

**\*Pubblicato su *Diritto e Formazione*, 2006, f. 1**

## **LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA IN MATERIA URBANISTICA E EDILIZIA SECONDO L'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO**

di

Giovanni Maria di Lieto

1) I PRINCIPI CONTENUTI NELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE 6 LUGLIO 2004, N. 204

Secondo la Corte costituzionale, l'adozione, da parte del legislatore ordinario, di un "sistema" di giurisdizione esclusiva fondato sulla semplice presenza, in determinate "materie", di un rilevante interesse pubblico, presuppone l'approvazione (non avvenuta) del progetto di riforma dell'art. 103 Cost. secondo il quale alla giurisdizione amministrativa sono attribuite le controversie con la pubblica amministrazione nelle materie indicate dalla legge.

Al contrario, il vigente art. 103, primo comma, Cost. ha conferito al legislatore ordinario il potere di indicare "*particolari materie*" nelle quali "*la tutela nei confronti della pubblica amministrazione*" investe "*anche*" diritti soggettivi.

L'art. 103 dispone che quelle materie "*devono essere particolari rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo.*

*Il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione - autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento*

*di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo”.*

Su queste premesse, la Corte ritiene che la formulazione dell’art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998 introdotta dall’art. 7, comma 1, lettera a), della legge n. 205 del 2000, contrasti con i predetti criteri.

In particolare, il riferimento a *“tutte le controversie”* ricadenti nella materia dei pubblici servizi fa mancare il necessario rapporto di *species a genus* che l’art. 103 Cost. richiede allorché contempla come *“particolari”* le materie devolvibili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

*“La materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo”.*

In altri termini, secondo la Corte, la giurisdizione esclusiva amministrativa in materia di pubblici servizi non può essere estesa dal legislatore alle controversie di valenza meramente civilistica, anche se parte del giudizio sia un soggetto pubblico (ad es. risarcimento dei danni prodotti alla persona da un illecito riconducibile ad attività materiale della P. A. che non si collega direttamente all’esercizio di un potere pubblico). Soltanto nel caso in cui l’esercizio del pubblico servizio si pone in rapporto di causalità necessaria con l’evento dannoso, la controversia può essere di competenza del G. A.

Analoghi profili di incostituzionalità, secondo la Consulta, investono la previsione dell’art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, introdotta dall’art. 7, comma 1, lettera b), della legge n. 205 del 2000: *“formulazione che si pone in contrasto con la Costituzione nella parte in cui, comprendendo nella giurisdizione esclusiva - oltre “gli atti e i provvedimenti” attraverso i quali le pubbliche amministrazioni (direttamente ovvero attraverso “soggetti alle stesse equiparati”) svolgono le loro funzioni pubblicistiche in materia urbanistica ed edilizia - anche “i comportamenti”, la estende a controversie nelle quali la pubblica amministrazione non esercita - nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici - alcun pubblico potere”.*

Le ampie considerazioni svolte dai giudici della Consulta su origine, senso e limiti della giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi giustificano pertanto anche la parallela dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 34.

La pronuncia di incostituzionalità dell'art. 34 va riferita ai comportamenti, che la Corte *identifica* - alla stregua del percorso argomentativo seguito in motivazione - nella attività materiale della P. A. che non costituisce esercizio di alcun potere.

La precisazione, contenuta in motivazione, della collocazione dei comportamenti al di fuori dell'esercizio del potere, rappresenta l'individuazione - per la Corte - della nozione "comportamento", in contrapposizione a quelle di "atto" e "provvedimento" e non esclude l'*attività* - *inattività* della amministrazione, pur sempre espressione di potestà pubblicistiche, fuori dagli atti e provvedimenti.

La Consulta, nell'ultima parte della motivazione, richiamando le considerazioni svolte con riferimento all'art. 33, afferma il contrasto dell'art. 34 con i parametri costituzionali, e lo individua nell'aver esteso la giurisdizione esclusiva a controversie nelle quali la pubblica amministrazione non esercita alcun pubblico potere.

E' ammissibile la giurisdizione esclusiva ove l'amministrazione abbia agito come autorità.

