



**RIPARTO DI GIURISDIZIONE ATTO SECONDO:
LA CORTE COSTITUZIONALE FA CHIAREZZA SUGLI EFFETTI
DELLA SENTENZA 204 IN TEMA DI COMPORAMENTI
“ACQUISITIVI”***

di

Maria Alessandra Sandulli

(Professore Ordinario di Giustizia Amministrativa nell'Università degli Studi Roma Tre)
24 maggio 2006

Corte costituzionale, 11 maggio 2006 n. 191 – Pres. Marini – Est. Vaccarella -

Giurisdizione ordinaria e amministrativa – Occupazione senza titolo – Irreversibile trasformazione del bene - Accessione invertita – Risarcimento del danno – Effetti della sentenza C. cost. n. 204 del 2004 – Operata dichiarata di p.u. – Giurisdizione del giudice amministrativo – *Ratio* – Art. 53 d.P.R. n. 327 del 2001 (t.u. espr.) – Parziale illegittimità costituzionale.

Alla stregua dei principi già affermati dalla sentenza n. 204 del 2004, l'art. 53 del d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 (t.u. espropriazioni) è costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt 100 e 103 Cost., 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 mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere.

Con la recentissima sentenza n.191 dell'11 maggio scorso la Corte Costituzionale è intervenuta a far luce su una delle questioni più dibattute in tema di riparto delle giurisdizioni, rimasta tale anche – ed anzi riaccesa - dopo la nota sentenza 204 del 2004: l'individuazione del giudice competente a conoscere delle controversie concernenti i “*comportamenti*” delle

* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nella rivista giuridica dell'edilizia.

amministrazioni pubbliche, e dei soggetti equiparati, in materia di espropriazione per pubblica utilità.

Il problema si pone, come noto, in riferimento alla occupazione – realizzata in difetto di un titolo legittimo o protratta nonostante la scadenza di quest’ultimo – di un bene per asseriti fini di pubblica utilità e ai danni eventualmente derivanti dalla c.d. “*accessione invertita*” del medesimo al patrimonio pubblico per effetto della sua irreversibile trasformazione in un’opera pubblica (secondo la costruzione risalente alla notissima sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite 26 febbraio 1983 n. 1464) .

Il tema era stato subito al centro del dibattito, in seguito alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma (art. 34 del vecchio d.lg. 80/1998, “*salvato*” dall’art. 7 l. 205/2000) che, nell’ambito del nuovo criterio di riparto della giurisdizione per “*blocchi di materie*” attribuiva alla competenza esclusiva del g.a. i “*comportamenti*” dell’amministrazione in materia urbanistica ed edilizia.

Sviluppando il ragionamento svolto nella prima parte della pronuncia, la sentenza 204, come noto, affermò a tale riguardo che la giurisdizione esclusiva è costituzionalmente legittima soltanto quando l’Amministrazione agisce come “*autorità*” (anche se utilizzando gli strumenti privatistici sostitutivi del provvedimento, che sono sostanzialmente quelli previsti dall’art.11 l.241 del 1990) e dunque, sostanzialmente, quando la materia, “*sarebbe comunque soggetta alla giurisdizione generale di legittimità*”. In particolare, come testualmente ricordato nella sentenza in commento, l’iter argomentativo seguito nel 2004 si fondava sulla premessa del “*necessario collegamento delle “materie” assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del g.a. con la natura delle situazioni soggettive – e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria e amministrativa – espresso dall’art. 103 laddove statuisce che quelle materie devono essere “particolari” rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo*”.

