

LA GIURISDIZIONE IN MATERIA DI OCCUPAZIONE APPROPRIATIVA ED USURPATIVA ALLA LUCE DELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA

di Filippo Lacava

Sommario: 1) La giurisdizione in materia di occupazione appropriativa prima del d.lgs. 80/1998 e dell'art. 53 t.u. 327/2001 – 2) Le innovazioni apportate dal d.lgs. 80/1998 - 2.1) Il controverso rapporto fra urbanistica ed espropriazione- 2.2) Quale giudice per l'occupazione appropriativa? - 2.3. ...E, soprattutto, per quella usurpativa? - 3) L'art. 53 del T.U. 327/2001 - 4) La sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004 e le sue ricadute sul riparto di giurisdizione – 5) I più recenti sviluppi della giurisprudenza in materia: la sent. C. Cost. n. 191/2006 e l'ord. n. 13911/2006 Cass. SS. UU.

1. La giurisdizione in materia di occupazione appropriativa prima del d.lgs. 80/1998 e dell'art. 53 t.u. 327/2001

Il d.lgs. 80/98 ha segnato, come avvertito immediatamente dalla dottrina¹, rispetto al quadro normativo e giurisprudenziale previgente, importanti novità sul piano dei criteri di riparto della giurisdizione in materia di occupazione appropriativa². Tuttavia, come segnalato da più parti³, il legislatore delegato del 1998, ben lungi dal

¹ A testimonianza della consapevolezza che, nel dibattito dottrinale immediatamente successivo all'emanazione del dlgs n. 80/98, vi è circa la sua valenza profondamente innovativa si vedano: L. SCOTTI, *La giurisdizione del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo nel decreto legislativo 80/1998*, in *Doc. Giust.*, 1998, 1917; nonché, per quanto concerne più da vicino la materia urbanistica, LEONE E MAROTTA, *Espropriazione per pubblica utilità*, in SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, XXVII, Padova, 1997, 8.

² Sul punto si veda per un esame esauriente ed approfondito della tematica R. CONTI, *Il sistema di riparto fra giurisdizione ordinaria e amministrativa nel contenzioso in materia di espropriazione illegittima*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Bologna, 2004, p. 982-1037.

³ Per tutti, R. CONTI, op. cit., pp. 982 ss. e F. CINTIOLI, *I criteri di riparto della giurisdizione in materia espropriativi*, testo riveduto e corretto della relazione tenuta in Firenze il 27 gennaio 2006, al convegno dal titolo *Problematiche vecchie e nuove in tema di espropriazione*, organizzato dalla Società Toscana degli avvocati Amministrativisti. Tale testo è pubblicato su www.giustamm.it.

dare risposte chiare e certe su un terreno particolarmente delicato ed in continua evoluzione quale quello di cui si tratta, ha contribuito a rendere ancora più incerto e nebuloso il quadro sul riparto di giurisdizione. Ciò, quantomeno, per un duplice ordine di motivi.

In primo luogo si è posto il problema di individuare il corretto rapporto tra l'urbanistica e l'espropriazione; in secondo luogo, poi, ci si è chiesti quali effettivamente fossero le controversie in materia di comportamenti e se il giudice amministrativo fosse divenuto, in forza del combinato disposto degli articoli 34 e 35 del dlgs. predetto, giudice unico delle cause risarcitorie in materia espropriativa. In particolare è sorto il nodo problematico circa la riconducibilità o meno al variegato coacervo delle controversie in materia espropriativa, che, come è bene sottolineare hanno natura indennitaria, del contenzioso in materia di occupazione acquisitiva, che, invece, ha natura risarcitoria. Ed ancora, come opportunamente sottolineato⁴, *“la mancanza di paletti evidenti ha lasciato supporre che il g.a. fosse diventato addirittura il giudice dell'occupazione usurpativa...”*.

Tuttavia, prima ancora di esaminare partitamente le problematiche suscitate dal dlgs. 80/1998, appare opportuno premettere alcuni cenni relativi al tessuto su cui l'innovazione in questione si innesta e sulle tendenze che il legislatore delegato ha portato a conseguenze ulteriori.

Orbene, è noto che, in virtù dell'art. 3 comma 1 della legge istitutiva della IV sez. del Consiglio di Stato⁵, la tutela dei privati cittadini nei confronti di atti amministrativi lesivi della sua sfera giuridica si fonda sulla dicotomia tra diritto soggettivo e interesse legittimo, risolta in base al criterio c.d. del *petitum* sostanziale.

Anche con riguardo alla materia dell'espropriazione per pubblica utilità, il criterio del *petitum* sostanziale impone che i parametri in base ai quali regolare i rapporti tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa siano rispettivamente quello dell'oggetto della domanda e quello della reale natura della controversia, che si fondono e si integrano reciprocamente.

In particolare, la reale natura della controversia deve essere identificata non soltanto in funzione della concreta statuizione chiesta al giudice, ma anche in funzione dell'intrinseca natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed individuabile in relazione alla sostanziale protezione accordata in astratto dall'ordinamento⁶. In quest'ottica, quindi, il principio sopra esposto faceva ritenere che la giurisdizione non fosse comunque devoluta al g.a. ove gli atti inerenti alla procedura ablatoria fossero stati emessi in carenza di potere⁷.

⁴ F. CINTIOLI, *I criteri di riparto della giurisdizione in materia espropriativa*, op. cit., su www.giustamm.it, pag. 2.

⁵ Art. 3 comma 1 legge n. 5992 del 31 marzo 1889, attualmente vigente come art. 26 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con r.d. 26 giugno 1924, n. 1054.

⁶ In questo senso, Cass. Sez. Un., 12 aprile 2000, n. 130, in *Riv. Corte dei Conti*, 2000, II, 190, nonché Cass. Sez. Un., 8 luglio 1998, n. 6626, in *App., urb., edil.*, 1992, 492.

⁷ Cass. Sez. Un., 19 luglio 1999, n. 460, in *Mass. Giust. Civ.*, 1999, 1664.

Pertanto, nei giudizi promossi anteriormente al nuovo criterio di riparto della giurisdizione delineato dall'art. 34 dlgs. 80/1998, era ricorrentemente affermato il principio in base al quale l'azione risarcitoria per occupazione acquisitiva doveva essere proposta dinanzi al giudice ordinario, essendo quest'ultimo l'organo competente a conoscere delle questioni in materia di diritti soggettivi⁸.

Ciò premesso, era quindi pacifica, secondo le Sezioni Unite, la giurisdizione del giudice ordinario ove il decreto di esproprio fosse stato emesso dopo il completamento dell'opera e l'irreversibile trasformazione del fondo, ma soprattutto al di là del termine imposto dalla legge per l'attuazione di opere dichiarate di pubblica utilità. Ciò in quanto, a giudizio della Cassazione, la compressione del diritto soggettivo connessa all'esercizio del potere ablatorio era comunque subordinata al rispetto del termine fissato dalla legge, in mancanza del quale, infatti, si assisteva a una riespansione del diritto soggettivo per effetto della sopravvenuta assenza di quell'elemento che si configurava come causa idonea a promuovere la nascita del potere ablatorio⁹.

Di avviso diverso il Consiglio di Stato, il quale, invece, sosteneva che, una volta manifestatosi il potere ablatorio, la sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di p.u., non rendeva comunque privo di causa il decreto di esproprio tardivamente emesso, risolvendosi altresì in un mero vizio dell'atto, come tale incidente soltanto su posizioni di interesse legittimo, con conseguente radicamento della giurisdizione in seno al giudice amministrativo. Riteneva, infatti, il Supremo Consesso della giustizia amministrativa che, una volta acclarato che il potere ablatorio è stato attribuito e che il provvedimento ablatorio ne costituisce l'estrinsecazione, ogni eventuale violazione di regole dell'ordinamento integra una violazione di legge, la quale costituisce vizio di legittimità dell'atto autoritativo, incidente, quindi, su posizioni di interesse legittimo¹⁰.

Sulla scorta dei principi affermati dal Consiglio di Stato, anche le Sezioni Unite della Cassazione hanno precisato che, ove non sia in contestazione la sussistenza del potere ablatorio in capo all'amministrazione procedente, ma soltanto le modalità e la ritualità dell'esercizio di tale potere, la giurisdizione rimane radicata innanzi al g.a¹¹.

In un quadro come quello appena delineato giova poi richiamare, per completare l'analisi del tessuto nel quale si inserisce il dlgs. 80/1998, la tendenza normativa che, in materia di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, era sempre più orientata verso il superamento del binomio diritto soggettivo/interesse

⁸ *Ex plurimis*, Cass. Sez. Un., 2 aprile 2003, n. 5082, in *Mass. Foro it.*, 2003.

⁹ Così Cass. Sez. Un., 28 febbraio 1961, n. 419, in *Foro Italiano*, 1962, I, 1568.

