

## Ugo Di Benedetto

### Le materie della giurisdizione esclusiva dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004

#### 1. Introduzione.

#### 2. L'effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 sui giudizi pendenti

#### 3. La materia dei servizi pubblici.

##### 3.1 La giurisdizione e le procedure di affidamento del servizio.

##### 3.2. Le pretese di natura patrimoniale.

##### 3.3. I rapporti convenzionali dei medici nel S.S.N.

##### 3.4. Il servizio farmaceutico.

##### 3.5. L'edilizia pubblica convenzionata e sovvenzionata.

#### 4. La materia espropriativa.

##### 4.1. I rapporti con il Testo Unico in materia espropriativa.

##### 4.2. L'occupazione usurpativa.

##### 4.3. L'occupazione acquisitiva.

##### 4.4. L'atto di acquisizione di cui all'articolo 43 T. U..

##### 4.5. La rilevanza delle innovazioni procedurali del T. U. in materia espropriativa.

##### 4.6. La giurisdizione sugli accordi in materia espropriativa.

##### 4.7. La retrocessione totale.

#### 5. L'urbanistica e l'edilizia.

#### 6. La vigilanza e controllo.

#### 7. Cenni al risarcimento danni.

#### 1. Introduzione.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 affrontando una serie di questioni di Costituzionalità sollevate con riferimento agli articoli 33 e 34 del D. lgs 31 marzo 1998, n. 80, il cui contenuto è stato riprodotto nell'articolo 7 della legge n. 205, ha affermato alcuni principi fondamentali superando il criterio di delimitazione della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario fondato sul principio della ripartizione per materia.

Senza approfondire in questa sede l'iter logico seguito dalla sentenza della Corte Costituzionale può osservarsi come la stessa ritiene legittimo il riconoscimento della giurisdizione esclusiva solo nei casi in cui l'Amministrazione agisce come pubblica autorità. In tali materie è confermato il potere del legislatore di estendere la tutela già prevista per gli interessi legittimi anche ai diritti soggettivi.

La Corte, riportando la giurisdizione esclusiva negli schemi tradizionali, ha sostanzialmente riscritto l'articolo 33 con una pronuncia strutturata con la tecnica manipolativa ed additiva. Il testo ora vigente precisa che "sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi, ovvero relative ai provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore del pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 241/1990, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle associazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge n. 481/95".

Invece, per quanto concerne l'articolo 34, la declaratoria di incostituzionalità riguarda la materia urbanistica ed edilizia limitatamente all'attribuzione della giurisdizione al G. A. delle controversie concernenti i "comportamenti" della pubblica amministrazione e dei soggetti ad essa equiparati.

E' importante innanzitutto rilevare che la Corte Costituzionale non ha preso posizione né sul concetto di pubblico servizio, ossia sulla portata della materia di cui all'articolo 33, né sul concetto di urbanistica ed edilizia di cui all'articolo 34, limitandosi ad eliminare dalla giurisdizione del giudice

amministrativo alcuni tipi di controversie, appunto quelle non coinvolgenti poteri autoritativi. Per quanto concerne l'articolo 33, la Corte Costituzionale precisa che non rileva il solo fatto che "parte in causa sia la pubblica amministrazione" ma anche un ulteriore elemento ossia che le particolari materie della giurisdizione esclusiva devono partecipare della medesima natura della giurisdizione generale di legittimità; è di conseguenza rilevante ai fini del riconoscimento della giurisdizione del G. A. la circostanza che "la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo", compresa "la facoltà riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo" poiché ciò presuppone l'esistenza del potere autoritativo stesso, come nei casi di cui all'articolo 11 della legge n. 241 del 1990.

Per quanto concerne l'articolo 34 è particolarmente importante la precisazione della Corte Costituzionale che mantiene al giudice amministrativo le controversie nelle quali la pubblica amministrazione esercita, anche solo mediamente e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici, un pubblico potere.

Completa il quadro interpretativo della Corte Costituzionale in ordine alla delimitazione della giurisdizione nelle materie di cui agli articoli 33 e 34 del D. lgs 31 marzo 1998, n. 80, come novellati dall'articolo 7 della legge n. 205, l'assunto che la declaratoria di incostituzionalità non si estende alle disposizioni concernenti il risarcimento danni, compresa la reintegrazione in forma specifica, perché offrono al giudice amministrativo uno strumento ulteriore di tutela, rispetto a quello classico demolitorio e/o conformativo da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

## 2. L'effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 sui giudizi pendenti

La sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 è destinata a produrre effetti non soltanto per il futuro ma anche nei giudizi in corso ancorché correttamente instaurati davanti al giudice amministrativo. Infatti, il principio di cui all'articolo 5 c. p. c. secondo cui la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente al momento della proposizione della domanda in sede giudiziaria, deve coordinarsi con quello del carattere retroattivo delle sentenze della Corte Costituzionale, il quale preclude che la norma dichiarata costituzionalmente illegittima possa essere ancora applicata alle cause pendenti. Pertanto, la giurisdizione, quale delineata dalla citata sentenza n. 204 del 2004 ha effetto anche sulle controversie anteriormente promosse, salvo il limite dei rapporti esauriti al momento della pubblicazione della decisione, intendendosi per tali quelli accertati con sentenza passata in giudicato o per altro verso già consolidati (Cass., Sez. Un., 6 maggio 2002, n. 6487; Cons. Stato, sez. IV, 5 ottobre 2004, n. 6489). Il carattere retroattivo è inteso in senso estensivo da una recente sentenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. IV, 27 settembre 2004, n. 6328 che richiama numerose precedenti pronunce) la quale ritiene applicabile il nuovo riparto al fine della declaratoria del difetto di giurisdizione anche nel giudizio d'appello ed anche se il giudice di primo grado si sia già pronunciato espressamente a favore della giurisdizione del giudice amministrativo (con sentenza emessa anteriormente alla pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004) e ciò anche se il capo della sentenza concernente la giurisdizione non sia stato espressamente impugnato e contestato dalla parte soccombente.