Se le controversie nelle quali la pubblica amministrazione non esercita alcun pubblico potere sono *meri* comportamenti materiali, al contrario, nel caso in cui l'*attività* - *inattività* della pubblica amministrazione sia direttamente collegata - connessa all'esercizio del potere resta ferma la giurisdizione amministrativa.

La norma che la Corte ricostruisce è quella per cui in materia urbanistico - edilizia la pubblica amministrazione non è coinvolta come autorità nelle controversie in cui si fa questione di *meri* comportamenti materiali e, su tale assunto, elimina i comportamenti dal testo di legge.

Sembra, pertanto, che, secondo l'*iter* argomentativo seguito dalla Corte costituzionale, la regola fondamentale del riparto di giurisdizione non cessi di essere quella fondata sui c. d. "blocchi di materie".

Per la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, occorre però l'ulteriore requisito che le materie siano "particolari", cioè che la controversia sui diritti

soggettivi presenti la “medesima natura” della controversia sugli interessi legittimi (in tale ipotesi è giustificata - in via speciale - l'attrazione della giurisdizione sui diritti nella giurisdizione sugli interessi).

Materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione - autorità, la giurisdizione generale di legittimità.

Occorre, cioè, che la lesione del diritto soggettivo (in materia urbanistica, edilizia, pubblici servizi) sia in concreto riconducibile alla pubblica amministrazione - autorità, cioè all'esplicazione di pubblici poteri.

E specificamente ad atti, provvedimenti, ma anche *attività – inattività* della P. A. che danno - non danno esecuzione a precedenti provvedimenti (collegate, connesse a precedenti provvedimenti).

Si pensi, ad es. ai comportamenti omissivi della P. A. per mancata esecuzione del provvedimento (che si concreta nella mancata adozione del provvedimento successivo: ad es. il decreto di esproprio, consequenziale rispetto al provvedimento di occupazione d'urgenza), che sono pur sempre espressione di poteri pubblicistici (è evidente che non si tratta di *meri* comportamenti materiali della P. A.).

Vale a dire che anche attraverso l'*inattività* della P. A. può venire in evidenza la illegittimità di una potestà pubblica.

Se è vero che la pronuncia d'incostituzionalità rimette in evidenza la natura delle situazioni soggettive coinvolte, giustificando l'attrazione della giurisdizione sui diritti nella giurisdizione sugli interessi soltanto in via speciale, non significa che la regola fondamentale di riparto non sia più quella fondata sui blocchi di materie e sia ritornata ad essere quella tradizionale basata sul dualismo diritti - interessi.

La sentenza della Corte non sembra segnare il ritorno ad un sistema di tutela del privato nei confronti della pubblica amministrazione fondato esclusivamente sul tipo di situazione giuridica lesa.

Piuttosto, la Corte modella espressamente sulla pubblica amministrazione - autorità la formula idonea a individuare la giurisdizione esclusiva amministrativa.

L'azione amministrativa viene attratta nell'ambito della giurisdizione esclusiva quante volte l'incidenza nella sfera giuridica del destinatario sia espressione del potere.

Se questo è il senso e la interpretazione della sentenza della Corte costituzionale, deve ritenersi che i "comportamenti" espunti dal testo dell'art. 34 *coincidano* con quella attività materiale della P. A. non riconducibile all'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali.

Si pensi alle controversie del privato con l'Amministrazione concernenti pretese di diritto comune inerenti alla tutela del diritto di proprietà, ai rapporti di vicinato, ecc.

In questi casi non è in gioco l'esercizio di una funzione pubblica e perciò "specificata" dell'Amministrazione (si tratta di pretese di diritto comune inerenti alla tutela di diritti soggettivi riconosciuti dalla legge in capo ai titolari indipendentemente dalla disciplina del territorio).

Nella prospettiva del privato, che si ritiene leso da siffatti comportamenti della P. A., non viene in evidenza la censura della illegittimità di una potestà pubblica.

Né possono farsi rientrare, nel pur ampio concetto di urbanistica di cui all'art. 34 D.Lgs. n. 80/98 ("tutti gli aspetti dell'uso del territorio"), gli obblighi che derivano al proprietario (anche se soggetto pubblico) dal suo diritto sulla cosa, la nozione di urbanistica non potendo essere estesa fino ad includervi la facoltà di godimento di cui dispone il titolare del bene.