Tralasciando in questa sede le perplessità suscitate dalle predetti statuizioni, che, come fu immediatamente rilevato¹, sembravano in definitiva risolversi nel senso che la giurisdizione esclusiva non avrebbe potuto comunque estendersi ai diritti (il che però sarebbe

¹ Mi sia consentito rinviare agli scritti raccolti in M.A. SANDULLI, a cura di, *Le nuove frontiere della giustizia amministrativa tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Quaderno del Foro amm.-TAR, Milano, Giuffrè, 2005. Il dibattito dottrinario e giurisprudenziale sulla questione è ampiamente riportato da F. CARINGELLA, *Corso di dir. proc. amm.*, Milano, Giuffrè, 2005, 550.

equivalso ad escluderne *tout court* la compatibilità costituzionale), ci si interrogò immediatamente sugli effetti che essa era in grado di produrre sull'individuazione del giudice competente a decidere delle controversie in tema di accessione invertita conseguente ad una occupazione illegittima (c.d. usurpativa) o semplicemente a non seguita da tempestivo decreto di esproprio (c.d. acquisitiva).

In sede di primo commento sulla pronuncia², mi sembrò che la posizione espressa dalla Corte imponesse la seguente chiave di lettura: nel primo caso (occupazione effettuata sulla base di un provvedimento successivamente annullato) l'effetto acquisitivo derivante dalla realizzazione dell'opera trae comunque la sua fonte da un potere, ancorché illegittimamente esercitato, con la conseguenza che la decisione sulla restituzione del bene o sul risarcimento, in quanto consequenziale all'annullamento della dichiarazione di p.u. o dell'atto di occupazione, sarebbe dovuto ricadere nella giurisdizione del giudice amministrativo (la posizione contrastava però con l'orientamento fino ad allora espresso dalla Cassazione: cfr. [Sez. Un., 6 giugno 2003 n. 9139](#) e, da ultima prima della sentenza 204, 9 giugno 2004 n.10978); di contro, nell'ipotesi di occupazione legittima, ma non seguita nei termini dal decreto di esproprio, l'effetto acquisitivo, prescindendo da un "*atto o provvedimento*" della p.A. e anzi conseguendo ad un "*comportamento*" inerte della stessa in ordine alla successiva adozione di un provvedimento definitivo di acquisizione (decreto di esproprio), non aveva alcuna correlazione con l'esercizio di un potere. Con la conseguenza che il giudizio sulla restituzione del bene o sul risarcimento per equivalente dello stesso, non implicando alcun sindacato sulla funzione amministrativa, sarebbe dovuto rientrare a pieno titolo nella esclusiva competenza del giudice ordinario³.

Sulla questione si è aperto, come era prevedibile, un vivace conflitto tra giudici ordinari e giudici amministrativi. In particolare, mentre il Consiglio di Stato ha riconosciuto la propria giurisdizione su "*qualunque lite suscitata da lesioni del diritto di proprietà provocate, in area urbanistica, dalla esecuzione di provvedimenti autoritativi degradatori, venuti meno o per annullamento o (come nella specie) per sopraggiunta inefficacia ex lege*", circoscrivendo la nozione di "*comportamenti*" – sottratti alla giurisdizione esclusiva – alle condotte poste in essere "*fuori dell'esplicazione del potere (con attività materiale, voi de fait, manifestazioni abnormi del pubblico potere etc.)*"⁴, la Corte di Cassazione era di opposto avviso⁵

² M. A SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte Cost. n.204 del 2004, in Riv. giur. edil.2004, I, 121* ss.

³ La proposta soluzione è stata condivisa recentemente da [TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 2 marzo 2006 n. 500](#), in *federalismi.it*.

⁴ [Cons. St., Ad. Plen., 30 agosto 2005 n. 4](#) e [16 novembre 2005 n. 9](#).