## 3. La materia dei servizi pubblici.

La sentenza della Corte Costituzionale, nel ridefinire l'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo nella materia dei servizi pubblici limitandola alle questioni concernenti l'incidenza del potere dell'Amministrazione su diritti ed interessi legittimi ed escludendola, conseguentemente, per quanto concerne le questioni patrimoniali e le altre questioni di fatto non coinvolgenti la legittimità dell'esercizio di poteri autoritativi, ha in parte semplificato il compito del giudice in ordine alla controversa questione della definizione della nozione di servizio pubblico. Infatti, perde gran parte rilevanza, ai fini pratici della questione di riparto di giurisdizione tra Giudice Ordinario e

Giudice Amministrativo, la corretta individuazione della nozione di pubblico servizio (naturalmente la nozione mantiene la sua rilevanza per gli aspetti relativi all'applicazione della normativa sostanziale). Sono note le dibattute questioni relative alla nozione soggettiva od oggettiva di pubblico servizio ed alla esatta delimitazione della materia stessa (per la quale si rimanda agli approfonditi studi di numerosi autori per tutti Caia e Garofoli, ed alla copiosa giurisprudenza, vedi Cons Stato, Ad. Plen. ordinanza 3 marzo 2001, n. 1). Tale delimitazione era fondamentale perché anteriormente alla sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 tutte le questioni, anche quelle concernenti la fase esecutiva dello svolgimento del servizio e le questioni patrimoniali anche non coinvolgenti l'esercizio di poteri autoritativi né l'emanazione di atti, rientravano, secondo la tesi prevalente, nella giurisdizione del Giudice Amministrativo al quale era stata attribuita l'intera materia. Di qui le rilevanti questioni in ordine alle controversie che si collocavano a monte della materia servizio pubblico in quanto relative a prestazioni o all'acquisizione di beni rese a favore dell'Amministrazione che poi doveva svolgere il servizio, questioni che rientravano nella sola giurisdizione generale di legittimità in caso di lesione di interessi legittimi (Cass., Sez. Un. Civ., 30 marzo 2000, n. 71) diverse da quelle rientranti a pieno titolo, perché coinvolgenti prestazioni rese direttamente dall'affidatario del servizio a favore degli utenti, sia che usufruissero *uti singuli* sia come componenti la collettività, nella giurisdizione esclusiva estesa anche alla fase esecutiva dei contratti per l'espletamento di servizi pubblici che *rationae materiae* rientrano nell'ambito del G. A. (cfr. per tutte Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6574, decisa nel gennaio 2004; vedi altresì Cons. Stato, sez. IV, 5 ottobre 2004, n. 6489).

Invece, la fase esecutiva relativa agli appalti di forniture e di servizi in senso proprio, che riguardano prestazioni rese dall'affidatario direttamente a favore della P. A., apparteneva alla giurisdizione del G. O., anche se strumentale all'espletamento del servizio pubblico, poiché quest'ultimo riguarda soltanto le prestazioni rese agli utenti o relative alla gestione stessa del servizio (Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2003, n. 3346; cass. Sez. Un., 22 luglio 2002, n. 10726).

La sentenza della Corte Costituzionale non ha volutamente preso posizione sulla nozione di pubblico servizio e, quindi, sulla individuazione della materia sostanziale definita "dai confini non compiutamente delimitati". Sicuramente la Corte Costituzionale ha preso atto dell'estesa portata della nozione sia che si accolga l'orientamento del Consiglio di Stato volto a ricomprendere "tutte le attività svolte da qualsivoglia soggetto, riconducibili ad un ordinamento di settore, sottoposte cioè a controllo, vigilanza o mera autorizzazione da parte di un'amministrazione pubblica" (Cons. Stato, Ad. Gen., 12 marzo 1998, n. 30/98) o quella ancora potenzialmente più ampia del Cons Stato, Ad. Plen. ordinanza 3 marzo 2001, n. 1, sia che si accolga il differente ma ampio orientamento della Cassazione che ha ritenuto che il "servizio pubblico corrisponde a quella prestazione resa alla generalità, da parte di un soggetto, anche privato, che sia inserito nel sistema dei pubblici poteri o sia a questo collegato, e che sia sottoposto ad un regime giuridico derogatorio di diritto comune" (Cass., Sez. Un. Civ., 30 marzo 2000, n. 71, n. 72; Cass., Sez. Un. Civ., 12 novembre 2001, n. 14032). Del resto, stante la varietà dei servizi pubblici e delle modalità di gestione degli stessi e delle differenti esigenze da soddisfare, probabilmente una chiara nozione omnicomprensiva risultava di difficile delimitazione. Inoltre, è bene ricordare che il concetto di servizio pubblico è richiamato e presupposto, per vari profili concernenti la disciplina sostanziale, anche dall'ordinamento comunitario, che è del tutto integrato a quello interno. Evidentemente, la nozione unitaria di pubblico servizio è suscettibile di modificazione alla luce di interventi normativi, generali e settoriali, a livello comunitario e nazionale, con l'evolversi della disciplina sostanziale e degli orientamenti interpretativi.

In definitiva il criterio di riparto della giurisdizione adottato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204 è destinato a mantenere validità anche nelle ipotesi in cui muti, per effetto di diversi orientamenti interpretativi o di innovazioni normative, la nozione sostanziale di pubblico servizio in senso ampliativo o restrittivo.

Ai fini della giurisdizione, quindi, oggi, per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004, la esatta delimitazione della nozione di servizio pubblico ha perso in parte rilevanza perché, sia o meno attinente ad un servizio pubblico, la controversia va devoluta al Giudice Amministrativo se concerne atti amministrativi autoritativi mentre rientra nella giurisdizione del G. O. se attiene ad aspetti patrimoniali o a questioni di comportamenti materiali in fase di esecuzione.

La sentenza della Corte Costituzionale anche se ha sicuramente effetti sulla delimitazione della

giurisdizione sotto il profilo delle tipologie delle questioni, escludendo i meri comportamenti e le controversie di natura paritetica, non incide, tuttavia, sull'ambito "soggettivo" della giurisdizione. La stessa resta, infatti, estesa anche nei confronti di soggetti formalmente privati in conformità a quanto sostenuto dalla giurisprudenza ed in base alle disposizioni della legislazione sostanziale e processuale che li aveva sottoposti alla giurisdizione del G. A., come nel caso dei concessionari privati che esercitano pubbliche funzioni o di soggetti privati comunque tenuti all'applicazione della normativa di evidenza pubblica (vedi articoli 2 e 3 della legge Merloni e successive modificazioni). La Corte Costituzionale ha preso atto, pertanto, della forte tendenza manifestata dalla giurisprudenza ad operare e riconoscere l'ampliamento della giurisdizione amministrativa agli atti dei concessionari di opere pubbliche (Cass., Sez. Un. n. 12221/1990) ed agli atti di soggetti formalmente privati anche non concessionari (Cons. Stato, Sez. VI, n. 1478/1998 e poi a Cass., Sez. Un. n. 64/1999, a seguito del superamento dell'orientamento espresso dalle note sentenze del 1995 sulla vicenda "della Siena Parcheggi").