In altri termini, se il rapporto controverso è meramente privatistico, non regolato da norme urbanistiche o da atti amministrativi ma da disposizioni civilistiche a tutela del diritto di proprietà, resta ferma la giurisdizione del G. O. nell'ipotesi in cui parte del rapporto sia la P. A.

Pertanto, la giurisdizione esclusiva non si arresta al giudizio di annullamento del provvedimento amministrativo e si estende al sindacato sul rapporto tra privato ed amministrazione, comprensivo delle *attività - inattività* che danno - non danno esecuzione, comunque collegate - connesse con il provvedimento.

2) LA GIURISDIZIONE IN MATERIA URBANISTICA E EDILIZIA NELLE TESI DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO: L'OCCUPAZIONE APPROPRIATIVA E L'OCCUPAZIONE USURPATIVA

Alla stregua del percorso argomentativo seguito dalla Consulta, sembrano potersi specificamente attribuire alla giurisdizione esclusiva del G. A. (oltre alle controversie - sulla lesione di diritti - che scaturiscono dall'annullamento di atti o provvedimenti degradatori emanati dalla P. A. nell'ambito del procedimento espropriativo) le controversie relative a comportamenti omissivi della P. A. dai quali sia derivata la illegittimità della occupazione d'urgenza per mancata emanazione, nei termini, del decreto di esproprio - fenomeno della c. d. accessione invertita (caso in cui il privato fa valere il diritto al risarcimento del danno); le controversie relative all'uso "di mero fatto" del territorio da parte della P. A., ad es. per annullamento della dichiarazione di p. u. (illecito permanente: caso in cui il privato fa valere il diritto alla restituzione del bene o il diritto al risarcimento del danno).

La sentenza 30 agosto 2005, n. 4 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si occupa della giurisdizione in tema di occupazione appropriativa.

All'Adunanza Plenaria è prospettata dal giudice rimettente la questione se rientri nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la domanda avente ad oggetto - al di fuori della impugnativa di atti amministrativi - il risarcimento del danno derivante al diritto di proprietà del privato da un provvedimento di occupazione d'urgenza venuto meno retroattivamente *ex lege* per la mancata emanazione del decreto di esproprio nei termini di scadenza dell'occupazione legittima, accompagnata dalla irreversibile trasformazione dell'area (fattispecie della c. d. accessione invertita).

Si tratta di chiarire se - nella specie - la lesione del diritto di proprietà vada ricondotta all'esplicazione del pubblico potere o a una *mera* attività materiale della P. A.

Ove si pervenisse alla conclusione che la lesione del diritto soggettivo sia da ricondurre alla pubblica amministrazione - autorità, l'Adunanza Plenaria ritiene necessario ulteriormente chiarire se tale lesione "*possa essere conosciuta dal giudice amministrativo al quale - come sembrerebbe doversi desumere dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte - è attribuita la giurisdizione esclusiva solo nell'ambito di controversie nelle quali restano coinvolti insieme interessi legittimi e diritti soggettivi*".

La controversia si caratterizza per avere ad oggetto esclusivamente diritti soggettivi, essendo venuto meno *ex lege* per sopravvenuta inefficacia - e non a seguito di annullamento - il provvedimento di occupazione d'urgenza degradatorio del diritto.

Secondo l'Adunanza Plenaria, anche a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, tale controversia rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia urbanistica ed edilizia ex art. 34 del decreto legislativo n. 80 del 1998, trasfuso nell'art. 7 della legge n. 205 del 2000.

Il ragionamento si fonda sulla ricostruzione interpretativa dell'art. 34 e della sentenza della Corte costituzionale.

Secondo l'*antico* art. 34 del decreto legislativo n. 80/98, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo comprendeva ogni controversia tra privato e pubblica amministrazione in materia urbanistica e edilizia relativa alla lesione di diritti soggettivi: *“E ciò sia nell'ipotesi in cui il vulnus recato al diritto soggettivo debba farsi risalire alla esplicazione dei pubblici poteri, sia nell'ipotesi in cui la lesione vada ricondotta, invece, a comportamenti invasivi sine titolo nella sfera del privato”*.