¹⁰ Si vedano per tutte Cons. di Stato, Ad. Plen. n. 24 del 4 dicembre 1964 e Ad. Plen. n. 2 del 20 dicembre 2002, la quale ha ribadito che "costituisce un principio pacificamente accolto da questo Consiglio quello per cui è annullabile l'atto dichiarativo della pubblica utilità, quando esso eserciti il potere amministrativo senza fissare la durata massima del procedimento espropriativo, in violazione dell'art. 13 legge fondamentale espropriazioni".

¹¹ Così, Cass. Sez. Un., 12 marzo 2001, n. 107, in *Mass. Giust Civ*, 2001, 357.

legittimo, in favore di una scelta fondata sul concetto di materia¹², attraverso una progressiva estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a blocchi omogenei di materie, nei quali il g.a. non disponeva soltanto di poteri demolitori, ma poteva altresì estendere la sua cognizione anche alle vicende correlate ai profili risarcitori, secondo l'idea dei c.d. *blocs de competence*¹³, caratterizzati, quindi, da una giurisdizione non soltanto esclusiva, ma anche piena.

Pertanto, una volta superato il meccanismo della doppia tutela, in base al quale era riservata al giudice ordinario la cognizione dei c.d. diritti patrimoniali consequenziali, erano ormai maturi i tempi per un riconoscimento da parte del legislatore al giudice amministrativo del potere di disporre il risarcimento del danno anche attraverso la reintegrazione in forma specifica. Cosa che effettivamente avverrà con il dlgs. 80/1998¹⁴, dapprima con riferimento alle sole materie riservate alla sua giurisdizione esclusiva, successivamente nell'ambito di ogni controversia di cui il g.a. fosse investito, anche solo quale giudice della legittimità dell'atto¹⁵.

2. Le innovazioni apportate dal d.lgs. 80/1998

Nel quadro in precedenza richiamato si innesta il d.lgs. 80/1998, il quale all'art. 34 statuisce che “sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti ed i comportamenti delle amministrazioni pubbliche – e dei soggetti a queste equiparati, secondo la nuova formulazione della norma riproposta con l'art. 7 l. 21 luglio 2000, n. 205¹⁶ – *in materia urbanistica ed edilizia*”, aggiungendo che, “agli effetti del presente decreto, la materia urbanistica concerne tutti gli aspetti dell'uso del territorio”. Il comma 3

¹² Si vedano in proposito S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 470; nonché A. PAJNO, *Il riparto della giurisdizione*, in S. CASSESE, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, IV, Parte speciale*, Milano 2003, 3243 e 3246, nonché R. CONTI, *op. cit.*, pp. 982, 987.

¹³ Sul punto, S. CASSESE, *La piena giurisdizione del giudice amministrativo*, in AA.VV., *Il sistema della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2000, p. 325, nonché A. PAJNO, *La giurisdizione concentrata*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2000, p. 1043.

¹⁴ Art. 35 commi 1 e 3 del dlgs in questione.

¹⁵ Art. 7 l. 205/2000 che riformula l'art. 35 d.lgs. 80/1998.

¹⁶ La l. 205/2000 ha aggiunto all'art. 34, 1° co., del d.lgs. 80/1998, dopo “*amministrazioni pubbliche*” l'inciso “*e dei soggetti ad essa equiparati*”, includendo in tal modo nell'alveo applicativo di tale disposizione, non solo gli organi tradizionalmente qualificati come p.a. (in quanto esercenti pubbliche funzioni), ma anche la figura di genesi comunitaria dell'organismo di diritto pubblico e più in generale tutti gli organi indiretti della p.a. . La portata di tale precisazione si comprende solo ponendo l'accento sul motivo scatenante la riforma dell'art. 34: proprio quando la Corte Costituzionale stava per depositare la motivazione della sentenza n. 292 del 2000 (con la quale sarà dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 33 del d.lgs. 80/1998 per eccesso di delega, *rectius* violazione dell'art. 76 Cost.), fu proposta una repentina svolta nell'iter di approvazione della legge di riforma del processo amministrativo, volta al superamento dei dubbi circa un eventuale eccesso di delega del d.lgs.. in tale ottica l'inciso introdotto dall'art. 7 della l. 205/2000 può essere qualificato come vera e propria “interpretazione autentica” della legge delega, rappresentando l'ulteriore conferma della volontà parlamentare di caratterizzare la giurisdizione esclusiva del g.a. come strumento di riparto per materia.

lettera b) della medesima disposizione stabilisce, poi, che nulla è innovato in ordine *“alla giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell’adozione di atti di natura espropriativi o ablativa”*. Ed ancora, fa da *pendant* con le norme dianzi richiamate il primo comma dell’art. 35, il quale prevede che *“il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi degli art. 33 e 34 – inciso, quest’ultimo, eliminato dall’art. 7 l. 2005/2000 che ha esteso il principio a tutte le ipotesi di giurisdizione, di legittimità ed esclusiva, del giudice amministrativo – dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto”*.

Secondo le Sez. Un. della Suprema Corte la *ratio* del provvedimento legislativo risiedeva nella finalità di superare il tradizionale criterio di riparto fondato sul binomio diritti-interessi, ponendo in essere *“una decisa scelta nel senso del superamento del tradizionale sistema di riparto della giurisdizione in riferimento alla dicotomia diritto soggettivo - interesse legittimo, a favore della previsione di un riparto affidato al criterio della materia”¹⁷*.

Tuttavia, come di recente osservato¹⁸, la riforma del '98, presentava un valore aggiunto e doveva, quindi, leggersi in un’ottica almeno parzialmente diversa¹⁹.

Il vero obiettivo perseguito dal legislatore non era tanto quello di snaturare la giurisdizione amministrativa, attraverso un nuovo sistema di riparto per materie, consentendo così il transito nell’alveo della giustizia amministrativa di controversie che con la sua tradizione nulla avessero a che vedere. *“Si voleva piuttosto dare una cornice legislativa puntuale alla giurisdizione piena: sul fatto e sulla pretesa. Si individuavano l’urbanistica, l’edilizia ed i servizi pubblici come campi elettivi di questo riconoscimento legislativo e poi, con l’art. 35, si fornivano proprio gli strumenti necessari affinché la pienezza non restasse un mero flatus vocis: i nuovi mezzi istruttori ed il risarcimento del danno quale tassello mancante nella tutela giurisdizionale dell’interesse legittimo”²⁰*.

Del resto, la scelta della giurisdizione esclusiva del g.a. per tre blocchi di materie in settori particolarmente vicini alla collettività²¹, in un’ottica volta a rendere più effettiva la tutela del privato cittadino, si rivela pienamente conforme ad una lettura evolutiva dei principi costituzionali.

¹⁷ Così si esprime Cass., Sez. Un, nella storica sentenza n. 500 del 25 luglio 1999, in *Foro it.*, 1999, I, 2487, con osservazioni di A. CALMIERI e R. PARDOLESI.

¹⁸ F. CINTIOLI, *Op. cit.*, su www.giustamm.it. Non a caso la precisazione di Cintioli interviene dopo la sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale, che, come si vedrà più avanti, vuole riportare entro i binari della legittimità costituzionale la materia relativa al riparto di giurisdizione, con particolare riferimento alla giurisdizione esclusiva.

¹⁹ Si veda anche sul punto R. CONTI, *op. cit.*, p. 986.

²⁰ Così, F. CINTIOLI, *op. cit.*, su www.giustamm.it.

²¹ Si veda in proposito *Cons. di Stato, Ad. Plen.*, 30 marzo 2000, n.1, in *Foro It.*, 2000, III, 365 ed in *Corr. Giur.*, 2000, 5, 602, con nota di V. CARBONE.

Tuttavia, nonostante una siffatta lettura del provvedimento in questione avrebbe probabilmente consentito di tracciare confini più nitidi tra le due giurisdizioni, anche attraverso una rilettura costituzionalmente orientata delle innovazioni implementate dal legislatore del 1998, con conseguente effetto deflativo del contenzioso successivo, anche dinanzi alla Corte Costituzionale, l'impatto del dlgs. 80 sulla materia del riparto di giurisdizione non è stato indolore, determinando altresì il sorgere di talune questioni problematiche.

In primo luogo il controverso rapporto tra urbanistica ed espropriazione. Ed ancora, *quid iuris* in materia di giurisdizione sull'occupazione acquisitiva ed a maggior ragione su quella usurpativa?

E' bene, quindi, esaminare partitamente i nodi problematici ora evidenziati.

2.1. Il controverso rapporto fra urbanistica ed espropriazione

Come già evidenziato, la tecnica di *drafting* utilizzata dal legislatore delegato del 1998 ha posto concretamente il problema di delimitare la materia urbanistica rispetto a quella espropriativa, trattandosi di una questione necessariamente prodromica rispetto a quella inerente il rapporto tra espropriazione ed occupazione appropriativa. Infatti, ci si chiedeva se la nozione di urbanistica elaborata dal comma 2 dell'art. 34 fosse tale da potervi includere anche l'espropriazione per pubblica utilità. La soluzione di tale quesito si è rivelata alquanto problematica, sia in dottrina, che nella giurisprudenza, sia di merito che di legittimità.