Infatti, la nuova formulazione della norma sulla giurisdizione, di cui al citato articolo 33, non si limita ad individuare delle ipotesi specifiche tra cui in particolare le controversie concernenti le concessioni di pubblici servizi, e quelle relative agli affidamenti in qualunque forma, sia che essi avvengano previa gara od altri atti di investitura o preposizione a favore di soggetti pubblici o privati; il nuovo articolo 33, inoltre, fa un esplicito riferimento anche all'emanazione di qualunque provvedimento adottato dalla Pubblica Amministrazione o dal gestore del pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241. Pertanto, a prescindere dalle modalità di affidamento, è l'oggettivo svolgimento del servizio pubblico e l'emanazione di un provvedimento autoritativo da parte di un soggetto pubblico o privato, che radica la giurisdizione del Giudice Amministrativo e ciò anche nelle ipotesi, sia pure particolari, in cui l'individuazione del gestore del pubblico servizio o la scelta della forma di gestione avvenga direttamente in virtù di una specifica norma a prescindere da un predefinito ruolo della Pubblica Amministrazione di istituzione, di organizzazione o di conferimento del servizio stesso.

### 3.1 La giurisdizione e le procedure di affidamento del servizio.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004, precisa che spettano alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi sia per quanto concerne le concessioni, escluse quelle concernenti indennità o canoni ed altri corrispettivi, sia quelle relative ad ogni provvedimento riguardante l'affidamento del servizio stesso. Con tale previsione si ricomprende, pertanto, sia la gara per la scelta del gestore, ove prevista, sia la determinazione concernente ogni modalità di affidamento determinata sulla base della normativa di settore.

Naturalmente resta pendente la questione degli effetti dell'annullamento degli atti concernenti l'affidamento in relazione ai conseguenti rapporti convenzionali già instaurati (T.A.R. per la Lombardia – Milano, sez. I, 14 aprile 2003, n. 994), che dovrà essere risolta sulla base di principi che verranno affermati dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria, già investita della questione sull'analoga problematica, anche se in materia contrattuale vera e propria, concernente gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sui contratti già stipulati ed in fase operativa di esecuzione.

### 3.2. Le pretese di natura patrimoniale.

Innovando rispetto al testo previgente, così come pacificamente già affermato dalla giurisprudenza (per tutte Cons Stato, Ad. Plen. ordinanza 3 marzo 2001, n. 1) la sentenza della Corte Costituzionale ha sottratto al giudice amministrativo in favore del giudice ordinario, come prospettato nelle ordinanze di rimessione del giudice a quo, tutte le questioni concernenti le pretese patrimoniali come nel caso dei pagamenti dovuti dall'Amministrazione al gestore del pubblico servizio; si pensi al caso del pagamento dei farmaci alle farmacie, del pagamento delle prestazioni sanitarie erogate nell'ambito del servizio sanitario a strutture private accreditate (T.A.R. Campania – Napoli, sez. V,

16 luglio 2004, n. 10462) o di rimborso ai cittadini per prestazioni effettuate all'estero o viceversa dovute dal gestore all'Amministrazione.

A titolo esemplificativo, rientrano nella giurisdizione del Giudice Ordinario per effetto della sentenza della Corte Cost. n. 204, anche le questioni concernenti la determinazione della tariffa da corrispondere al titolare del servizio di raccolta dei rifiuti (che costituisce pacificamente un servizio pubblico Cass., Sez. Un., 27 novembre 2002, n. 16831) o al pagamento delle relative fatture (T.A.R. Campania – Napoli, sez. I, 13 ottobre 2004, n. 13977) o la richiesta di pagamento di oneri aggiuntivi per il conferimento dei rifiuti in altre discariche (T.A.R. Puglia – Bari, 13 ottobre 2004, n. 4446). In tali ipotesi, infatti, l'Amministrazione non è coinvolta come autorità.

Perde importanza, perché riguardanti pretese di natura patrimoniale, prevalentemente ora attribuite al G. O., la possibilità per il G. A. di emanare decreti ingiuntivi o, comunque, di pronunciare ordinanze ex articoli 186 bis e 186 ter c. p. c. la cui emanazione era stata prevista dall'articolo 8 della legge n. 205.

### 3.3.I rapporti convenzionali dei medici nel S.S.N.

Per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 sono destinate a comporsi, per numerosi aspetti, i contrasti giurisprudenziali relativi alle controversie concernenti i rapporti convenzionali esterni (tra cui quelli dei cosiddetti medici di base) dei medici nel S.S.N.. Infatti, dopo la legge n. 205 del 2000 si era sviluppato un contrasto interpretivo atteso che le prestazioni dei medici convenzionati esterni sono dirette agli utenti e, pertanto, secondo un orientamento, appartenevano alla materia servizio pubblico con giurisdizione del Giudice Amministrativo estesa a tutti gli aspetti anche patrimoniali e disciplinari.

Secondo un altro orientamento, definito di "contenimento" del rinnovato ambito di giurisdizione del giudice amministrativo, introdotto dal citato articolo 33 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, (riprodotto nella legge n. 205 del 2000), invece, restava la giurisdizione del Giudice Ordinario nei rapporti tra ASL e medici convenzionati attribuendo prevalenza, ai fini dell'individuazione della giurisdizione, alla natura della prestazione di collaborazione continuativa e coordinata, ai sensi dell'articolo 409, n. 3, c. p. c. per le questioni controverse attinenti ai diritti soggettivi, ritenendo la materia del pubblico servizio ancorata alle questioni funzionali al soddisfacimento diretto di bisogni ed interessi generali (Cass., Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 532).

In questa materia, è destinato a comporsi il contrasto giurisprudenziale in quanto, per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004, residua la giurisdizione del Giudice Amministrativo per i soli aspetti coinvolgenti scelte autoritative, come ad esempio l'individuazione delle zone carenti per il convenzionamento con altro medico o altre questioni anteriori all'instaurazione del rapporto di convenzionamento in cui sussistono poteri discrezionali e meri interessi legittimi (Cass., Sez. Un., 12 gennaio 2003, n. 330); la giurisdizione del G. O. subentra, invece, una volta costituito il rapporto, per le questioni patrimoniali o comunque in relazione a meri comportamenti come ad esempio fatti di rilievo disciplinare.

Analoghe considerazioni in ordine agli effetti diretti ed immediati della sentenza della Corte Cost. n. 204 del 2004, si possono ribadire in merito alle controversie tra le ASL e le case di cura private convenzionate o accredite (anzi proprio una controversia di questo tipo aveva portato a sollevare la questione di costituzionalità) ad esempio concernenti le somme dovute per i relativi ricoveri.