Invero, l'art. 34 si riferiva a lesioni arrecate a diritti soggettivi, tanto da “atti e provvedimenti” (e, perciò, dalla esplicazione di poteri autoritativi), quanto da *meri* “comportamenti” (iniziative disciplinate dal diritto comune, meri fatti illeciti fonti di responsabilità extracontrattuale).

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 204 del 2004, ha dichiarato la illegittimità costituzionale della norma attributiva della giurisdizione al giudice amministrativo in relazione alle lesioni di diritti soggettivi riferibili ai predetti comportamenti materiali ed ha disposto la eliminazione della espressione dal testo dell'art. 34 citato.

*“Sono state conservate, così, alla giurisdizione del giudice amministrativo le liti relative a diritti e interessi da riportare alla esplicazione del potere: una soluzione alla quale la Corte è approdata nel presupposto che la Costituzione consenta di derogare alla clausola generale di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo (diritti - interessi) solo quando i diritti -*

*tutelati innanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva - risultino vulnerati dalla pubblica amministrazione come "autorità" (e si tratti, perciò, di diritti soggettivi sui quali incida il pubblico potere)".*

*"In tale fenomeno, per l'assoluta somiglianza di fattispecie, restano accomunati sia le controversie - come quella dedotta in questa sede - caratterizzate dall'inefficacia retroattiva ex lege che investe l'atto degradatorio applicativo del vincolo preordinato all'esproprio, sia le ipotesi di annullamento dell'atto stesso (con proposizione in entrambi i casi - sul presupposto della caducazione degli effetti dell'atto autoritativo - della pretesa di carattere patrimoniale).*

*Stando così le cose, va considerata come controversia riconducibile all'esplicazione del pubblico potere - nel senso in cui ne parla l'art. 34, in contrapposizione ai «comportamenti» materiali - qualunque lite suscitata da lesioni del diritto di proprietà provocate, in area urbanistica, dalla esecuzione di provvedimenti autoritativi degradatori, venuti meno o per annullamento o (come nella specie) per sopraggiunta inefficacia ex lege".*

Né la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo richiede necessariamente l'instaurazione di una controversia implicante la congiunta deduzione in causa di interessi legittimi e diritti soggettivi (ipotesi di impugnazione - annullamento degli atti di esercizio del potere, con pretese patrimoniali consequenziali aventi ad oggetto la lesione delle risorte posizioni di diritto soggettivo).

Invero, la Corte costituzionale richiede - per la giurisdizione esclusiva - che si tratti di materie (particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione - autorità, la giurisdizione generale di legittimità del G. A. (cosa diversa è la congiunta deduzione in causa delle diverse situazioni giuridiche).

E' indiscutibile - secondo le tesi della Consulta - l'attrazione alla giurisdizione esclusiva amministrativa delle azioni risarcitorie scaturenti dall'annullamento di atti degradatori del diritto soggettivo (ad es., il provvedimento di occupazione d'urgenza).

Allo stesso modo, si configura la giurisdizione del giudice amministrativo su controversie che abbiano ad oggetto esclusivamente la lesione di diritti



soggettivi, che scaturisce non dal “cattivo uso” del potere (cioè dall’annullamento di atti illegittimi degradatori), ma dalla perdita della forza autoritativa dell’atto, determinata dalla sopravvenuta inefficacia disposta dalla legge (in conseguenza della irreversibile trasformazione dell’area, accompagnata dalla mancata emanazione, nei termini, del decreto di esproprio).

Si occupa della giurisdizione in tema di occupazione usurpativa, la sentenza dell’Adunanza Plenaria 16 novembre 2005, n. 9.

Cioè della giurisdizione sulla pretesa del privato al risarcimento del danno al risorto diritto soggettivo scaturente dall’annullamento della dichiarazione di pubblica utilità (atto degradatorio del diritto).

Questa è l’ipotesi *base* prevista dalla Corte costituzionale, di giurisdizione esclusiva nell’ambito di controversie nelle quali restano coinvolti insieme interessi legittimi e diritti soggettivi.