Orbene, nell'ambito del dibattito dottrinale, un primo indirizzo, volto a valorizzare la portata innovativa del dlgs. n. 80, riteneva la nozione di urbanistica ivi delineata così ampia da poter ricomprendere ogni questione relativa alla materia espropriativa, finanche quelle di natura risarcitoria, fatti salvi soltanto gli aspetti indennitari, che, in via derogatoria, erano stati assegnati al giudice ordinario. Secondo questa impostazione la riserva posta dall'art. 34 comma 3 lett. b) funge da vera e propria eccezione che conferma la regola e si atteggia, quindi, come limite estremo di quella giurisdizione all'ambito delle procedure espropriative che, per il resto, sarebbero integralmente transitate nell'alveo della giurisdizione amministrativa, a prescindere dalla posizione giuridica fatta valere dal privato²².

Di diverso avviso coloro i quali, facendo leva sulla concezione tradizionale della materia urbanistica e sulla formulazione dell'art. 39 del progetto originario del decreto legislativo, ritenevano che da essa dovesse essere espunto ogni riferimento alla materia eterogenea, anche se strumentale, dell'espropriazione, per la quale il

²² Di questo avviso, SCOCA, *Giurisdizione e processo in tema di lavori pubblici*, in *Riv. Trim. app.*, 1999, 160, nota 8 ; AVANZINI, *Commento all'art. 34 dlgs. 80/1998*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, 217 e BREGANZE, *Urbanistica ed edilizia nel dlgs. 80/1998*, in *Riv. giur. Urb.*, 1999, 81.

riparto di giurisdizione doveva rimanere fondato sul tradizionale binomio diritti – interessi.

L'espropriazione, stando a questo orientamento, è materia che si pone su un piano procedimentale e strumentale rispetto all'uso del territorio, ma rimane comunque eterogenea rispetto a quest'ultimo, potendo interessare trasversalmente non soltanto l'urbanistica, ma qualsiasi altra materia afferente la disciplina e l'uso del territorio e, pertanto, non può identificarsi *tout court* con l'urbanistica²³.

La stessa dicotomia fra le differenti posizioni si rinviene nell'ambito della giurisprudenza di merito. Difatti, il Tribunale di Palermo, adottando una concezione c.d. panurbanistica, riteneva che l'intera materia dell'espropriazione era stata assorbita per gli aspetti connessi alla tutela giurisdizionale nella nozione della materia urbanistica devoluta al giudice amministrativo ed espressamente codificata nello stesso art. 34 dlgs 80/1998, il quale, a giudizio del Tribunale siciliano, regolava la trasformazione urbanistica del territorio e tutti gli aspetti conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti le operazioni di salvaguardia e di trasformazione del suolo, nonché la protezione dell'ambiente fino a giungere ad una nozione comprensiva di ogni aspetto della vita del cittadino sul territorio²⁴.

Di diverso avviso il Tribunale di Napoli²⁵, il quale si collocava nel medesimo solco tracciato dalla tradizione e dai diversi interventi normativi volti a delineare il riparto delle competenze tra Stato, Regioni ed enti locali. Stando a tale orientamento non è possibile operare alcuna *reductio ad unum* tra urbanistica ed espropriazione, in virtù del diverso contenuto intrinseco proprio delle due materie. Difatti, mentre l'urbanistica comprende tutto ciò che concerne l'uso del territorio ai fini della localizzazione e tipizzazione degli insediamenti di ogni genere con le relative infrastrutture, l'espropriazione, invece, attiene al trasferimento autoritativo di un bene o di un diritto reale dalla sfera giuridica di un soggetto privato a quella di un altro soggetto, per cui si pone su un piano di strumentalità rispetto all'attività urbanistica, ma non può assolutamente identificarsi con essa. Perciò, con la riserva di cui all'art. 34 comma 3 lettera b) il legislatore aveva inteso soltanto precisare che l'innovazione operata in tema di giurisdizione esclusiva per la materia urbanistica non riguardava anche quella del giudice ordinario per la materia espropriativa.

Di fronte alle notevoli incertezze che caratterizzano il dibattito dottrinale e il panorama della giurisprudenza di merito, si registrano, a partire dal 2000, una serie di prese di posizione della Cassazione sempre più orientate ad abbracciare la concezione

²³ Per tutti si vedano SALVAGO, *Occupazione acquisitiva e giurisdizione in seguito al dlgs. 80/1998*, in *Corr. Giur.*, 1999, 1281, nonché GIOIA, *L'occupazione appropriativa al giudice ordinario o al giudice amministrativo?*, in *Danno e resp.*, 2000, 204.

²⁴ Così, Tribunale di Palermo, 20 maggio 1999, in *Urb. e App.*, 1999, 259.

²⁵ Tribunale di Napoli, 21 novembre 1999, n. 1347, in www.lexitalia.it.

panurbanistica²⁶, in precedenza fatta propria dal Tribunale di Palermo²⁷ e da una parte della dottrina²⁸.

In primo luogo, con la decisione numero 43/2000 la Suprema Corte, con specifico riferimento alla latitudine che la nozione di urbanistica assume alla stregua dell'art. 34 dlgs. 80/98, ha osservato che l'esplicita conservazione della giurisdizione ordinaria solo per le cause indennitarie, cioè per le cause in cui il soggetto passivo di provvedimenti legittimi di acquisizione di un bene reclama il riconoscimento e la liquidazione di un indennizzo, comportava la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie inerenti a procedure espropriative promosse a fini di gestione del territorio, che abbiano ad oggetto diritti diversi dai crediti indennitari²⁹.

Più completa ed articolata la pronuncia, sempre a Sezioni Unite, n. 494/2000, da taluno considerata come il punto di approdo della Cassazione ad una concezione panurbanistica³⁰, nella quale il giudice del riparto, in considerazione dell'estrema ampiezza del concetto di urbanistica di cui all'art. 34 dlgs. 80/1998, ha statuito che nella suddetta previsione normativa dovessero considerarsi ricompresi la totalità degli interventi concernenti l'uso del territorio, nessuno escluso. Per cui accanto all'esercizio del potere di pianificazione territoriale rientrano nel concetto di urbanistica anche gli aspetti gestionali concernenti la concreta attuazione delle scelte urbanistiche. Ciò in considerazione del riferimento onnicomprensivo contenuto nell'art. 34 d.lgs. 80/1998 ad ogni controversia riguardante atti, provvedimenti e comportamenti della p.a., che finiva per esaurire tutta la gamma delle attività giuridicamente rilevanti, formali o materiali della pubblica amministrazione³¹.

Nello stesso ordine di idee si colloca anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato, la quale, in Adunanza Plenaria³², ha osservato che, non solo il d.lgs. 80/1998 ha operato l'ampliamento delle ipotesi di giurisdizione esclusiva del g.a. con conseguente abbandono del tradizionale criterio generale di riparto, ma, sia pure in sede di *obiter dicta*, ha rilevato come l'intervento legislativo *de quo* si caratterizza

²⁶ Per una attenta disamina di questa concezione e del suo approdo nella giurisprudenza della Cassazione si veda R. CONTI, *La panurbanistica approda in Cassazione*, in *Urb. e App.*, 2000, 1095.

²⁷ Si veda sub nota 23.

²⁸ Per tutti SCOCA, AVANZINI E BREGANZE, meglio citati *supra* alla nota 21.

²⁹ Vedasi, *Cass. Sez. Un.*, 25 maggio 2000, n. 43, in *Urb. e App.*, 2000, 711, con nota di CONTI, *La devoluzione al giudice amministrativo delle cause nelle procedure espropriative*.

³⁰ Così R. CONTI, *Il sistema di riparto fra giurisdizione ordinaria e amministrativa nel contenzioso in materia di espropriazione illegittima*, in (a cura di) F. CARINGELLA, M. PROTTO, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Bologna, 2004, p. 999, nonché dello stesso autore, *La panurbanistica*, op. cit., p. 1088.

³¹ Si veda in proposito, *Cass. Sez. Un.*, 14 luglio 2000, n. 494, in *Foro It.*, 2000, I, 2472, con nota di BENINI e GILI, nonché, in senso adesivo, *Cass., Sez. Un.*, 11 febbraio 2003, n. 2061, in *Urb. e App.*, 2003, 665 e *Sez. Un.*, 22 ottobre 2003, n. 15843, la quale ha addirittura statuito che sono riservate alla giurisdizione esclusiva del g.a. "anche le controversie che traggono origine da comportamenti della p.a. che, diretti alla realizzazione od alla modifica di un'opera pubblica mediante trasformazione del territorio, si risolvono nell'occupazione, permanente o temporanea, di un bene di proprietà privata, come condotta strumentale alla realizzazione della suddetta finalità pubblica".