Da ultimo, il dibattito si è riaperto in termini ancora più forti (con buona grazia per la certezza del diritto e per lo stesso rispetto del principio costituzionale del giudice naturale precostituito dalla legge⁶!) quando, a pochi giorni di distanza, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (con [sent. 23 gennaio 2006 n. 1207](#)), negando valore cogente al principio di necessaria concentrazione della tutela, del quale costituisce irrinunciabile corollario l'attribuzione della tutela risarcitoria al medesimo giudice che abbia conosciuto la pretesa sostanziale, hanno affermato che l'azione di risarcimento dei danni conseguenti all'annullamento degli atti del procedimento di occupazione sarebbe – alternativamente – esperibile dinanzi al g.a., se proposta nel corso del medesimo giudizio di annullamento, ovvero dinanzi al g.o., se proposta in via autonoma successivamente alla conclusione di tale giudizio⁷; mentre il Consiglio di Stato (Ad. Plen. n. 2 del 9 febbraio 2006), su una linea che chi scrive non può mancare di condividere, ribadiva la competenza del g.a. a conoscere della medesima azione anche in sede di ottemperanza⁸.

Nell'attesa di un auspicabile ripensamento da parte della S.C., la *"luce"* è venuta dalla stessa Corte costituzionale, che, con la sentenza in commento (a firma del medesimo relatore della sentenza n. 204), ha specificamente affrontato il problema dell'applicazione dei principi affermati nel 2004 alla materia espropriativa: questione sollevata in riferimento all'art. 53 d.P.R. n. 327/2001 (t.u. espropriazioni) nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del g.a. tutte le controversie relative a *"i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad essa equiparati"*, senza escludere quelli non riconducibili, neppure mediamente, all'esercizio di un pubblico potere.

Assai opportunamente la Corte pone preliminarmente l'accento sulla natura meramente processuale della disposizione e sulla conseguente *"non implausibilità"* della tesi

⁵ Tra le altre, [Sez. Un., ordd. 4 novembre 2004 n. 21099](#) e [21 novembre 2004 n. 21944](#).

⁶ In argomento si veda il commento congiunto alle due pronunce di G.MARI, *L'azione risarcitoria proposta dopo il passaggio in giudicato della sentenza caducatoria: giurisdizione e proponibilità in sede di ottemperanza*, in *Foro Amm.-CdS*, 2006 (in corso di pubblicazione).

⁷ In particolare, l'ordinanza afferma che allorquando non venga in rilievo 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 del g.a. – la giurisdizione sulla domanda risarcitoria spetta al giudice ordinario, *"non operando ... la connessione legale tra tutela demolitoria e risarcitoria"*.

⁸ La sentenza ha in proposito coerentemente osservato che *"la scelta di un momento successivo, per prospettare la domanda consequenziale, non giustifica una diversa competenza giurisdizionale"*, non soltanto sul piano testuale, posto che le disposizioni che hanno attribuito al g.a. il potere di disporre del risarcimento del danno non impongono alcuna prescrizione di contestualità fra sindacato di legittimità e cognizione degli effetti di ordine patrimoniale, ma ancor più sotto il profilo piano logico-sistematico, non potendo trovare spazio *"una tesi che lasci 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"*.

(fatta propria dai giudici remittenti) che la ritiene immediatamente applicabile – a differenza della norma sostanziale contenuta nell’art. 43 del medesimo t.u., operante soltanto in relazione ai progetti dichiarati di p.u.⁹ - alle controversie e ai procedimenti in corso, indipendentemente dal momento in cui il progetto è stato dichiarato di p.u.).

La decisione richiama quindi il valore decisivo del passaggio – di cui testualmente sottolinea la natura di “*statuizione e non già obiter dictum*” – nel quale la sentenza n. 204 ha dichiarato che “*il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una “materia” attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*”.

Da questa – fondamentale – premessa il giudice delle leggi ricava, con perfetta coerenza, la inaccettabilità (nettissima l’affermazione: “*i principi appena ricordati IMPONGONO di escludere*”) della tesi che vorrebbe invece riservare al g.o. le azioni tese all’ottenimento della mera tutela risarcitoria, con ciò sottraendo una parte della tutela “*rimediale*” al “*giudice naturale della legittimità dell’esercizio della funzione pubblica*” (competente a giudicare della pretesa sostanziale), in spregio al principio di effettività e celerità della tutela giurisdizionale garantiti dall’art. 24 Cost..