### 3.4.Il servizio farmaceutico.

Evidenti sono gli effetti diretti ed immediati della sentenza della Corte Cost. n. 204 del 2004 sulle controversie tra le ASL e le farmacie. Il settore farmaceutico costituisce un tipico servizio pubblico svolto a favore di utenti cittadini (Cons Stato, Ad. Plen. ordinanza 3 marzo 2001, n. 1; Cons Stato, Ad. Plen., 31 maggio 2002, n. 5).

Conseguentemente va esclusa la giurisdizione del giudice amministrativo per le questioni patrimoniali tra farmacia e ASL, in precedenza ricomprese nella "materia" affidata al G. A. dal citato

articolo 33.

Naturalmente vanno impugnati davanti al giudice amministrativo i provvedimenti eventualmente adottati dall'Amministrazione nei confronti del farmacista titolare del servizio di natura sanzionatoria (ad esempio una decadenza) od organizzativa. Sussiste, inoltre, la giurisdizione del G. A. anche tutte le volte in cui vi sia l'esercizio di altri poteri autoritativi come nel caso di controversie sull'affidamento dell'attività. Resta altresì attuale quanto rilevato dal Consiglio di Stato (Cons Stato, Ad. Plen., 31 maggio 2002, n. 5) in ordine alla giurisdizione del Giudice Amministrativo estesa al silenzio – rifiuto serbato dalla Regione in ordine all'istanza di assegnazione di una sede farmaceutica trattandosi di materia coinvolgente esercizio di poteri autoritativi.

### 3.5. L'edilizia pubblica convenzionata e sovvenzionata.

Anche l'edilizia pubblica convenzionata e sovvenzionata aveva posto questioni di giurisdizione a seguito del D. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, il cui contenuto è stato riprodotto nell'articolo 7 della legge n. 205. Infatti, un orientamento, correlato all'incertezza in ordine alla definizione della nozione di servizio pubblico, aveva ritenuto che l'intero settore rientrasse nella giurisdizione per materia del Giudice Amministrativo.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 204 consente, invece, di continuare ad applicare i criteri sviluppati dalla giurisprudenza prima dell'emanazione della legge n. 205 del 2000. La giurisdizione del Giudice Amministrativo, pertanto, concerne tutti gli aspetti in cui vi sia l'esercizio di un pubblico potere e non sussiste, rientrando in quella del Giudice Ordinario, quando siano coinvolti solo aspetti di natura patrimoniale. Conseguentemente, spetta al G. A., a titolo di esempio, decidere sulla legittimità di provvedimenti amministrativi, come ad esempio il caso in cui siano in discussione graduatorie di assegnazione di aree o di alloggi mentre la giurisdizione, per effetto della sentenza della Corte Cost. n. 204 del 2004, appartiene al G. O. quando vengano in questione aspetti concernenti pretese patrimoniali quali quelle concernenti la quantificazione delle somme dovute da parte dell'assegnatario.

### 4. La materia espropriativa.

La materia espropriativa rientra sicuramente nell'ampia dizione dell'articolo 34 del D. lgs 31 marzo 1998, n. 80, riportato integralmente nell'articolo 7 della legge n. 205 e ciò a partire dalla ordinanza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, 25 maggio 2000 n. 43, che è stata pacificamente condivisa dalla giurisprudenza successiva dei giudici amministrativi ed ordinari (Cass., Sez. Un., 14 luglio 2000, n. 494; Cons. Stato, Ad. Gen., parere 29 marzo 2001, n. 124/2000; Cons. Stato, sez. IV, sent. 9 luglio 2002, n. 3819; T. A. R. per l'Emilia – Romagna, sez. staccata di Parma, sent. 4 dicembre 2002, n. 877).

Tuttavia, la individuazione degli effetti della sentenza della Corte Cost. n. 204 del 2004 sulle controversie concernenti la materia espropriativa costituisce uno degli aspetti di più difficile soluzione. Infatti, la Corte Costituzionale si è limitata a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'articolo 34 nella parte relativa ai comportamenti, mantenendo, quindi, la giurisdizione del giudice amministrativo per tutte le controversie concernenti atti e provvedimenti. Infatti, precisa la sentenza, vanno escluse dalla giurisdizione esclusiva in questa materia “ le controversie nelle quali la pubblica amministrazione non esercita – nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici – alcun pubblico potere”. Va, inoltre, considerato che la sentenza della Corte Cost. n. 204 del 2004 ha precisato, sia pure sinteticamente ma chiaramente, che resta integro “il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto” quale “strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione”.

#### 4.1. I rapporti con il Testo Unico in materia espropriativa.

La sentenza della Corte Cost. n. 204 del 2004 non ha citato e, quindi, non è intervenuta direttamente sull'articolo 53 del Testo Unico in materia espropriativa (D. P. R. 8 giugno 2001, n. 327). Questa norma, nel delineare la giurisdizione del giudice amministrativo, ha precisato che la giurisdizione esclusiva in questa materia concerne tutte le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti ad esse equiparati, conseguenti all'applicazione delle disposizioni del Testo Unico ed è, pertanto, strettamente collegata a quella dichiarata incostituzionale, in parte qua, limitatamente ai comportamenti.

Tuttavia, penso che l'articolo 53 del Testo Unico in materia espropriativa debba essere quantomeno interpretato coerentemente con quanto statuito dalla Corte Costituzionale, in attesa che intervenga una pronuncia di illegittimità costituzionale di tale disposizione sulla questione già sollevata dal T. A. R. per l'Abruzzo – Pescara con ordinanza 21 ottobre 2004.

#### 4.2. L'occupazione usurpativa.

Nella materia espropriativa raramente i comportamenti costituiscono un'attività meramente materiale e non correlata o riferibile ad un'attività provvedimentale presupposta.

Tale situazione è riscontrabile soltanto con riferimento alle ipotesi di sconfinamento nella realizzazione dell'opera pubblica o di pubblico interesse. Questa situazione, che costituisce una specie (o sottospecie) di occupazione "usurpativa" rappresenta un vero e proprio comportamento scollegato dall'esercizio del potere e dall'emanazione di atti o provvedimenti amministrativi rientrando, quindi, nella giurisdizione del Giudice Ordinario. Ma tale precisazione non è un effetto innovativo conseguente alla sentenza della Corte Cost. n. 204 del 2004 in quanto la prevalente giurisprudenza sia della Cassazione (Cass., Sez. Un., 6 giugno 2003, n. 9139) che dei giudici amministrativi (Cons. Stato, sez. IV, 9 luglio 2002, n. 3819) si era già orientata nel senso di attribuire al Giudice Ordinario ogni questione concernente l'occupazione usurpativa.