³² Vedasi, *Cons. di Stato, Ad. Plen. I*, 30 marzo 2000, in www.lexitalia.it.

per una portata ampliativa del tradizionale concetto di urbanistica. Nel medesimo senso, un'altra importante pronuncia dei Giudici di Palazzo Spada³³, la quale ha statuito che la nozione di urbanistica è così ampia da assorbire tutti gli aspetti dell'uso del territorio e si estende ai procedimenti di dichiarazione di pubblica utilità, di occupazione d'urgenza e dei relativi comportamenti esecutivi.

Se il giudice del riparto di giurisdizione da un lato e il Consiglio di Stato dall'altro sono sembrati attestarsi sul medesimo solco con riferimento al problematico rapporto tra urbanistica ed espropriazione, giova comunque rilevare come una così ampia nozione della materia urbanistica susciti perplessità non soltanto in punto di aderenza rispetto alla spirito e alla *ratio* del d.lgs. 80/1998, ma, soprattutto, in punto di rispetto dei principi costituzionali in materia di riparto di giurisdizione.

2.2. Quale giudice per l'occupazione appropriativa?

La medesima contrapposizione tra due opposti orientamenti, già esaminata in precedenza con riferimento al rapporto tra urbanistica ed espropriazione, si riproponeva in seno alla dottrina ed alla giurisprudenza con riferimento alla delicata questione della individuazione del giudice chiamato a dirimere le controversie in materia di occupazione appropriativa.

Difatti, un primo orientamento riteneva che, ai fini del radicamento della giurisdizione del g.a., il concetto di comportamento richiamato dall'art. 34 d.lgs. 80/1998 andasse comunque collegato all'esercizio di un potere pubblicistico riservato alla p.a.³⁴. Per cui la portata innovativa dell'art. 34 suddetto doveva, a giudizio di questo filone dottrinale, rimanere circoscritta nell'ambito dell'esigenza di offrire una tutela piena ed esaustiva ai cittadini, mediante il superamento il meccanismo c.d. della doppia tutela, in materie, particolarmente delicate e devolute alla giurisdizione esclusiva del g.a., come quella urbanistica, intesa, però, nella sua accezione tradizionale. Non potrebbe, alla stregua di tale impostazione, essere diversamente, dal momento che, se il contenzioso indennitario in materia di espropriazione è stato devoluto al giudice ordinario, *a majori*, quello risarcitorio sull'occupazione appropriativa, sviluppo patologico del procedimento ablatorio, non può che seguirne il medesimo destino quanto ai profili giurisdizionali³⁵.

Di diverso avviso, invece, chi, valorizzando la portata innovativa dell'art. 34 ed in particolare il richiamo alla nozione di comportamento, riteneva che per effetto del decreto legislativo in commento fossero state attribuite al giudice amministrativo

³³ Cons. di Stato, sez. IV., 23 novembre 2002, n. 6349, in *Foro amm. – Cons. di Stato*, 2002, 2854.

³⁴ In quest'ottica si colloca Lipari, *Urbanistica ed edilizia*, in CERULLI IRELLI, (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2001, 154.

³⁵ Così, SALVAGO, *Occupazione acquisitiva e giurisdizione*, op. cit., 1288.

anche le controversie concernenti l'occupazione illegittima³⁶. Vi era in quest'ambito chi³⁷ riteneva che la scelta del legislatore di adottare una nozione così ampia di urbanistica, collegata a tutti gli aspetti dell'uso del territorio, consentisse di *“includere nell'urbanistica anche il profilo gestionale latamente inteso fino ad investire i procedimenti ablatori”* e, addirittura, *“le controversie risarcitorie in tema di occupazione acquisitiva”*, ove si opera *“un sindacato sulle modalità di espletamento della procedura espropriativa”*, arrivando, poi, fino al punto di ritenere che anche talune ipotesi di occupazione usurpativa rimarrebbero attratte alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Anche la giurisprudenza di merito viveva la medesima dicotomia, paradigmaticamente esemplificata dalle già citate pronunce del Tribunale di Napoli e di quello di Palermo³⁸.

Il primo, coerentemente con una impostazione tradizionale del concetto di urbanistica, riteneva che il legislatore non aveva inteso escludere dalla riserva in capo al g.o., le liti concernenti i comportamenti illegittimi della p.a. in materia ablatoria. L'occupazione acquisitiva, infatti, facendo sorgere in capo all'amministrazione una obbligazione di tipo risarcitorio, dipendente, cioè, da un comportamento illegittimo, non poteva in alcun modo considerarsi l'estrinsecazione di una potestà espropriativa tipica, per cui, il fatto che il d.lgs. 80 non avesse espressamente previsto una riserva a favore del g.o., non poteva comunque considerarsi sintomatico di una sua devoluzione al g.a.. Ciò in quanto l'art. 34 si occupa dell'attività legittima della p.a. e non di quella illecita, per cui, al limite, la riserva a favore del g.o. avrebbe riguardato comportamenti legittimi, comunque non riconducibili alla figura giuridica dell'occupazione appropriativa, dal momento che essa attiene alla tematica della responsabilità aquiliana, e non a quella di natura indennitaria coperta dall'art. 34.

Pertanto, ove i comportamenti fisiologici della pubblica amministrazione sono riservati al g.o., non possono che esse riservati a quest'ultimo anche i comportamenti patologici, in relazione ai quali, nella maggior parte dei casi, non si pone neppure un problema di valutazione dell'esercizio della funzione pubblica.

Il Tribunale di Palermo, invece, facendo leva su una nozione onnicomprensiva di urbanistica e sul carattere innovativo del predetto art. 34, riteneva che, stante il carattere eccezionale della riserva in capo al g.o. dal comma 3 lett. b) della disposizione in commento, l'unica possibilità di ricondurre le liti in materia di accessione invertita nell'alveo della giurisdizione ordinaria è rappresentata dalla assimilazione tra l'espropriazione formale ed il carattere indennitario del relativo contenzioso e l'espropriazione sostanziale e le relative controversie di natura risarcitoria.

³⁶ AVANZINI, *op. cit.*, 218.

³⁷ DE MARZO, *Inquinamento elettromagnetico e tutela inibitoria*, in *Danno e resp.*, 2001, 42.

³⁸ Sulle quali si vedano meglio le note 235 e 236.

Tuttavia, come osservato dai giudici siciliani, non è possibile operare un'assimilazione tra gli effetti giuridici di una regolare espropriazione e la vicenda fattuale di traslazione di un bene privato nella disponibilità della p.a. derivante non dal legittimo e rituale esercizio di un potere riconosciuto alla p.a. dall'ordinamento, bensì dalla manipolazione e dalla conseguente distruzione del bene, tale da mutarne irrevocabilmente la destinazione.

Il rilevato contrasto tra i due orientamenti, provoca, come già evidenziato, l'intervento delle Sezioni Unite³⁹, le quali, pur mettendo in discussione la legittimità costituzionale dell'art. 34 d.lgs. 80/1998, ritengono che il legislatore delegato abbia trasferito al giudice amministrativo, per quanto concerne la materia ablatoria, l'intero settore delle controversie inerenti il diritto alla riacquisizione del bene occupato *sine titulo* (per originaria carenza o successiva inefficacia del titolo stesso), il diritto al risarcimento del danno per occupazione illegittima, od il diritto al risarcimento del danno derivante dall'accessione invertita o espropriazione sostanziale.

Nel medesimo solco si collocano due ulteriori pronunce del giudice del riparto, la n. 8506/2001 e la 15641 del medesimo anno, le quali statuiscono che l'art. 34 d.lgs. 80/1998 ha istituito *“una nuova figura di giurisdizione, esclusiva e piena (in quanto estesa alla cognizione delle questioni concernenti il risarcimento del danno ingiusto), che abbraccia l'intero ambito delle controversie aventi ad oggetto atti, provvedimenti e comportamenti (e quindi l'intera gamma delle condotte positive, espresse con atti formali o con attività materiali, ovvero omissive) delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia. Ambito che appare suscettivo di tendenziale ulteriore estensione, in ragione della amplissima definizione dei limiti della materia urbanistica ...nel senso che questa concerne tutti gli aspetti dell'uso del territorio”*⁴⁰.

I medesimi precetti sono stati ribaditi dalle Sezioni Unite nel 2003, con una sentenza, che, oltre a ribadire la giurisdizione del g.a. in materia di occupazione appropriativa, ha tracciato, sempre ai fini della giurisdizione una distinzione tra fenomeni usurpativi ed appropriativi, ritenendo che solo questi ultimi, in quanto riconducibili all'esercizio di un potere pubblicistico in materia espropriativa, rientrano nell'ambito della giurisdizione amministrativa⁴¹.

Solo il Tribunale di Roma⁴² si discosta dall'orientamento appena richiamato, con una pronuncia isolata, ma comunque molto interessante e degna di nota, nella quale la nozione di urbanistica *ex art. 34 d.lgs. 80/1998* viene ricostruita dal giudice con uno sforzo ermeneutico che prende di mira esclusivamente l'obiettivo che il legislatore delegato del 1998 si è proposto di raggiungere.

³⁹ Cass., Sez. Un., 25 maggio 2000, n. 43, cit.