Applicando i predetti principi alla questione specificamente sottoposta, la sentenza ha quindi evidenziato la necessità di affrontare il problema sotto il profilo della giurisdizione sulla pretesa sostanziale e dunque della compatibilità costituzionale dell’indiscriminato affidamento alla giurisdizione esclusiva del g.a. tutte le controversie relative a “*i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad essa equiparati*” in materia di espropriazione.

Operando ancora una volta in perfetta coerenza con la sentenza n. 204 (già confermata dalla sentenza 281), la Corte la risolve in senso affermativo, in quanto, prescindendo da ogni qualificazione di tali comportamenti, la disposizione ripropone il vizio, già riscontrato da

⁹ Trattasi della discussa disposizione che attribuisce all’amministrazione il potere di appropriarsi in via definitiva delle opere illecitamente acquisite (su cui si vedano i rilievi critici espressi dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. I, 20 aprile 2006, *De Sciscio c. Italia*, Id., *Immobiliare Cerro s.a.s. c. Italia*, 23 febbraio 2006, e le osservazioni di G. MARI, *Sulla conformità del potere di acquisizione ex art. 43 t.u. Espropriazioni ai principi di legalità e di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, fasc. 4., 1303; M. COMPORTI, *La nozione europea della proprietà e il giusto indennizzo espropriativo*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, fasc. 1, 10; F. GOGGIAMANI, *La potestà di cui all’art. 43 d.P.R. 327 del 2001 tra illegittimità ed illiceità*, in www.giustamm.it, 2006): la Corte – correttamente - condivide la premessa ricostruttiva svolta dalle ordinanze di rimessione, che ne limitano l’applicazione ai progetti dichiarati di p.u. successivamente all’entrata in vigore del relativo decreto di approvazione (30 giugno 2003). Anche su questo punto si era registrato un contrasto tra Corte di Cassazione (Sez. I, 8 maggio 2004 n. 8777) e Consiglio di Stato (Ad. Plen. 29 aprile 2005 n. 2, in fattispecie in cui tuttavia l’art. 43 non era stato applicato), nel quale la posizione dei giudici costituzionali coincide con quella – più garantista - della S.C.

detta pronuncia, dell'affidamento alla giurisdizione esclusiva del g.a. di talune categorie di controversie in ragione del fatto che l'Amministrazione ne sia parte e non della loro connessione all'esercizio di un potere pubblico: con l'effetto di trasformare il g.a. da "*organo di garanzia della giustizia nell'Amministrazione*" (come previsto dall'art. 100 Cost.) in "*giudice dell'amministrazione*".

L'accento che, di nuovo, la Corte pone sul ruolo di garanzia all'interno della funzione amministrativa che l'ordinamento costituzionale vuole espressamente svolto dal giudice amministrativo¹⁰ – ruolo che sensibilmente e significativamente lo differenzia dal giudice ordinario e ne segna quindi ad un tempo, prima ancora che la pari dignità, l'autonomia e la necessità – assume, evidentemente, la massima importanza, riportando chiarezza in un quadro che, avendo creato una inopportuna confusione di ruoli tra i due consessi giurisdizionali, aveva finito col generare il poco apprezzabile dubbio di una inutile sovrapposizione di magistrature sostanzialmente omogenee. La diversa "*funzione*" che i due ordini sono chiamati a svolgere nel vigente quadro costituzionale, mentre ne spiega la non intercambiabilità, ne impone infatti la coesistenza.

Tornando alla specifica questione qui esaminata, la sentenza in commento perviene a conclusioni analoghe a quelle sopra prospettate: quando i comportamenti causativi di danno sono stati assunti in esecuzione di atti o provvedimenti espressioni di un pubblico potere (ancorché illegittimamente esercitato) costituiscono anch'essi espressione di tale potere e sono pertanto legittimamente affidati alla giurisdizione del g.a.; viceversa, quando non trovino la loro fonte in alcun atto amministrativo, e siano perciò posti in essere in carenza di potere o in via di mero fatto (perché ad esempio realizzati dopo la scadenza del termine di efficacia della dichiarazione di p.u.: parentesi mia) esorbitano dai limiti costituzionali della giurisdizione esclusiva.

