposto la restituzione del bene al privato” - hanno considerato la (sola) ipotesi dell’acquisto della proprietà “per evidenziare come un tale provvedimento non possa caducare il giudicato restitutorio”, lasciando invece impregiudicata la diversa ipotesi della imposizione di una servitù.

Ne consegue – secondo l’ordinanza – come “sembra risultare evidente che il giudicato restitutorio di certo dovrebbe escludere l’attivazione e la conclusione del procedimento volto a disporre l’acquisizione in proprietà, ma di per sé può giustificare la diversa misura della imposizione di una servitù”.

Proprio nella convinzione dell’impedimento rappresentato dal giudicato restitutorio, l’ordinanza di rimessione, sottolineata la diversità della costituzione di un diritto reale di godimento in luogo della acquisizione del bene in proprietà, aggiunge due ulteriori corollari (cui corrispondono altrettanti quesiti all’Adunanza Plenaria) e precisamente:

- se, avendo la sentenza impugnata, con una statuizione sulla quale si è formato il giudicato interno, “espressamente consentito l’attivazione e la conclusione dell’ordinario procedimento espropriativo (che di per sé mira alla realizzazione de futuro delle opere e non alla loro sanatoria”, si possa ritenere che il Comune possa emanare il provvedimento di diverso contenuto, comportante l’imposizione di una servitù, ai sensi dell’art. 42-bis, co. 6;

- se, la preclusione del ‘giudicato restitutorio’ sussista anche quando la sentenza (del giudice civile) non abbia espressamente inibito – per la estraneità della questione rispetto all’oggetto del giudizio - l’esercizio dei poteri previsti dall’art. 42 bis per adeguare lo stato di fatto a quello di diritto”.

11.3. Ai fini dell’esame dei motivi di appello innanzi indicati e dei connessi quesiti sottoposti dall’ordinanza di rimessione, occorre innanzi tutto verificare la sussistenza ed il “perimetro” della preclusione all’esercizio del potere di cui all’art. 42 bis per effetto di una sentenza coperta da giudicato, che abbia disposto la restituzione del bene al privato.

La Corte Costituzionale, con sentenza 30 aprile 2015 n. 71, nello scrutinarne la legittimità costituzionale, ha affermato come l’art. 42 bis, “ha certamente reintrodotta la possibilità, per l’amministrazione che utilizza senza titolo un bene privato per scopi di interesse pubblico, di evitarne la restituzione al proprietario (e/o la riduzione in pristino stato), attraverso un atto di acquisizione coattiva al proprio patrimonio indisponibile. Tale atto sostituisce il regolare procedimento ablativo prefigurato dal T.U. sulle espropriazioni, e si pone, a sua volta, come una sorta di procedimento espropriativo semplificato, che assorbe in sé sia la dichiarazione di pubblica utilità, sia il decreto di esproprio, e quindi sintetizza *uno actu* lo svolgimento dell’intero procedimento, in presenza dei presupposti indicati dalla norma . . . Il nuovo meccanismo acquisitivo presenta significative differenze rispetto all’art. 43 del T.U. sulle espropriazioni. La nuova disposizione, risolvendo un contrasto interpretativo insorto in giurisprudenza sull’art. 43 appena citato, dispone espressamente che l’acquisto della proprietà del bene da parte della pubblica amministrazione avvenga *ex nunc*, solo al momento dell’emanazione dell’atto di acquisizione (ciò

che impedisce l'utilizzo dell'istituto in presenza di un giudicato che abbia già disposto la restituzione del bene al privato)”.

In definitiva, secondo la Corte, ciò che differenzia l'attuale art. 42 bis, dal previgente (e dichiarato costituzionalmente illegittimo) art. 43 è, innanzi tutto, l'esclusione di ogni effetto di “sanatoria”.

Laddove il citato art. 43 prevedeva “un generalizzato potere di sanatoria, attribuito alla stessa amministrazione che aveva commesso l'illecito, addirittura a dispetto di un giudicato che avesse disposto il ristoro in forma specifica del diritto di proprietà violato”, l'attuale art. 42 bis consente l'acquisto della proprietà solo con effetto *ex nunc* al momento dell'emanazione del decreto di acquisizione.