⁴⁰ Si vedano in proposito Cass. Sez. Un., 21 giugno 2001, n. 8506 (ord.), in *Foro It.*, 2001, I, 2472, con nota di BENINI e GILI, e Cass. Sez. Un., 11 dicembre 2001, n. 15641, (ord.), in www.lexitalia.it.

⁴¹ Così, Cass., Sez. Un., 6 giugno 2003, n. 9139, in *Urb e App.*, 2003, 11, 1293.

⁴² Vedi Trib. Roma, 30 giugno 2003, in *Foro It.*, 2003, I, 3165. Un esauriente quadro dei principi stabiliti dalla sentenza in questione si può rinvenire in R. CONTI, *op. cit.*, p. 1017.

Ne consegue che, se il fine precipuo del legislatore era quello di *“dettare nuove regole in tema di riparto di giurisdizione e ciò, allo scopo di semplificare la materia, rendendo più agevole a chi voglia far valere in giudizio una propria posizione giuridica l’identificazione dell’autorità giudiziaria ordinaria alla quale rivolgersi e consentendogli di ricevere da quest’ultima una tutela piena”*, la giurisdizione esclusiva per blocchi di materie voluta dal d.lgs. 80/1998 non può prescindere dall’art. 34 comma 3 che *“ha una precisa funzione delimitativa del campo di applicazione delle disposizioni di cui al primo e al secondo comma”*, tanto che la lettera b) avrebbe *“la funzione di stabilire che l’espropriazione non rientra nell’ambito della materie urbanistica e non è trasferita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”*. Ne deriva, pertanto, che la norma in questione mira *“a conservare al giudice ordinario non soltanto la materia delle indennità per occupazioni ed espropriazioni illegittime, ma tutta la materia inerente al ristoro patrimoniale per la perdita di diritti reali a seguito dell’attività latamente espropriativa (legittima ed illegittima) della p.a.”*. Siffatta conclusione, appare altresì conforme, a giudizio del Tribunale di Roma alla progressiva riconduzione dell’occupazione acquisitiva nel novero dei procedimenti ablatori.

Il Consiglio di Stato, invece, muove dal presupposto che la materia urbanistica comprende tutti gli aspetti dell’uso del territorio, e che la giurisdizione esclusiva abbraccia, oltre alla cognizione degli atti e provvedimenti, anche i comportamenti delle amministrazioni pubbliche, non arrestandosi al giudizio di annullamento del provvedimento amministrativo, ma piuttosto comprendendo il sindacato sul rapporto tra privato ed amministrazione nella sua portata più ampia, comprensivo anche dei comportamenti materiali che danno esecuzione o sono altrimenti collegati con il provvedimento⁴³. Tuttavia la medesima pronuncia (3819/2002), in sede di *obiter dictum*, riproponeva ai fini del riparto di giurisdizione, la distinzione tra occupazione appropriativa ed usurpativa, ritenendo sussistente la prima, con conseguente devoluzione al g.a., in presenza di una dichiarazione di p.u. valida ed efficace. *“Pertanto, in difetto di una valida e perdurante dichiarazione di pubblica utilità dell’opera, in ragione della quale è stata disposta l’espropriazione di un fondo, non si realizza il fenomeno della c.d. accessione invertita, ma soltanto un fatto illecito, generatore di danno”*⁴⁴. Ricorre, in questa ultima ipotesi, un caso di occupazione usurpativa, devoluto al giudice ordinario.

La giurisdizione amministrativa in materia di occupazione appropriativa viene ulteriormente ribadita dall’Ad Plen. n 4/2003⁴⁵, la quale osserva che tale giurisdizione trova un limite esclusivamente nella ipotesi di dichiarazione di p.u. del tutto mancante. Perciò, in tutti i casi in cui la dichiarazione di p.u. sia soltanto viziata,

⁴³ Si vedano tra tutte Consiglio di Stato, 13 settembre 2001, n. 4783, in www.lexitalia.it, nonché Cons. Stato, 9 luglio 2002, n. 3819, in *Urb. e app.*, 2002, 1436, con nota di R. Conti.

⁴⁴ Così scrivono i giudici di Palazzo Spada, nella sentenza n. 3819/2002, meglio specificata alla nota precedente.

⁴⁵ Così Cons. Stato, Ad. Plen., n. 4/2003, in *Foro It.*, 2003, III, 433.

anche per mancanza dei termini ai sensi dell'art. 13 della legge fondamentale sulle espropriazioni, non vi è alcuno spazio per la giurisdizione del giudice ordinario.

2.3. ...E, soprattutto, per quella usurpativa?

Se in materia di occupazione appropriativa, come si è appena visto, la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato riescono a raggiungere un soddisfacente punto di equilibrio⁴⁶, è invece in materia di occupazione usurpativa che si registrano notevoli diversità di vedute tra i due supremi organi di giurisdizione del nostro paese.

Difatti, come già evidenziato, il Consiglio di Stato ha, in un primo momento, escluso la possibilità di inquadrare i fatti espropriativi nell'ambito dell'istituto dell'espropriazione, ritenendo che essi non fossero espressione di alcun potere amministrativo, rientrando piuttosto nell'alveo dei fatti illeciti sanzionati dall'art. 2043 del codice civile e, come tali, riservati al giudice ordinario⁴⁷. Tutto ciò a causa dell'assenza di una valida e perdurante dichiarazione di pubblica utilità.

Successivamente, con la già ricordata Ad. Plen. n. 4/2003, i giudici di Palazzo Spada, *re melius perpensa*, interpretano in maniera diversa e più restrittiva nei confronti della giurisdizione ordinaria l'assenza della dichiarazione di p.u., rilevando che solo la totale assenza di questa sia in grado di determinare il radicamento della giurisdizione in capo all'autorità giudiziaria ordinaria. Viceversa, nelle ipotesi in cui detta dichiarazione sia affetta da un vizio di legittimità, ivi compresa l'assenza dei termini di cui all'art. 13 l. fond., persiste la cognizione del giudice amministrativo.

Le Sezioni Unite della Cassazione⁴⁸, invece, adottando un orientamento più favorevole nei confronti del giudice ordinario, hanno riconosciuto quest'ultimo competente a giudicare su tutte le ipotesi di occupazione usurpativa, ritenendo che solo la presenza di una dichiarazione di p.u. valida ed efficace possa determinare il tradursi dell'occupazione nell'accessione invertita. Pertanto, secondo il giudice del riparto, possono considerarsi espressione di un potere amministrativo solo quei comportamenti della p.a. che, attraverso una dichiarazione di p.u. in corso di validità, siano collegabili ad un fine pubblico o di pubblico interesse legalmente dichiarato. In assenza di ciò, quindi, si è in presenza di un comportamento materiale che integra gli estremi di un illecito aquiliano e, come tale, esulante dall'ambito applicativo dell'art. 34. Pertanto, a giudizio delle Sezioni Unite, nella occupazione usurpativa non sono configurabili situazioni di interesse legittimo, bensì di diritto soggettivo oppure

⁴⁶ Come osserva R. CONTI, *op. cit.*, p. 1027, "Si va dunque sedimentando un diritto vivente sostanzialmente proteso a dare una lettura ampia dell'art. 34 dlgs. 80/1998 che ammette dunque senza grossi patemi d'animo la riconduzione del contenzioso in materia di occupazione appropriativi al giudice amministrativo".

⁴⁷ Si veda la già citata pronuncia n. 3819/2002, meglio specificata sub nota 42.

⁴⁸ Così, Cass., Sez. Un., 6 giugno 2003, n. 9139, in *Urb e App.*, 2003, 11, 1293.

situazioni possessorie la cui tutela è demandata al giudice ordinario in assenza di norme che ne affidino la cognizione ad un altro giudice.

Tuttavia, come rilevato in dottrina⁴⁹ la posizione della Corte di Cassazione non può considerarsi esente da censure, dal momento che opera una *reductio ad unum* tra una pluralità di situazioni oggettivamente diverse tra di loro, per cui, anziché applicare ai fini del riparto di giurisdizione il medesimo trattamento alle diverse ipotesi di occupazione usurpativa, sarebbe stato più opportuno un approccio di tipo casistico volto a valorizzare, di volta in volta, le peculiarità delle diverse fattispecie.

Difatti, se in caso di totale assenza *ab origine* della dichiarazione di p.u. si può ritenere che non vi sia alcun collegamento tra il mero comportamento della p.a. e una finalità di pubblico interesse che giustifichi l'occupazione del bene privato, nelle altre ipotesi, invece, ed in particolare in caso di dichiarazione di p.u. illegittima, la domanda risarcitoria o restitutoria presuppone necessariamente un sindacato volto a valutare la legittimità dell'operato della p.a., sindacato, questo, che non può che spettare al g.a..