Tale interpretazione è stata elaborata, altresì, nell'altra ipotesi di occupazione usurpativa in cui la realizzazione dell'opera è avvenuta non in totale carenza di una dichiarazione di pubblica utilità ma in presenza della stessa che, poi, è stata annullata con effetto retroattivo, dal giudice amministrativo (T. A. R. per l'Emilia – Romagna, sez. staccata di Parma, 12 ottobre 2004, n. 669). Anche in tal caso l'esercizio del potere della pubblica amministrazione non avrebbe, secondo detto orientamento, rilievo giuridico in ordine all'operatività dell'istituto della occupazione usurpativa. Del resto il provvedimento amministrativo (dichiarazione di pubblica utilità o atto equipollente) è stato eliminato, con effetto ex tunc, dal mondo giuridico in virtù della sentenza del giudice amministrativo.

Alcune problematiche complesse si pongono anche in queste situazioni nel caso in cui intervenga, nelle more del giudizio restitutorio o risarcitorio davanti al Giudice Ordinario, un atto di acquisizione della Pubblica Amministrazione ai sensi dell'articolo 43 del Testo Unico in materia espropriativa, la cui eventuale impugnativa, trattandosi di un provvedimento amministrativo, dovrebbe essere proposta davanti al Giudice Amministrativo.

Il sistema, tuttavia, potrebbe ritenersi razionalizzato anche ai fini delle concentrazione dei giudizi, auspicata dalla stessa sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004 al fine di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, ritenendo che una volta proposta la causa restitutoria davanti al G. O. sia preclusa l'emanazione di un provvedimento di acquisizione dovendo la Pubblica Amministrazione proporre davanti al giudice ordinario stesso la domanda, subordinata al riconoscimento della fondatezza della pretesa del privato illegittimamente espropriato, di essere condannata al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene, come consentito dal citato articolo 43, terzo comma, del citato Testo Unico in materia espropriativa, in alternativa all'emanazione del provvedimento amministrativo di acquisizione.

E', a mio parere, preferibile un'altra opzione interpretativa anche se, al momento minoritaria e non condivisa dalla Cassazione per quanto concerne l'ipotesi di occupazioni usurpative in cui la irreversibile trasformazione del fondo e la realizzazione dell'opera pubblica avviene in vigenza di una dichiarazione di pubblica utilità, esplicita od implicita nell'approvazione di un progetto, ancorchè annullata, poi, dal giudice amministrativo. In tal caso nel momento in cui è tenuto il

comportamento (che diverrà illecito a seguito dell'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità) esso avveniva in attuazione di un provvedimento autoritativo ed esecutivo e, quindi, connesso con l'esercizio di un potere espropriativo. Vero è che l'annullamento, con effetto retroattivo, della dichiarazione di pubblica utilità ha fatto venir meno l'esistenza del potere; tuttavia in questa particolare ipotesi l'operatività dei rimedi all'occupazione usurpativa, (sempre che non intervenga un provvedimento amministrativo di acquisizione ex articolo 43 del T. U. in materia espropriativa) sembrano porsi come una vera e propria forma di risarcimento danni conseguente all'annullamento del provvedimento. Quindi, alla luce di quanto affermato dalla stessa sentenza della Corte Costituzionale la domanda risarcitoria dovrebbe essere attratta alla giurisdizione del giudice amministrativo; tale interpretazione assicurerebbe anche l'auspicata concentrazione dei giudizi, insita nell'articolo 7 della legge n. 205, che costituisce un obiettivo espressamente contemplato dalla sentenza della Corte Costituzionale stessa, al fine di non costringere il ricorrente, una volta ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo con l'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità, ad adire il giudice ordinario per vedersi riconosciuto il risarcimento danni a seguito dell'operare dell'istituto dell'occupazione usurpativa.

Non così per le occupazioni usurpative scollegate da ogni provvedimento e dalla dichiarazione di pubblica utilità, costituendo queste ultime dei meri comportamenti materiali, *sine titulo ab origine*, per le quali, in applicazione dei principi della Corte Costituzionale stessa la giurisdizione non può che essere del Giudice Ordinario.

#### 4.3. L'occupazione acquisitiva.

Più complesso è valutare gli effetti della sentenza della Corte Cost. n. 204 del 2004 per quanto concerne la giurisdizione in materia di occupazione acquisitiva.

In proposito le prime sentenze dei giudici amministrativi sembrano orientate prevalentemente a ritenerla devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario. Tuttavia tale orientamento non appare condivisibile. Va, infatti, attribuito rilievo a quanto sostenuto dalla stessa sentenza della Corte Cost. n. 204 del 2004 la quale ha precisato che rientrano nella giurisdizione del Giudice Amministrativo le questioni coinvolgenti l'esercizio di un potere dell'Amministrazione. Tale principio ha sicuramente valenza interpretativa nel definire il concetto di comportamento.

E' opportuno richiamare, sia pure brevemente, i caratteri fondamentali dell'istituto, come delineato dalla giurisprudenza anche costituzionale.

Ciò che caratterizza l'occupazione "appropriativa" e la differenzia da quella "usurpativa" è la presenza e legittimità della dichiarazione di pubblica utilità dell'opera che caratterizza e qualifica il successivo comportamento dell'Amministrazione o, comunque, dell'espropriante, ancorchè illecito per il venir meno o per la mancata emanazione del decreto di esproprio. Quando vi è la dichiarazione di pubblica utilità, non annullata dal giudice amministrativo, l'apprensione del bene e la sua irreversibile trasformazione al fine di realizzare l'opera pubblica, è "pur sempre espressione di un potere ablativo, anche se esercitato scorrettamente, e non di un comportamento materiale non sorretto da alcun potere" (Cass. Civ., Sez. Un., 25 novembre 1992, n. 12546). La stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale è consolidata nel senso di collegare l'operatività dell'occupazione acquisitiva all'esercizio di un potere differenziandola dalla occupazione usurpativa. Già con la sentenza n. 384 del 1990 aveva precisato che "l'articolo 42 della Costituzione non implica la necessità che la potestà espropriativa si traduca sempre in atti ablativi di carattere generale e secondo procedure costanti. Tale potestà può esplicarsi anche attraverso procedure inusuali, purchè sorrette dal pubblico interesse" con ciò respingendo le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 3 della legge 27 ottobre 1998, n. 458 che aveva sostanzialmente esteso l'occupazione appropriativa alle opere di edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata. La stessa valutazione si riscontra nella sentenza della Corte Costituzionale n. 148 del 30 aprile 1999 (vedi altresì Corte Cost. 4 febbraio 2000, n. 24) che ha riconosciuto la legittimità costituzionale dell'articolo 3, comma 65, della legge n. 662 del 1996 che ha previsto un risarcimento danni non integrale, ossia inferiore al valore dell'area, per le occupazioni illegittime dei suoli, anteriori al 30 settembre 1996, soltanto perché giustificate da una causa di pubblica utilità; invece, la Corte Cost. precisa che "in mancanza di una valida dichiarazione di pubblica utilità (cui viene equiparata la

dichiarazione di pubblica utilità annullata perché illegittima) si è al di fuori delle ipotesi contemplate” e, quindi, va riconosciuto un risarcimento integrale.