Cioè di impugnazione - annullamento degli atti di (cattivo) esercizio del potere (ad es. provvedimenti che instaurano il vincolo espropriativo, dichiarazione di pubblica utilità, provvedimento di occupazione d’urgenza), con conseguenziale diritto al risarcimento del danno per la eventuale lesione del diritto soggettivo che si riespande.

Nel giudizio di primo grado, sono stati annullati le dichiarazioni di pubblica utilità, il provvedimento che ha disposto l’occupazione d’urgenza dell’area e gli ulteriori provvedimenti del procedimento.

L’ordinanza di rimessione avanza il dubbio che la pretesa risarcitoria possa ritenersi causata da un “comportamento” della amministrazione e pertanto essere sottratta - dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale - alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Nella specie, dopo l’annullamento della dichiarazione di pubblica utilità dell’opera e del provvedimento di occupazione d’urgenza, sono venuti meno gli atti che legittimavano le condotte materiali con le quali l’amministrazione aveva dato esecuzione alla dichiarazione di pubblica utilità e agli ulteriori provvedimenti (in conseguenza dell’annullamento, l’*attività* della P. A. è divenuta *sine titulo*).

Il Consiglio di Stato ripropone le stesse argomentazioni già svolte (con la sentenza n. 4/05) sulla giurisdizione in tema di occupazione appropriativa.

Non v'è dubbio che *“comportamenti, (l'espressione espunta dalla Corte Costituzionale per arginare l'ambito della giurisdizione amministrativa) non si riferisce a quelle condotte che si connotano - come nella specie - alla esplicazione di potestà amministrative manifestatesi attraverso provvedimenti autoritativi che hanno spiegato secundum legem i loro effetti pur se successivamente rimossi, in via retroattiva, da pronunce di annullamento.*

*I “comportamenti” ai quali faceva riferimento l'antico art. 34 - prima dell'intervento della Corte Costituzionale - avevano ad oggetto, invero, non soltanto attività materiali sorrette dall'esplicazione del potere ma anche condotte poste in essere dalla pubblica amministrazione fuori dalla esplicazione del potere”.*

E' evidente, infatti, che l'antica formula dell'art. 34, che poneva in contrapposizione tra loro “atti e provvedimenti” e “comportamenti” (l'espressione dichiarata incostituzionale dalla sentenza n. 204 del 2004), tendeva alla individuazione delle controversie relative alle lesioni di diritti soggettivi causalmente riconducibili alla esplicazione del potere (da un lato) e delle azioni di diritto comune poste in essere dalla pubblica amministrazione fuori dalla esplicazione del potere (dall'altro).

La giurisprudenza amministrativa - che conferma la giurisdizione amministrativa sull'azione di risarcimento da occupazione appropriativa anche dopo la sentenza 204/04 della Corte costituzionale - ritiene che la generale soggezione del proprietario al potere pubblico, per effetto della dichiarazione di pubblica utilità, non viene meno perché alla scadenza del termine di occupazione legittima il decreto di esproprio non è stato emanato. Siffatta eventualità configura un illegittimo comportamento omissivo tenuto in violazione delle norme di azione che disciplinano le modalità di svolgimento del procedimento espropriativo. Con la conseguenza che, in presenza di domanda risarcitoria per il danno conseguente alla irreversibile trasformazione dell'area (necessariamente proposta per equivalente), deve essere adita la giurisdizione del giudice amministrativo.

Al fine della individuazione di controversie in qualche modo connesse con un precedente provvedimento, si sottolinea ulteriormente che, secondo la configurazione assunta dal procedimento ablatorio per effetto del nuovo t.u. espropriazioni, l'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio genera nel soggetto pubblico il potere espropriativo (art. 9, in relazione all'art. 1, comma 2). Pertanto, anche sotto tale profilo, può ritenersi che nell'occupazione usurpativa la pubblica amministrazione osserva un comportamento riconducibile ad un potere riconosciuto dalla legge.