Perciò, ove si dovesse ritenere condivisibile il principio affermato dalle Sezioni Unite, si arriverebbe alla inaccettabile conclusione per cui il meccanismo della doppia tutela dovrebbe ritenersi restaurato, in aperto contrasto rispetto alla logica della concentrazione, che, come osservato in precedenza, costituisce uno dei *leit-motiv* che animano il d.lgs. 80/1998. Ove si consideri che, nel caso di dichiarazione illegittima, l'occupazione non si atteggia a mero comportamento, ma a condotta esecutiva di un provvedimento costituente esercizio di un potere, ossia, per usare le parole della Commissione di Studio Cassazione – Consiglio di Stato per l'approfondimento dei problemi in tema di riparto di giurisdizione⁵⁰, “*in termini di comportamento amministrativo che si inserisce nell'alveo dell'esercizio di una funzione pubblica*”, ciò implica per l'interessato la necessità di impugnare il provvedimento illegittimo dinanzi al giudice amministrativo. Pertanto, accogliendo l'impostazione della Cassazione si finirebbe per imporre a costui di proporre una nuova domanda di tipo restitutorio o risarcitorio dinanzi al giudice ordinario, con il risultato di un doppio intervento: prima del giudice di legittimità del provvedimento e, poi, del giudice chiamato a valutare gli effetti sortiti dal medesimo atto sul piano risarcitorio, in aperto contrasto, non solo col d.lgs. 80/1998, ma anche con il sistema attuato dalla l. 205/2000.

Le stesse considerazioni possono farsi anche con riferimento alla ipotesi di dichiarazione di p.u. divenuta inefficace per scadenza dei termini, nonché di dichiarazione carente dell'indicazione dei termini, a meno che non si voglia ritenere quest'ultimo vizio, causa di nullità della dichiarazione, con conseguente radicamento della giurisdizione ordinaria.

⁴⁹ Conti, *op. cit.*, p. 1031.

⁵⁰ Cfr. Relazione di Sintesi, in *Foro It.*, 2004, V, 18 ss.

Quanto premesso è, quindi, sufficiente a rivelare l'irrazionalità della posizione assunta dalla Sezioni Unite, rendendo, invece, preferibile la posizione sostenuta dal Supremo Consesso della giustizia amministrativa nella ormai celeberrima Ad. Plen. n. 4/2003.

3. L'art. 53 del T.U. 327/2001

Il legislatore delegato del 2001, nel *corpus* del testo unico⁵¹ in materia di espropriazione inserisce l'art. 53 dedicato alle tematiche relative alla giurisdizione, nel quale, al comma 1, prevede che *“sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti ad esse equiparati, conseguenti alla applicazione delle disposizioni del testo unico”*.

Viene in tal modo fissata la giurisdizione esclusiva del g.a. per ogni controversia nascente dall'applicazione del t.u.e., ivi compreso l'art. 43 in materia di utilizzazione senza titolo di un immobile da parte della p.a. (sorto sulle spoglie dell'occupazione appropriativa e usurpativa), attraverso una disposizione che, sia per la tecnica legislativa sia per il contenuto precettivo, evoca l'art. 34 del d.lgs. 80/1998.

Gli elementi di identità tra l'art. 53 t.u.e. e l'art. 34 d.lgs. del '98 sono molteplici, tanto da indurre una parte della dottrina⁵² a ritenere ingiustificata la norma dettata dall'art. 53 in punto di giurisdizione, non innovando nella sostanza la situazione precedente, ma limitandosi a confermare i risultati già raggiunti.

In ogni caso può dirsi che l'art. 53 rappresenta una conferma del meccanismo sperimentato con l'art. 34 e manifesta la volontà del legislatore di proseguire lungo la stessa strada, affermando che la materia trattata dal t.u.e., ad eccezione delle controversie indennitarie, è integralmente di pertinenza della giurisdizione amministrativa.

Sul versante dei rapporti tra urbanistica ed espropriazione, il legislatore delegato e, prima di lui l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato (parere n. 4/2001), non hanno mostrato incertezze nell'accogliere i risultati interpretativi favorevoli all'inclusione dell'espropriazione all'interno dell'urbanistica, riconoscendo che *“il procedimento espropriativo presuppone la sua coerenza con le previsioni del piano urbanistico”* e costituisce *“una fase indefettibile per l'attuazione delle previsioni del piano urbanistico e per un ordinato assetto del territorio”*, sottolineando, tra l'altro,

⁵¹ Sulla nozione di testo unico, e, in particolare, sulla vicenda dei testi unici misti, il loro superamento e la previsione di codici di settore, si veda N. LUPO, *Testo Unico* (voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Sabino Cassese, Milano, 2006, Volume VI, pp. 5936 ss.

⁵² Tra gli altri, si veda DE MARZO, *sub art.53*, in *L'espropriazione per pubblica utilità, Commento al testo unico emanato con d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327*, CARINGELLA-DE MARZO-DE NICTOLIS-MARUOTTI, Milano, 2002, pag. 740.

che la stretta connessione urbanistica-espropriazione, oltre ad essere rimarcata dall'art. 34, trae fondamento e sostegno *“dalla normativa e dalle sentenze della Corte Costituzionale sui presupposti necessari perché possa esservi il procedimento espropriativo”*⁵³.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione, l'art. 53 utilizza le espressioni *“atti, provvedimenti e comportamenti”* contenute già nell'art. 34, aggiungendo però *“gli accordi”*; attraverso tale puntualizzazione viene ulteriormente ampliata la giurisdizione esclusiva del g.a. includendovi sia gli accordi di cui all'art. 11 della l. 241/1990 sia gli accordi che producono effetti equivalenti ai decreti di espropriazione (accordi di cessione volontaria, accordi sull'indennità di espropriazione).

L'art. 53 porta quindi in sé tutti i problemi interpretativi legati all'art. 34, soprattutto quello relativo all'utilizzo dell'espressione *“comportamenti”* (punto sul quale è intervenuta di recente la Corte Costituzionale, sent. 191/2006) e rappresenta l'ulteriore conferma che la giurisdizione esclusiva tende sempre più a caratterizzarsi come strumento di riparto *“per materia”*, mentre che il *discrimen* fondato sulla distinzione diritto soggettivo-interesse legittimo rimane residuale⁵⁴.

4. La sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004 e le sue ricadute sul riparto di giurisdizione

L'art. 34 del d.lgs. 80/1998 ha, sin dall'inizio, suscitato una serie di dubbi di legittimità costituzionale sia sul piano procedimentale, relativamente ai rapporti di tale disposizione con la legge delega, sia sul piano sostanziale, circa la conformità con i principi costituzionali del sistema di riparto di giurisdizione introdotto dal legislatore del 1998.

Si tratta di censure affrontate dalla Corte Costituzionale con la celebre pronuncia n. 204 del 2004.

Data la rilevanza che tale sentenza ha assunto per la materia in esame, appare opportuno esaminarla partitamene, prendendo le mosse da quella che si può definire la principale fra le accuse rivolte al d.lgs. 80/98, vale a dire quella di avere quasi per intero devoluto al g.a. il contenzioso relativo a materie molto ampie e di difficile identificazione, anche in relazione ai profili risarcitori⁵⁵.

Si riteneva, infatti, che il sistema delineato dalla disposizione in commento fosse eversivo rispetto alla posizione di centralità del g.o. desumibile dal combinato disposto degli artt. 102 comma 1 e 113 comma 1 della Cost.. Alla stregua di tale

⁵³ Cfr. Cons. Stato, Ad. Gen., 29 marzo 2001 n. 4, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1891, parere allo schema di t.u.e..

⁵⁴ Per un approfondimento sul nuovo riparto di giurisdizione dopo l'introduzione dell'art. 53 t.u.e. si veda R. CONTI, *op. cit.*, pag. 1051 ss..

⁵⁵ Per una esauriente disamina delle problematiche in questione si veda R. CONTI, *op. cit.*, pp. 1088 ss.

impostazione, il ruolo di giudice naturale dei diritti soggettivi che la Carta Costituzionale affidava al g.o. rischiava di essere offuscato da un giudice amministrativo che si avviava a diventare organo giurisdizionale specializzato in tutte le controversie in cui fosse parte una p.a. o un soggetto a questa equiparato, a prescindere dall'effettiva natura della posizione giuridica vantata dal ricorrente.

Inoltre, come da più parti sottolineato, la disposizione in commento non era esente da censure anche sotto il profilo della rispondenza al principio di eguaglianza, ed in particolare ad uno dei suoi più importanti corollari, vale a dire il principio di ragionevolezza⁵⁶. Non può, infatti, sottacersi la palese disparità di trattamento che caratterizza tutte le ipotesi in cui, pur in presenza di controversie della medesima natura, la qualità soggettiva di una delle parti determina la devoluzione della cognizione ad organi appartenenti a giurisdizioni diverse.

Nonostante dette perplessità, il Consiglio di Stato ha tentato di giustificare la disciplina legislativa in commento osservando che, nelle materie di cui all'art. 34, le norme che attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del g.a. il relativo contenzioso, si riferiscono comunque a rapporti giuridici inerenti all'interesse pubblico⁵⁷.