A sua volta, l'Adunanza Plenaria, con sentenza 9 febbraio 2016 n. 2, ha affermato, in particolare, quanto segue:

- sul piano generale, l'art. 42-bis “configura un procedimento ablatorio sui generis, caratterizzato da una precisa base legale, semplificato nella struttura (*uno actu perficitur*), complesso negli effetti (che si producono sempre e comunque *ex nunc*), il cui scopo non è (e non può essere) quello di sanatoria di un precedente illecito perpetrato dall'Amministrazione (perché altrimenti integrerebbe una espropriazione indiretta per ciò solo vietata), bensì quello autonomo, rispetto alle ragioni che hanno ispirato la pregressa occupazione *contra ius*, consistente nella soddisfazione di imperiose esigenze pubbliche, redimibili esclusivamente attraverso il mantenimento e la gestione di qualsiasi opera dell'infrastruttura realizzata *sine titulo*”;

- un elemento caratterizzante l'istituto di cui all'art. 42 bis è rappresentato dalla “impossibilità che l'Amministrazione emani il provvedimento di acquisizione in presenza di un giudicato che abbia disposto la restituzione del bene al proprietario”;

- non sorge alcun problema (nel senso di un effetto inibitorio collegato al giudicato) “ nel caso in cui il giudicato (amministrativo o civile) disponga espressamente, sic et simpliciter, la restituzione del bene”;

- nel caso in cui il giudicato si presenta, per effetto dell'assenza di una domanda reipersecutoria, come “puramente cassatorio, per scelta (e a tutela) del proprietario . . . non si produrrebbe l'effetto inibitorio dell'emanazione del provvedimento ex art. 42-bis”;

- se, nonostante la proposizione di domanda restitutoria, per svariate ragioni processuali, “il giudicato continua a non recare la statuizione restitutoria, comunque l'Amministrazione potrà emanare il provvedimento ex art. 42-bis non sussistendo la preclusione inibente dianzi richiamata”.

11.4. Alla luce dei principi desumibili dalle sentenze innanzi riportate, può affermarsi, per quel che interessa nella presente sede:

- per un verso, che, perché possa prodursi l'effetto preclusivo derivante dal giudicato restitutorio, occorre che la sentenza preveda espressamente, in accoglimento di una specifica domanda avanzata in tal senso dal ricorrente o dall'attore, la condanna dell'amministrazione alla restituzione del bene;

- per altro verso, che l'effetto preclusivo, in quanto derivante, come si è detto, da una espressa condanna alla restituzione del bene, si realizza con riguardo al provvedimento ex art. 42 bis, co. 2, comportante l'acquisizione dello stesso alla proprietà pubblica (in particolare, al patrimonio

indisponibile della medesima) e non può, quindi, inibire anche l'adozione del diverso provvedimento di imposizione di servitù, di cui al successivo comma 6.

Quanto a questo secondo aspetto, la sentenza coperta da giudicato in senso sostanziale, ex art. 2909 c.c., fa stato tra le parti, i loro eredi ed aventi causa, nei limiti oggettivi costituiti dai suoi elementi costitutivi, ovvero il titolo della stessa azione (*causa petendi*) e il bene della vita che ne forma oggetto (cd. *petitum* mediato).

Appare, dunque, evidente come, se oggetto del *petitum* è il recupero del bene alla piena proprietà e disponibilità del soggetto privato originariamente proprietario, non rientra nell'ambito oggettivo del giudicato, e dunque non si pone in contrasto con lo stesso, un provvedimento che, senza incidere sulla titolarità del bene, imponga sullo stesso *ex novo* (e, quindi, *ex nunc*) una servitù, trattandosi di ipotesi affatto diversa da quella inibita dal giudicato e assolutamente coerente con, e anzi presupponente, il mantenimento della proprietà in capo al privato.