E' la posizione del Consiglio di Stato, che presuppone l'appartenenza del potere espropriativo all'amministrazione per diretto conferimento dalla Costituzione (art. 42) e dalla legge ordinaria, di cui il provvedimento è semplice espressione (in tal senso, Cons. Stato, Ad. Pl., 26 marzo 2003, n. 4).

Secondo l'Adunanza Plenaria, è necessario - per la giurisdizione esclusiva amministrativa - che il rapporto tragga origine da un provvedimento, o sia inquadrabile nell'ambito del procedimento amministrativo, o che la controversia investa lo svolgimento del potere, estrinsecato in *attività - inattività* della P. A.

Nel senso della *inattività* della P. A. che si collega - connette all'esplicazione del pubblico potere (e pertanto radica la giurisdizione esclusiva) è la sentenza dell'Adunanza Plenaria 15 settembre 2005, n. 7.

Il ritardo della P. A. nell'adozione delle pratiche per il rilascio dei titoli edilizi autorizzativi non integra un mero comportamento omissivo della P. A. sindacabile, dopo la sentenza 204 del 2004 della Corte Costituzionale, dal giudice ordinario; tale ritardo concreta invero la diversa ipotesi del mancato tempestivo soddisfacimento dell'obbligo della autorità amministrativa di assolvere adempimenti pubblicistici, aventi ad oggetto lo svolgimento di funzioni amministrative. In tale ipotesi vengono incisi interessi legittimi pretensivi del privato, che ricadono, per loro intrinseca natura, nella giurisdizione del giudice amministrativo (e, trattandosi della materia urbanistico - edilizia, nella sua giurisdizione esclusiva).

Il fondamento della giurisdizione esclusiva risiede nel collegamento del diritto con l'esplicazione del potere (atti, provvedimenti della P. A. la cui eliminazione dal mondo giuridico - in conseguenza dell'annullamento o della sopravvenuta

inefficacia - rende l'attività della P. A. senza titolo e determina la riespansione del diritto soggettivo da risarcire, *attività - inattività* della P. A. collegate - connesse a provvedimenti).

### 3) LA POSIZIONE DELLE SEZIONI UNITE DELLA CASSAZIONE

Affermano la giurisdizione ordinaria in ordine alla domanda di risarcimento per occupazione appropriativa e occupazione usurpativa, con riferimento alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 34, relativamente ai comportamenti (da ultimo, si veda Cass., Sezioni Unite, 25/05/2005, n. 10962).

Le ragioni del contrasto con le tesi dell'Adunanza Plenaria muovono da una diversa lettura della sentenza della Corte costituzionale 204/04.

Secondo la Cassazione, i giudici della legge individuano nei "comportamenti" - per definizione - altrettante manifestazioni non assistite dal potere amministrativo.

Il periodo che chiude la motivazione dichiara l'illegittimità dell'art. 34 comma 1, d.lgs. 80/98 nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "gli atti, provvedimenti e i comportamenti", invece che "gli atti e i provvedimenti" (la stessa formula è riprodotta nel dispositivo). Se le *attività* nelle quali la pubblica amministrazione non esercita alcun pubblico potere sono - per definizione - comportamenti, non è ammissibile l'argomentazione che il comportamento - se collegato, connesso all'esercizio del potere - è attratto alla giurisdizione amministrativa esclusiva.

Dalla giurisdizione esclusiva devono pertanto essere esclusi - secondo la Suprema Corte - i comportamenti della pubblica amministrazione, perché non collegati all'esplicazione di potestà pubbliche. Si ritiene che l'esclusione riguardi le fattispecie relative ai casi in cui alla procedura di occupazione d'urgenza non abbia fatto seguito la conclusione del procedimento espropriativo nel termine di validità del decreto di occupazione d'urgenza (occupazione c.d. appropriativa) e, a maggior ragione, le fattispecie di annullamento della dichiarazione di pubblica utilità (occupazione c.d. usurpativa).

Per detti comportamenti deve ritenersi sussistente la giurisdizione del giudice ordinario.

Invero, secondo la sentenza 204/04 della Corte costituzionale, principio fondamentale del nostro ordinamento è quello secondo cui, salvi i casi espressamente previsti da specifiche disposizioni di legge, la tutela dei diritti soggettivi è esercitata davanti al giudice ordinario.