La stessa Cassazione (Cass. Civ., Sez. Un., 14 aprile 2003, n. 5902; Cass. Civ., Sez. Un., 6 maggio 2003, n. 6853) ha collocato l’occupazione appropriativa alla base della quale deve, comunque, esservi una valida dichiarazione di pubblica utilità “in un contesto di regole sufficientemente accessibili, precise, prevedibili, ancorate a norme giuridiche che hanno superato positivamente il vaglio di costituzionalità” che differenziano l’istituto dalla generica ed indeterminata apprensione *sine titulo* del bene, ravvisandovi, comunque, l’esercizio di un pubblico potere.

Del resto le ragioni giuridiche che talora impediscono la restituzione dell’area in presenza di un’occupazione “usurpativa” sono del tutto civilistiche, a differenza di quanto avviene nell’occupazione appropriativa in cui rilevano, come sopra esposto, principi pubblicistici. Infatti, nel caso dell’occupazione usurpativa, talora si richiama l’articolo 938 c.c., altre volte l’articolo 2058, secondo comma, c. c. oppure l’articolo 2933, secondo comma c.c. o, infine, “l’atto abdicativo implicito nella proposizione dell’azione di risarcimento danni” (Cass. Civ., Sez. Un., 4 marzo 1997, n. 1907).

In definitiva l’essere l’occupazione acquisitiva, a differenza di quella usurpativa, comunque, espressione di un legittimo potere ablatorio, ancorché mal esercitato, radica la giurisdizione del giudice amministrativo anche in applicazione della sentenza della Corte Cost. n. 204 del 2004.

Infatti, l’occupazione acquisitiva è un istituto creato per garantire il risarcimento dei danni per la perdita della proprietà dell’area proprio a seguito della realizzazione dell’opera in esecuzione di un provvedimento di esproprio o di occupazione d’urgenza, ancorché venuto meno per effetto dell’annullamento giurisdizionale da parte del giudice amministrativo, qualora non resti travolta anche la dichiarazione di pubblica utilità, e costituisce un risarcimento per equivalente, non essendo possibile la reintegrazione in forma specifica costituita dalla retrocessione dell’area.

Ciò indirettamente comporta l’inammissibilità di un’azione possessoria davanti al Giudice Amministrativo, contrariamente a quanto affermato anteriormente alla sentenza della Corte Cost. n. 204 del 2004 (cfr tra le tante Cass., Sez. Un., 11 marzo 2004, n. 5055, ord.; Cass., Sez. Un., 27 giugno 2003, n. 10289; T.A.R. per la Puglia, 3 marzo 2004; T. A. R. per l’Umbria, 4 settembre 2002; Cons. Stato, sez. V, ord. 6 marzo 2001, n. 1456), in quanto tali azioni sono correlate a meri “comportamenti” di spossessamento che costituiscono, in questa materia, le ipotesi che integrerebbero, una volta che si realizzi la irreversibile trasformazione del fondo diretta a realizzare l’opera pubblica, l’occupazione usurpativa.

Del resto, le ragioni per cui, secondo la Cassazione, l’istituto dell’occupazione appropriativa non è in contrasto con la Carta Europea dei diritti dell’Uomo, in particolare per quanto concerne il doveroso rispetto del diritto di proprietà, sancito dall’articolo 1 del prot. 1, contrariamente a quanto affermato dalla Corte Europea dei diritti umani in data 30 maggio 2000, derivano proprio dalla non configurabilità di un mero comportamento *sine titulo* nel caso dell’occupazione acquisitiva, in cui cui sussiste una dichiarazione di pubblica utilità valida ed efficace che giustifica il sacrificio del privato a vantaggio del pubblico interesse (Cass., sez. I, 11 giugno 2004, n. 11096).

#### 4.4. L’atto di acquisizione di cui all’articolo 43 T. U..

Il Testo Unico in materia espropriativa, per quanto rileva in questa sede, ha introdotto un nuovo istituto all’articolo 43 anch’esso diretto, come precisato nel parere reso dal Consiglio di Stato, Adunanza Generale, 29 marzo 2001, n. 4, a “regolarizzare” a posteriori attraverso l’emanazione di un atto di acquisizione i casi di realizzazione dell’opera in mancanza di decreto di esproprio o di dichiarazione di pubblica utilità, determinando un nuovo assetto normativo dell’istituto ed operando una sorta di chiusura del sistema.

L’articolo 43 del Testo Unico in materia espropriativa disciplina due distinte situazioni.

In primo luogo, prevede la possibilità per l’Amministrazione, a seguito di una propria valutazione discrezionale, di emanare un provvedimento di acquisizione, in caso di utilizzo di un bene immobile per realizzare un’opera pubblica, in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo di pubblica utilità o in caso di annullamento dell’atto dal quale è sorto il vincolo preordinato all’esproprio, per scopi di pubblico interesse e dopo aver valutato gli interessi in conflitto. Si tratta di un’ampia previsione di situazioni di fatto riconducibili sia ai presupposti

materiali dell'occupazione appropriativa sia a quella usurpativa, come emerge dallo specifico riferimento ai casi di mancanza della dichiarazione di pubblica utilità.

La seconda ipotesi presuppone una controversia in atto avente ad oggetto l'impugnativa di qualunque atto del procedimento espropriativo, sia dell'atto impositivo del vincolo preordinato all'esproprio sia della dichiarazione di pubblica utilità sia del decreto di esproprio. In questo caso l'Amministrazione intimata e resistente o chi utilizza il bene che, comunque, confida nel rigetto del ricorso, può chiedere in via subordinata di essere condannata al risarcimento dei danni, in caso di accoglimento della domanda del ricorrente, in luogo della restituzione del bene.

Tale domanda, secondo l'orientamento prevalente sembra proponibile dall'Amministrazione o da chi utilizza il bene anche in sede di ottemperanza (T. A. R. Emilia Romagna, sez. I, 27 ottobre 2003, n. 2160).