11.4.1 In definitiva – e con riguardo al primo quesito (sub lett. a) posto dall'ordinanza di rimessione – occorre affermare il seguente principio di diritto: “il giudicato restitutorio (amministrativo o civile), inerente all'obbligo di restituire un'area al proprietario da parte dell'Amministrazione occupante *sine titulo*, non preclude l'emanazione di un atto di imposizione di una servitù di passaggio sull'area in questione”, che presuppone il mantenimento del diritto di proprietà in capo al suo titolare.

A tali fini, deve osservarsi per completezza, come il co. 6 dell'art. 42 bis (in base al quale “le disposizioni di cui al presente articolo si applicano, in quanto compatibili, anche quando è imposta una servitù e il bene continua a essere utilizzato dal proprietario o dal titolare di un altro diritto reale”) non deve essere interpretato solo nel ristretto senso di consentire all'amministrazione l'emanazione di un provvedimento solo quando “è stata” imposta una servitù, poi venuta meno.

Deve, invece, ritenersi che, una volta venuto meno il titolo di proprietà del bene (o di sua legittima disponibilità), la pubblica amministrazione, alla quale è riconosciuto il potere di avvalersi dell'art. 42 bis DPR n. 327/2001, in considerazione di quanto “modificato” sul bene appreso per la realizzazione dell'opera pubblica, può limitare l'esercizio del potere, e, quindi, procedere con limitazioni parziali delle facoltà e/o dei poteri connessi al diritto reale del privato, e dunque emanare decreti di imposizione di servitù, in luogo della piena acquisizione del bene medesimo (con corrispondente perdita dell'altrui diritto di proprietà).

Non solo ciò risulta “inferiore” negli effetti a quanto la norma consentirebbe, ma è anche coerente con il principio secondo il quale l'azione amministrativa deve comportare il minor sacrificio possibile delle posizioni giuridiche dei privati, in relazione all'obiettivo di interesse pubblico perseguito ed al suo concreto conseguimento.

11. 4. 2. La risposta fornita al primo quesito rende superfluo esaminare:

- sia il secondo quesito (sub lett. b: “se la formazione del giudicato interno - sulla statuizione del TAR per cui il giudicato civile consente l'attivazione di un ordinario procedimento espropriativo volto all'acquisto della proprietà – imponga di affermare che sussiste anche il potere dell'Amministrazione di imporre la servitù di passaggio ex art. 42 bis, comma 6”) – quesito che peraltro prospetta un caso puntuale risolvibile, ove occorra, in via interpretativa nell'ambito del singolo giudizio;

- sia il terzo quesito (sub lett c: “se la preclusione del ‘giudicato restitutorio’ sussista anche quando la sentenza (del giudice civile) non abbia espressamente precluso – per la estraneità della questione rispetto all’oggetto del giudizio - l’esercizio dei poteri previsti dall’art. 42 bis per adeguare lo stato di fatto a quello di diritto”). La risposta a tale ultimo quesito – essendosi già affermata la possibilità di adozione del decreto impositivo di servitù, ex art. 42 bis DPR n. 327/2001:

- per un verso, non appare rilevante ai fini della definizione del giudizio;

- per altro verso, lungi dal costituire un mero “caso di specie” nell’ambito della più ampia definizione dell’ambito oggettivo del giudicato restitutorio, in realtà tende ad “aggirare” l’ostacolo da questo rappresentato, posto che, nella prospettazione, tutte le volte in cui non vi sarebbe, non già l’espressa condanna alla restituzione del bene, ma (in più) l’espressa inibizione dell’esercizio dei poteri ex art. 42 bis, non si produrrebbe violazione del giudicato esercitando detti poteri.

Tale operazione ermeneutica, però, prescinde dalla definizione della controversia, in quanto comporta una più generale riconsiderazione della tematica del giudicato restitutorio e dei suoi effetti inibitori relativamente all’applicazione dell’art. 42 bis che risulta, quale che ne sia l’esito, “sovrabbondante” nella presente sede, dove è sufficiente, per la definizione del giudizio, avere ammesso la possibilità di emanazione del decreto di imposizione di servitù, ai sensi del comma 6 dell’art. 42 bis.