Tuttavia, la dottrina prevalente ha manifestato sul punto una posizione nettamente contraria, ritenendo che il criterio di riparto delineato dalle disposizioni costituzionali fosse ineludibilmente fondato sull'equazione indissolubile "giudice ordinario-diritti soggettivi/giudice amministrativo-interessi legittimi", per cui solo in casi assolutamente particolari il g.a. può invadere il campo costituzionalmente riservato al g.o.⁵⁸.

Tale interpretazione è stata avallata dalla giurisdizione ordinaria, in seno alla quale, per usare le parole di autorevole dottrina, stava prendendo corpo un atteggiamento di ostilità verso un sistema di riparto che "muovendo dal dato, pur condiviso, delle materie, rischia di mettere in discussione il ruolo del giudice ordinario quale tradizionale *defensor* dei diritti del singolo"⁵⁹.

In particolare, si è fatto portavoce di tale malcontento il Tribunale di Roma, il quale, con una serie di ordinanze di rimessione rese in tempi diversi, ha provocato l'intervento della Corte Costituzionale, che, con sent. n. 204 del 6 luglio 2004⁶⁰, ha dichiarato la parziale incostituzionalità dell'art. 34 d.lgs. 80/1998, come modificato dall'art. 7 della l. 205/2000, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto

⁵⁶ Di questo avviso V. TRAVI, *La giurisdizione amministrativa al bivio*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2000, 580; nonché V. CARBONE- DI MAJO, *È costituzionale il nuovo riparto di giurisdizione?*, in *Corr. Giur.*, 2001, 92.

⁵⁷ Per tutte, si veda Cons. Stato, Ad. Plen. 30 marzo 2000 n. 1, in *Foro it.*, 2000, III, 365, anche in *Corr. Giur.*, 2000, 5, 602, con nota di V. CARBONE.

⁵⁸ TRAVI, *Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale*, nota a C. Cost, 17 luglio 2000 n. 292, in *Foro it.*, 2000, I, 2402; S. MURGIA, *Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e garanzia dei diritti del cittadino*, in *Foro amm.*, 2000, 1570.

⁵⁹ DI MAJO, nota a Trib. Roma, 16 novembre 2000, in *Corr. Giur.*, 2001, 90.

⁶⁰ C. Cost. 6 luglio 2004, n. 204, in *Foro it.*, 2004, I, 2593.

“*gli atti, i provvedimenti e i comportamenti*” anziché gli atti e i provvedimenti delle p.a. e dei soggetti ad essi equiparati, in materia edilizia e urbanistica⁶¹.

La Consulta ha ritenuto infatti che il sistema di riparto di giurisdizione delineato dalla Costituzione continua a fondarsi sulla distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi e riconosce la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo per talune particolari materie, dovendosi in ogni altro caso di violazione di diritti soggettivi da parte della p.a. riconoscere la giurisdizione naturale del giudice ordinario.

L'effetto immediato è la riduzione del campo occupato dalla giurisdizione esclusiva, per attivare la quale è indispensabile che la controversia sia caratterizzata da un “collegamento necessario” con l'esercizio del potere pubblico tale da giustificare il sindacato del g.a.. Pertanto, nell'ottica della Corte, la giurisdizione esclusiva è costituzionalmente legittima soltanto quando l'amministrazione agisce come “*autorità*”, cioè quando la materia “*sarebbe comunque soggetta alla giurisdizione generale di legittimità*”. Ciò avviene in presenza di materie “*particolari*” rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità ma che partecipano comunque della loro medesima natura, dal momento che la p.a. agisce autoritativamente, sicché vi è l'obiettiva difficoltà di distinguere tra diritti soggettivi e interessi legittimi. In altre parole, la pronuncia della Corte vuole escludere dall'ambito operativo della giurisdizione esclusiva tutte le ipotesi nelle quali la posizione giuridica fatta valere si identifichi *tout court* con un diritto soggettivo e non sia possibile rinvenire, neppure in via mediata, un nesso tra l'attività comportamentale della p.a. e l'esercizio di un potere pubblico.

Tale sentenza si rivela perfettamente conforme alla vera *ratio* dell'art. 34 del d.lgs. 80/1998 che è quella di concentrare dinanzi al g.a. la tutela demolitoria e quella risarcitoria del privato cittadino leso dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica, senza costringere il privato a percorrere un defaticamente e tortuoso doppio grado di giurisdizione. Ciò presuppone comunque un'inestricabile commistione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, tale giustificare il ricorso alla giurisdizione esclusiva.

Ove infatti, ci si trovasse dinanzi ad una mera attività comportamentale, incidente su posizioni di diritto soggettivo, non vi sarebbe alcuna ragione per discostarsi dal normale criterio di ripartizione delineato dalla Costituzione.

Per quanto concerne l'impatto prodotto dalla sent. 204/2004 in tema di individuazione del giudice competente in materia di “*accessione invertita*”, si rileva come la sentenza in questione non abbia inciso sul riparto di giurisdizione in materia

⁶¹ Per un esauriente commento di tale sentenza si veda A. M. SANDULLI, *Un passo avanti ed uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (una prima lettura a margine di Corte Cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2004, I, 1211 ss.. Per una disamina del notevole dibattito dottrinario e giurisprudenziale scaturito dalla pronuncia in questione, si veda F. CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2005, 550.

di occupazione appropriativa, dal momento che il vizio di legittimità individuato dalla Consulta riguarda esclusivamente i casi in cui non vi è atto o provvedimento ma piuttosto mero comportamento, non ricollegabile ad un fine pubblico o di pubblico interesse legalmente dichiarato. Di conseguenza tale pronuncia ha inciso unicamente in materia di occupazione usurpativa, laddove la mancanza originaria o sopravvenuta della dichiarazione di p.u. fa rientrare la condotta della p.a. nell'alveo dei "comportamenti" censurati dalla Corte.

Si tratta ora di stabilire quali ipotesi di occupazione usurpativa rimangono, anche dopo la sentenza 204, devolute al g.a. e quali invece sono attratte dalla giurisdizione ordinaria.

Nulla quaestio per quanto riguarda l'ipotesi di totale assenza della dichiarazione di p.u., poiché, non essendo stato emanato un atto nell'esercizio del potere pubblico, la cognizione non può che essere del g.o..

Viceversa, nell'ipotesi di illegittimità della dichiarazione, essendo l'occupazione effettuata sulla base di un provvedimento originariamente efficace e solo successivamente annullato, l'effetto acquisitivo trae la sua origine da un potere amministrativo sia pure illegittimamente esercitato. Pertanto, la decisione sulla domanda restitutoria o risarcitoria, in quanto consequenziale all'annullamento della dichiarazione di p.u., dovrebbe essere di competenza del g.a..

Ancor più controversa è l'ipotesi in cui tale dichiarazione divenga successivamente inefficace per la mancata emanazione nei termini del decreto di esproprio.

La fattispecie in esame è suscettibile di due diverse ricostruzioni. Secondo un primo ordine di idee si potrebbe ritenere che la questione vada ricondotta nell'alveo della giurisdizione amministrativa, poiché attraverso la dichiarazione di p.u. l'amministrazione ha comunque concretamente esercitato il potere ablatorio. In quest'ottica la mancata adozione del decreto di esproprio si configura non come un mero comportamento, bensì come un cattivo esercizio della funzione amministrativa.

Secondo una ricostruzione alternativa operata da autorevole dottrina (M.A. Sandulli), *"il fatto che la controversia investa un comportamento (occupazione) non più coperto razione temporis dall'ombrello del potere ne rende l'attribuzione al g.o. più aderente al principio base che vincola la giurisdizione amministrativa alla correlazione tra comportamento controverso e potere"*⁶².

Sul punto, anziché approdare ad una soluzione condivisa, la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato hanno dato vita ad un acceso conflitto giurisdizionale. Infatti, mentre il Consiglio di Stato ha ritenuto sussistente la propria giurisdizione con riferimento a *"qualunque lite suscitata da lesioni del diritto di proprietà provocate, in area urbanistica, dalla esecuzione di provvedimenti autoritativi degradatori,*

⁶² M.A. SANDULLI, *Riparto di giurisdizione atto secondo: la Corte Costituzionale fa chiarezza sugli effetti della sentenza 204 in tema di comportamenti "acquisitivi"*, nota a C. Cost. 11 maggio 2006 n. 191, in www.federalismi.it, n. 11/2006.

venuti meno o per annullamento o per sopraggiunta inefficacia *ex lege*⁶³, la Cassazione era di opposto avviso. Il nucleo essenziale del conflitto era rappresentato dalla nozione di comportamento: il Consiglio di Stato, fautore di un orientamento più restrittivo, la circoscriveva alle sole ipotesi di condotte poste in essere al di fuori dell'*esplicazione del potere* (con attività materiale, *voilà de fait*, manifestazioni abnormi del pubblico potere etc.), mentre la Cassazione propugnava una nozione più ampia, funzionale all'estensione della giurisdizione ordinaria in materia⁶⁴.