Si tratta, quindi, dell'emanazione di un provvedimento amministrativo, sicuramente impugnabile davanti al giudice amministrativo. Pertanto, il riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo per quanto concerne l'occupazione appropriativa consentirebbe la concentrazione dei giudizi su unica vicenda.

Una diversa interpretazione diretta a radicare la giurisdizione del giudice ordinario per il "comportamento" integrante gli estremi dell'occupazione appropriativa rischierebbe di costringere ad una prima impugnativa degli atti di esproprio davanti al giudice amministrativo, ad un secondo giudizio davanti al giudice ordinario se nelle more è stata realizzata l'opera pubblica o di pubblica utilità, ad un terzo giudizio davanti al giudice amministrativo per impugnare l'atto di acquisizione ex articolo 43 del Testo Unico e, in caso di annullamento dello stesso, ad un nuovo giudizio davanti al giudice ordinario. Tutto ciò in contrasto con le esigenze di effettività di tutela giurisdizionale e di concentrazione dei giudizi richiamate nella stessa sentenza della Corte Cost. n. 204 del 2004.

#### 4.5. La rilevanza delle innovazioni procedurali del T. U. in materia espropriativa.

Le innovazioni procedurali contenute nel Testo Unico in materia espropriativa, di cui al D. P. R. 8 giugno 2001, n. 327, e successive modificazioni, inducono ad ulteriori riflessioni.

Innovando rispetto alla legge espropriativa fondamentale 25 giugno 1865, n. 2359 nonché rispetto a tutte le successive disposizioni riguardanti i procedimenti espropriativi, l'articolo 8 del T. U. ha puntualmente identificato le fasi del procedimento espropriativo. La prima di esse è costituita dalla previsione dell'opera nello strumento urbanistico generale o in un atto equipolente. Quindi, è l'atto d'imposizione del vincolo preordinato all'esproprio apposto sul bene da espropriare che individua l'inizio dell'espropriazione. La dichiarazione di pubblica utilità è, invece, il secondo atto del procedimento espropriativo.

L'attenzione del legislatore, infatti, si concentra proprio sul provvedimento impositivo del vincolo sia disciplinandone la vigenza quinquennale sia attraverso puntuali disposizioni dirette a garantire, anche in questa fase, la partecipazione del privato e la sua tutela.

Quindi la localizzazione dell'opera e l'assoggettamento del bene alle finalità di pubblico interesse cui è preordinata l'espropriazione avviene proprio in questa fase e non più in quella successiva di dichiarazione pubblica utilità. Quest'ultima, infatti, viene a porsi come esecuzione della scelta di localizzazione già operata con il vincolo e non può discostarsi dallo stesso, se non previa modifica dell'atto programmatico.

In definitiva la "dichiarazione formale del fine pubblico o di pubblico interesse perseguito non appare più riconducibile alla dichiarazione di pubblica utilità ma il collegamento del comportamento con l'esercizio del potere autoritativo va rintracciato nella concreta attuazione della scelta programmatica, operata attraverso il vincolo urbanistico" (Cass., Sez. Un., 11 marzo 2004, n. 5055). Pertanto, l'occupazione effettiva del bene al fine di realizzare l'opera pubblica va qualificata come espressione di poteri autoritativi e non di meri comportamenti materiali quando è ravvisabile un'attinenza con il governo del territorio ossia una coerenza con le previsioni programmatiche dello strumento urbanistico.

Pertanto, ove la decisione della Corte Costituzionale n. 204, con riferimento all'articolo 34 citato, sia intesa come sottrazione alla giurisdizione al G. A. in favore del G. O. delle controversie concernenti i meri comportamenti non collegati con l'esercizio del potere autoritativo, allora la giurisdizione del

G. A. può ritenersi radicata, anche dopo la sentenza 204, tutte le volte in cui, a prescindere dall'avvenuto annullamento di qualche atto del procedimento espropriativo (sia esso il decreto di esproprio che la dichiarazione di pubblica utilità) tale comportamento sia comunque esplicazione di poteri attinenti al governo del territorio e, cioè, sia diretto a dare attuazione, sia pure illegittimamente per quanto concerne le successive fasi procedurali, alla previsione programmatica imposta con il vincolo urbanistico.

#### 4.6. La giurisdizione sugli accordi in materia espropriativa.

Resta la giurisdizione del G. A. quando si tratta di strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo come nel caso degli accordi in materia espropriativa inquadrabili, secondo un orientamento tra quelli di natura pubblicistica (tra le tante Cass. Civ. 21 novembre 2003, n. 17709) che, appunto, presuppongono l'esistenza di un potere autoritativo. Si pensi al caso della cessione volontaria dell'area oggetto di un procedimento espropriativo che è alternativa all'emanazione del decreto di esproprio. Ciò non tanto perché l'articolo 53 del Testo Unico in materia espropriativa, non toccato dalla sentenza della Corte Cost. n. 204 del 2004, li ha espressamente inclusi nell'ambito della giurisdizione del Giudice Amministrativo quanto per le puntuali precisazioni della Corte Costituzionale stessa che esclude dalla nozione di comportamenti, ai fini della delimitazione della giurisdizione del giudice Ordinario, anche le ipotesi in cui la pubblica amministrazione esercita un pubblico potere avvalendosi della facoltà, conferita dalla legge, di adottare strumenti intrinsecamente privatistici.

Del resto la connessione con l'esercizio di un potere aveva indotto già in passato la giurisprudenza (tra le tante Cass. Civ., 2 marzo 1999, n. 1730) ad ammettere la retrocessione dei beni oggetto dell'accordo in caso di mancata realizzazione dell'opera così come successivamente confermato, a livello normativo, dall'articolo 45, ultimo comma, del Testo Unico in materia espropriativa coerentemente con la precisazione che l'accordo di cessione produce gli effetti del decreto di esproprio.

Naturalmente ogni questione relativa alla quantificazione del corrispettivo resta al Giudice Ordinario ed è da ritenere, per effetto della sentenza Corte Cost. n. 204 del 2004, che vi sia devoluta anche ogni controversia concernente l'inadempimento quale il mancato pagamento della somma. Infatti, ai sensi dell'articolo 45, terzo comma, del T. U. l'inadempimento non determina il venir meno degli effetti dell'accordo di cessione volontaria ed è, pertanto, scollegata dagli effetti autoritativi della stessa.