Le fattispecie in esame non costituiscono “particolari” materie (nelle quali è ravvisabile sullo sfondo la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo), in quanto nell’illecito in cui consiste l’irreversibile trasformazione del fondo (si tratti di occupazione usurpativa o di occupazione appropriativa) non sono configurabili situazioni giuridiche di interesse legittimo, ma esclusivamente situazioni giuridiche di diritto soggettivo.

Invero, il diritto di proprietà, nelle ipotesi di occupazione appropriativa e usurpativa, non è degradato - secondo la Cassazione - dall’illegittimo esercizio del potere espropriativo, perché è soltanto con l’adozione del decreto di esproprio che si configura la degradazione del diritto di proprietà.

Ma allora, seguendo questa tesi, anche nell’ipotesi di annullamento della dichiarazione di pubblica utilità o del provvedimento di occupazione d’urgenza (ipotesi *base* prevista dalla Corte costituzionale, cioè di controversia su diritti soggettivi che presenta la “medesima natura” della controversia su interessi legittimi, di controversia che involge interessi legittimi e diritti soggettivi), non vi sarebbe degradazione del diritto di proprietà (che avverrebbe soltanto con l’emanazione del decreto di esproprio), e pertanto la controversia sul risarcimento del danno non rientrerebbe nella giurisdizione del giudice amministrativo (assunto questo in chiaro contrasto con Corte cost. 204/04).

I sostenitori della posizione della Cassazione riconoscono che l’espunzione dei comportamenti dal testo dell’art. 34 determina una presunzione di esclusione dei “comportamenti” dalla giurisdizione esclusiva, superabile in presenza di riscontri inequivoci sulla diretta riconducibilità dell’agire fattuale dell’amministrazione all’attuazione di provvedimenti autoritativi.

Ma anche l’*inattività*, la mancata esecuzione di un provvedimento derivante dalla mancata adozione degli atti successivi, si collega - connette ad un precedente provvedimento.

La Cassazione sembra interpretare la sentenza della Corte costituzionale nel senso di richiedere - per la giurisdizione esclusiva del G. A. - una pregiudiziale pronuncia di annullamento del provvedimento che abbia inciso, degradandoli, su preesistenti diritti soggettivi.

Ottenuta la riespansione del diritto soggettivo con effetto retroattivo (a seguito dell'annullamento), si aggiungerebbe - alla giurisdizione generale di legittimità - la giurisdizione esclusiva del G. A. sulla pretesa risarcitoria del privato.

La posizione della Suprema Corte sembra interpretare la sentenza della Corte cost. nel senso di un *adattamento*, alla giurisdizione esclusiva del G. A., della teoria della c. d. degradazione.

Il diritto soggettivo di proprietà, in caso di atti espropriativi illegittimi, degrada a interesse legittimo da tutelare dinanzi al giudice amministrativo. Soltanto dopo avere conseguito dal giudice amministrativo l'annullamento dell'atto illegittimo, il diritto soggettivo, già degradato a interesse legittimo, si riespande e può ricevere tutela risarcitoria dinanzi allo stesso G. A.

In questi limiti, la Suprema Corte confina la giurisdizione esclusiva amministrativa.

Invece, anche dopo la sent. 204/04 della Corte cost., deve ritenersi ammissibile - nell'ambito della giurisdizione esclusiva - l'autonomia dell'azione per il risarcimento dall'azione per l'annullamento.

Nell'ambito della giurisdizione esclusiva attribuita al G. A. è configurabile una controversia risarcitoria pura, svincolata dal giudizio di annullamento del provvedimento, nel caso di *inattività* della P. A. espressione di potestà pubblicistiche, in tale ipotesi la cognizione del G. A. investendo non l'atto ma il rapporto.

Il ragionamento della Cassazione sembra fermarsi alla lettera del dispositivo e della proposizione finale della motivazione, così omettendo di considerare il ragionamento svolto dalla Corte costituzionale in tema di giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi (cioè la nozione di giurisdizione esclusiva modellata sulla pubblica amministrazione - autorità), che supporta la parallela dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 34.

Giovanni Maria di Lieto