Ulteriori problemi sollevati dalla sent. 204/2004 riguardavano la norma processuale contenuta nell'art. 53 t.u.e. che ha esteso in materia espropriativa i medesimi principi sanciti dall'art. 34 del d.lgs., per cui si è posto il problema se la declaratoria di illegittimità costituzionale che ha colpito l'art. 34 non implicasse anche l'incostituzionalità dell'art. 53.

5. I più recenti sviluppi della giurisprudenza in materia: la sent. C. Cost. n. 191/2006 e l'ord. n. 13911/2006 Cass. SS. UU.

Con la recentissima sentenza n. 191 dell'11 maggio 2006 la Corte Costituzionale ha affrontato e risolto i dubbi in precedenza evidenziati di incostituzionalità dell'art. 53 t.u.e..

Operando in piena coerenza con il tessuto argomentativo che caratterizza la sentenza n. 204/2004, la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 53 comma 1 del T.U. 327/2001 nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a "*i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati*", non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere⁶⁵. Censurando, dunque, l'affidamento alla giurisdizione esclusiva del g.a. di talune tipologie di controversie, non in ragione della loro connessione con l'esercizio di un potere pubblico, ma per il solo fatto che una p.a. ne sia parte.

Pertanto, ribadendo i medesimi principi della sentenza del 2004, ha statuito che i comportamenti dannosi della p.a. posti in essere in esecuzione di atti, i provvedimenti che siano espressione di un pubblico potere, ancorché illegittimamente esercitato,

⁶³ Cons. St. Ad. Plen. 30 agosto 2005 n. 4 e 16 novembre 2005 n. 9, in www.giustamm.it; nello stesso senso TAR Calabria sent. 6 febbraio 2006 n. 119, in www.giustamm.it, n. 2/2006, il quale ha ritenuto "*la persistenza, nell'ambito della sfera della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, della controversia avente ad oggetto la pretesa al risarcimento dei danni nella situazione nella quale la p.a. ha attuato l'irreversibile trasformazione del fondo a seguito dell'occupazione protrattasi oltre i termini originariamente fissati, nell'ambito di un procedimento di espropriazione avente alla base una dichiarazione di p.u., omettendo, però, di emettere in modo tempestivo un formale provvedimento di esproprio*".

⁶⁴ Tra le altre Sez. Un. Ord. 4 novembre 2004 n. 21099 e 21 novembre 2004 n. 21944.

⁶⁵ Si veda www.altalex.com n. 1416 del 30 maggio 2006.

rappresentano anch'essi espressione di tale potere e sono quindi devoluti al g.a.; nel caso in cui tali comportamenti siano posti in essere in carenza di potere o in via di mero fatto vanno al di là dei limiti che la Costituzione ha posto alla giurisdizione esclusiva. Perciò, come ha sottolineato M.A. Sandulli⁶⁶, l'importanza di tale pronuncia risiede nell'aver contribuito a chiarire gli effetti della sentenza 2004 in tema di comportamenti acquisitivi, con immediati effetti benefici sul conflitto di giurisdizione apertosi nel 2004 tra la Cassazione e il Consiglio di Stato.

La riprova di ciò è data dalla recentissima sentenza con la quale il Consiglio di Stato, in data 26 maggio 2006, ha declinato a favore del giudice ordinario la propria giurisdizione esclusiva in relazione a comportamenti della p.a. non collegati all'esercizio di un potere autoritativo, *“quali fattispecie relative ai casi in cui alla procedura di occupazione d'urgenza dell'immobile non abbia fatto seguito la procedura di espropriazione nel termine di validità del decreto di occupazione d'urgenza. Ne consegue che per detti comportamenti, in quanto incidenti su posizioni di diritto soggettivo, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario”*⁶⁷.

Alle medesime conclusioni è pervenuta un'ordinanza delle SS.UU. della Cassazione del 15 giugno, la n. 13911 del 2006⁶⁸, la quale, avallando l'impostazione dottrinale esposta, ha osservato che sono ascrivibili alla giurisdizione ordinaria le forme di occupazione usurpativa nelle quali *“il decreto di espropriazione è stato pur emesso, e però in relazione a un bene, la cui destinazione ad opera di pubblica utilità la si debba dire mai avvenuta giuridicamente od ormai venuta meno, per mancanza iniziale o sopravvenuta scadenza del suo termine d'efficacia”*.

Inoltre, il merito della ordinanza in questione, oltre a quello di aver finalmente fatto luce sul riparto di giurisdizione in tema di comportamenti relativi alla materia espropriativa, ponendo fine al conflitto tra Cassazione e Consiglio di Stato, consiste nell'aver posto fine ad un altro conflitto, anch'esso particolarmente grave, vale a dire quello sulla giurisdizione relativa alle domande risarcitorie proposte autonomamente e sulla pregiudiziale amministrativa, che si era particolarmente acuito dopo la sentenza 2004, divenendo particolarmente veemente nei primi mesi del 2006.

Difatti, le Sezioni Unite, con ordinanza del 23 gennaio 2006, n. 1207⁶⁹, in aperto contrasto con la certezza del diritto, con il principio del giudice naturale precostituito per legge ed in particolare con quel suo corollario rappresentato dall'esigenza di concentrazione della tutela risarcitoria in capo al medesimo giudice che abbia conosciuto la pretesa sostanziale, hanno statuito che l'azione di risarcimento dei

⁶⁶ M.A. SANDULLI, *op. cit.*, www.federalismi.it.

⁶⁷ Cons. St., sez. IV, sent. 26 maggio 2006 n. 3191, in www.giustamm.it.

⁶⁸ Si veda Cass. Sez. Un., ord. n. 13911 del 15/06/2006, su www.giustamm.it, con commenti di M.A. SANDULLI, *Finalmente definitiva certezza sul riparto di giurisdizione in tema di comportamenti e sulla c.d. pregiudiziale amministrativa? Tra i due litiganti vince la garanzia di piena tutela*. Inoltre, sempre su www.giustamm.it, si veda anche G. MARI, *Osservazioni a prima lettura a margine di Cass., Sez. Un., 13 giugno 2006, n. 13660: la giurisdizione sulle domande risarcitorie proposte autonomamente e la pregiudiziale amministrativa*.

⁶⁹ Cass. SS. UU., 23 gennaio 2006 n. 1207(ord.), su www.giustamm.it.

danni conseguenti all'annullamento degli atti relativi al procedimento di occupazione sarebbe alternativamente proponibile, addirittura ad arbitrio dell'attore, dinanzi al g.a., se esperita nel corso del medesimo giudizio demolitorio, ovvero dinanzi al g.o., se proposta autonomamente dopo la conclusione di tale giudizio. La Cassazione ha ritenuto, infatti, che, ove non sia in questione la legittimità dell'atto lesivo, per essere stato lo stesso già annullato o revocato nell'esercizio dei poteri amministrativi di autotutela, ovvero rimosso a seguito di pronuncia caducatoria passata in giudicato, la giurisdizione sulla domanda risarcitoria spetta al giudice ordinario, *“non operando...la connessione legale tra tutela demolitoria e risarcitoria”*.

Siffatta impostazione, assolutamente in contrasto con i principi sopra ricordati, non poteva essere condivisa dal Consiglio di Stato⁷⁰, il quale, con l'Adunanza Plenaria n. 2 del 9 febbraio 2006, ha opportunamente osservato, come *“la scelta di un momento successivo per prospettare la domanda consequenziale, non giustifica una diversa competenza giurisdizionale”*

Difatti, anche se le disposizioni che hanno attribuito al g.a. il potere di disporre il risarcimento del danno non impongono la contestualità tra il sindacato di legittimità da un lato e la cognizione degli effetti di ordine patrimoniale dall'altro, ciò non significa, comunque, che sia rimessa al *“ricorrente la scelta del giudice competente, proponendo insieme o distintamente le due domande, senza che mutino i presupposti di fatto e di diritto sui quali si fondano”*.

Finalmente, le Sezioni Unite, *re melius perpensa*, danno, con la recentissima ordinanza del 15 giugno, una rilettura del fenomeno più attenta ai principi costituzionali in materia di determinazione del giudice naturale e all'ineludibile postulato della certezza delle situazioni giuridiche, ponendo altresì termine al contrasto in precedenza maturato con le statuizioni del Consiglio di Stato.

Illuminanti sono, in proposito, i passi della motivazione in cui si riconosce nel giudice amministrativo il giudice naturale della tutela risarcitoria degli interessi legittimi, anche a prescindere dalla previa instaurazione di un giudizio di legittimità sull'atto o sul silenzio causativo del danno, avvertendolo, tuttavia, che, ove costui negasse il proprio potere di provvedere in via autonoma sulla domanda risarcitoria, la relativa pronuncia sarà considerata dalla Suprema Corte, in veste di organo regolatore del riparto di giurisdizione, una ingiusta declinatoria di giurisdizione.

Filippo Lacava
Consigliere di prefettura
Dottorando di ricerca in diritto pubblico Luiss Guido Carli

⁷⁰ Cons. Stato Ad. Plen. del 9 febbraio 2006 n. 2, su www.giustamm.it.