Il ragionamento, come anticipato in premessa, è perfettamente coerente con la linea argomentativa seguita dalla sentenza n. 204 ed ha il grandissimo pregio di fare chiarezza sui relativi effetti, risolvendo il contrasto – per vero a chi scrive *ab origine* ingiustificato – tra i massimi organi giurisdizionali. In un clima generale segnato da continui *révirements* giurisprudenziali e normativi (basti pensare, per non richiamare sempre il singhiozzante iter di riforma della legge sul procedimento amministrativo¹¹, alla recentissima "*riforma della riforma*" universitaria o alle "*voci*" sulla possibile revoca del contratto per la realizzazione

¹⁰ Sul punto si veda anche la Relazione di apertura dell'anno giudiziario 2006 svolta dal Presidente Pasquale de Lise al TAR del Lazio il 23 febbraio 2006, in *federalismi.it*, n. 5/06.

¹¹ Mi si consenta il richiamo allo "sfogo" espresso in *Semplificazione, certezza del diritto e braccia legate*, in *www.giustamm.it*

dei lavori per il Ponte sullo Stretto), la conferma della propria giurisprudenza è comunque un grandissimo merito.

Restano i dubbi, già espressi nel 2004 e richiamati in apertura di queste brevissime osservazioni, sulla natura effettivamente esclusiva – e non piuttosto generale di legittimità - di una giurisdizione comunque legata all'esercizio del potere. Ma l'importante è che essa sia "certa" e che, in attesa di una riforma legislativa che consenta la *traslatio iudicii* senza rischi di prescrizione, il cittadino non abbia dubbi sul giudice al quale rivolgersi.

A questi fini la Corte avrebbe forse potuto cogliere l'occasione per chiarire in modo definitivo le sorti delle acquisizioni conseguenti alla realizzazione di un'opera pubblica non seguita da atto traslativo: la sentenza n. 191, legando la giurisdizione del g.a. all'esistenza di una dichiarazione di p.u. (ancorché successivamente annullata) sembrerebbe per vero lasciare intendere che l'ipotesi vada ricondotta (in linea con la posizione assunta dal Consiglio di Stato) alla giurisdizione amministrativa, seguendo evidentemente la logica per cui, con la dichiarazione di p.u., l'amministrazione ha comunque "radicato" in capo a se stessa il potere ablatorio, sicché la mancata adozione dei successivi atti di traslazione ne costituisce, non diversamente dall'adozione di un atto traslativo illegittimo, una forma di "cattivo esercizio"¹². Pur senza negare la possibile coerenza di tale conclusione, non riesco peraltro ancora ad abbandonare la linea – prospettata nel 2004 – secondo la quale il fatto che la controversia investa un comportamento (occupazione) non più coperto *ratione 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.

Un'ultima, rapidissima, osservazione: l'accento posto dal giudice costituzionale sulla riserva alla giurisdizione ordinaria dei comportamenti emessi in carenza di potere costituisce una chiara linea di indirizzo anche per la lettura delle nuove norme in tema di nullità degli atti amministrativi introdotte dalla riforma della l. n. 241 del 1990¹³.

¹² La ricostruzione è in certo qual modo assimilabile a quella proposta in dottrina e in giurisprudenza per giustificare il sindacato sul mancato esercizio del potere di controllo sulla d.i.a.

¹³ Sui molteplici riflessi della riforma sul processo amministrativo, mi sia consentito rinviare a *Riforma della l.n. 241 del 1990 e processo amministrativo*, Quaderno del Foro Amm.-TAR, Milano, Giuffrè, 2006.