#### 4.7. La retrocessione totale.

Per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 tornano al giudice ordinario le controversie concernenti la retrocessione totale (Corte di Cassazione, Sez. Un. Civ., Sent. 16 novembre 2004 n. 21635). Infatti, il mancato utilizzo del bene espropriato per le finalità previste, come nel caso in cui l'opera pubblica non venga realizzata, costituisce un mero comportamento illecito che consente all'espropriato di riottenere la proprietà del bene stesso.

Naturalmente, in caso di realizzazione dell'opera, ancorché di natura diversa o successivamente alla scadenza dei termini di validità della dichiarazione di pubblica utilità, l'istituto dell'occupazione appropriativa, ove ne sussistano i presupposti, potrebbe costituire un limite alla retrocessione.

#### 5. L'urbanistica e l'edilizia.

Gli effetti della sentenza della Corte Costituzionale appaiono, invece, piuttosto limitati nella materia urbanistica ed edilizia. Infatti, sia a livello di pianificazione sia a livello di attuazione delle scelte urbanistiche si riscontra sempre l'esercizio di poteri autoritativi da parte dell'Amministrazione.

Del resto anche nei casi di attività amministrativa "concordata" resta la giurisdizione del G. A. quando gli strumenti negoziali sono utilizzati in sostituzione del potere autoritativo come nel caso

degli accordi inquadrabili tra quelli di cui all'articolo 11 della legge n. 241 del 1990 (sembra seguire questa tesi, sia pure in una fattispecie diversa concernente un servizio pubblico di trasporto, Cons. Stato, sez. IV, 5 ottobre 2004, n. 6489).

Sono, pertanto, devolute al giudice amministrativo le questioni di diritto soggettivo o di interesse legittimo concernenti le convenzioni urbanistiche e/o i piani lottizzazione, ancorchè d'iniziativa privata, siano esse una *species* degli accordi di cui all'articolo 11 della legge n. 241 del 1990 sia che non siano riconducibili a questi in quanto l'incidenza del potere autoritativo si verifica comunque; basti pensare alla possibilità per la P. A. di modificare la pianificazione urbanistica presupposta e, se adeguatamente motivata, di porre nel nulla lo stesso piano di lottizzazione ove sussista un interesse pubblico prevalente.

Pertanto, le controversie concernenti l'esecuzione, ad esempio delle opere di urbanizzazione che, in sede di convenzione, sono state poste a carico del privato, restano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ove se ne contesti l'obbligo di esecuzione ed il diritto dell'Amministrazione. Naturalmente, la giurisdizione sarà del Giudice Ordinario, per effetto della sentenza della Corte Cost. n. 204, quando la controversia concerne le modalità di materiale realizzazione delle opere stesse nella fase di effettiva realizzazione.

Chiaramente, va condiviso quanto rilevato dal Tar Toscana, Firenze, sez. I, 6 ottobre 2004, n. 4201, con sentenza pronunciata successivamente alla sentenza della Corte Cost. n. 204 che ha ravvisato la giurisdizione del G. O. in una controversia concernente l'ingiunzione di pagamento alla compagnia assicurativa garante della realizzazione delle opere di urbanizzazione in quanto non rientrante nella materia urbanistica ed edilizia.

Anche in materia edilizia gli effetti della sentenza della Corte Costituzionale n. 204 appaiono limitati. Ogni controversia concernente il rilascio o il mancato rilascio di una concessione od autorizzazione coinvolge provvedimenti o il mancato esercizio di un potere amministrativo. Anche la contestazione della D. I. A. (denuncia di inizio attività) rientra nella giurisdizione amministrativa in quanto qualificata dalla giurisprudenza prevalente come "titolo legittimante", al pari della concessione e dell'autorizzazione, e spesso viene espressamente definita in questi termini dalla legislazione regionale. Anche il controllo su eventuali abusi edilizi, per l'adozione di provvedimenti repressivi o sanzionatori coinvolge l'esercizio di poteri autoritativi e, quindi, le controversie sono devolute al giudice amministrativo. Analogamente, anche le controversie che riguardano la determinazione degli oneri di urbanizzazione sono devolute al giudice amministrativo. Infatti, dette controversie molto spesso concernono non solo la mera quantificazione ma proprio la contestazione delle tabelle regionali e comunali che li determinano che, secondo la giurisprudenza prevalente, vanno impugnate nei termini di decadenza propri dell'impugnativa degli atti amministrativi generali, ossia nel momento in cui acquistano un carattere di lesività con i requisiti dell'attualità.

Anche in materia edilizia vale il principio espresso dalla sentenza del T.A.R. per la Toscana, sopra riportata, per cui quando la controversia non riguarda la materia edilizia in senso proprio o coinvolge la materiale effettuazione di prestazioni patrimoniali la giurisdizione sarà del giudice ordinario.

## 6. La vigilanza e controllo.

Nulla è innovato, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004, per quanto concerne la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di vigilanza e controllo nei confronti del gestore del servizio pubblico, nella materia della vigilanza sul credito, sulle associazioni e sul mercato mobiliare, sul servizio farmaceutico, trasporti, telecomunicazioni ed i servizi di cui alla legge n. 481/95. Analogamente, accade nelle altre ipotesi in cui la normativa di settore prevede l'esercizio di un potere di vigilanza sia che comporti un controllo sull'attività sia che si estrinsechi anche nella possibilità di emanare atti di amministrazione attiva quali ad esempio la nomina di commissari straordinari, l'irrogazione di sanzioni o lo scioglimento degli organi dell'ente. In tutte queste questioni sono ravvisabili aspetti riconducibili al potere autoritativo della Pubblica Amministrazione.

Quando il potere pubblicistico, ancorchè previsto, non venga esercitato e la controversia rientri nell'ambito delle questioni civilistiche come ad esempio l'impugnativa di una deliberazione assembleare, la cognizione della stessa appartiene al Giudice Ordinario (Cons. Stato, sez. IV, 14

ottobre 2004, n. 6670). Parimenti, esula dalla giurisdizione del G. A. ogni controversia concernente la possibilità di recesso unilaterale da parte di un Ente Locale da una società mista costituita per lo svolgimento di un servizio pubblico, essendo questo aspetto disciplinato dal diritto comune e non essendo configurabile un intervento autoritativo ancorché frutto dell'esercizio di un potere di autotutela (Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6867)

#### 7. Cenni al risarcimento danni.

Nulla è innovato, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004, per quanto concerne la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di risarcimento danni. La Corte Costituzionale, infatti, ha precisato che il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla giurisdizione del giudice amministrativo "bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio e/o conformativo, da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione".

L'attribuzione di tale potere al giudice amministrativo consente il superamento della regola che imponeva, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento dei danni anche in forma specifica.