11.4.3. Infine, la soluzione offerta con i due principi di diritto enunciati rende superfluo affrontare il quarto quesito (“qualora ritenga di affermare che si sia in presenza nella specie di una sentenza tale da comportare un ‘giudicato restitutorio preclusivo’ l’Adunanza Plenaria ‘moduli la portata temporale’ della regola affermata dalla precedente sentenza n. 2 del 2016”); quesito peraltro avanzato espressamente in via meramente subordinata dalla stessa ordinanza di rimessione.

11.5.1. Per tutte le ragioni sin qui esposte, devono essere accolti anche il secondo e terzo motivo di appello, nei limiti in cui, contrariamente a quanto affermato dalla sentenza, non risulta confliggente con un giudicato restitutorio l’esercizio del potere di imposizione di servitù, di cui all’art. 42 bis DPR n. 321/2001.

11.5.2. L’accoglimento dei primi tre motivi di impugnazione rende superfluo l’esame degli ulteriori due motivi proposti e comporta, invece, la necessità di esaminare i motivi del ricorso instaurativo del giudizio di primo grado, non esaminati dalla sentenza impugnata e riproposti nella presente sede.

11. 6. Tali motivi sono infondati e devono essere, pertanto, respinti.

Quanto al primo di essi (sub lett. a1) dell’esposizione in fatto) - con il quale si lamenta il mancato rispetto delle norme volte a rendere effettiva la partecipazione procedimentale (per effetto del breve intervallo temporale intercorso tra invio della comunicazione di avvio del procedimento ed adozione dell’atto impugnato) – giova osservare come il provvedimento impugnato, pur emanato all’esito di un procedimento ex art. 42 bis instaurato *ex novo*, nondimeno interviene in una vicenda ben nota alle parti, il che rende plausibile uno svolgimento celere dell’azione amministrativa, che, in ossequio anche ai principi di speditezza e di economicità, non esclude la partecipazione, ma la adegua al caso concretamente affrontato.

Quanto al secondo motivo (sub lett. b1) dell’esposizione in fatto, con il quale si lamenta, in sostanza, il difetto e/o insufficienza di motivazione del provvedimento di imposizione di servitù (unitamente allo sviamento di potere), le considerazioni innanzi espresse in ordine alla possibilità,

anche nel caso di specie, di esercitare il potere ex art. 42 bis, co. 6, DPR n. 327/2001, già ne sorreggono la reiezione.

A ciò aggiungasi che – in presenza di una vicenda e di un assetto del territorio ben noto (per avere costituito oggetto di più atti amministrativi e di una controversia in sede civile) – appaiono congrue sia l'istruttoria svolta, sia la motivazione in ordine alle ragioni che sorreggono l'adozione dell'atto; né è ipotizzabile alcuno sviamento di potere, escluso dalla coerenza dell'effetto del provvedimento impugnato (imposizione di servitù) con le finalità in concreto perseguite dell'amministrazione.

12. L'Adunanza Plenaria, giudicando del presente appello, enuncia i seguenti principi di diritto:

A) 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.

B) Il giudicato restitutorio (amministrativo o civile), inerente all'obbligo di restituire un'area al proprietario da parte dell'Amministrazione occupante *sine titulo*, 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.

13. In conclusione, l'appello deve essere accolto, nei sensi di cui in motivazione, e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

Stante la complessità delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti spese ed onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria),

definitivamente pronunciando sull'appello proposto (n. 8185/2018 r.g.):

- a) enuncia i principi di diritto di cui al punto 12 della motivazione;
- b) accoglie l'appello, nei sensi di cui in motivazione, e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso di primo grado, previa reiezione dei motivi riproposti dagli appellati nel presente grado di giudizio;
- c) compensa tra le parti le spese ed onorari di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Marco Lipari, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere, Estensore

Giulio Veltri, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

IL PRESIDENTE

Filippo Patroni Griffi

L'ESTENSORE  
Oberdan Forlenza

IL SEGRETARIO