

CONSIGLIO DI STATO Adunanza Plenaria, 22/10/2007 (C.C. 15/10/2007), Sentenza n. 12

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.12/2007
Reg.Dec.
N. 8 Reg.Ric.
ANNO 2007

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Adunanza Plenaria, ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 8/2007 dell'Adunanza Plenaria (n. 1614/2006 della Sez. IV del Consiglio di Stato) proposto dalla Provincia di Mantova, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dal Prof. Avv. Paolo Colombo e dall'avv. Alessandro Sperati, elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Roma, Piazza Mazzini, n. 27.

CONTRO

Gatti Marino, rappresentato e difeso dall'avv. Elia Di Matteo, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Francesco Da Riva Grechi in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 109.

NONCHÉ CONTRO

Corso Eugenio, Merchiori Anna, Rabitti Marcello, Vanz Gloria e Nico Costruzioni s.r.l. non costituiti in giudizio.

PER L'ANNULLAMENTO

della sentenza non definitiva del TAR per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia 19 dicembre 2005, n. 1342.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del signor Gatti Marino;

Vista l'ordinanza della Sezione IV. n. 3288/2007 del 19 giugno 2007 con cui è rimesso all'Adunanza Plenaria il ricorso n. 1614/2006;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 15 ottobre 2007, il Presidente Giovanni Ruoppolo e uditi l'avv. Paolo Colombo e l'avv. Elia Di Matteo;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

La Sezione quarta, rimettendo, con sentenza 19 giugno 2007 n. 3288/07, all'Adunanza plenaria di decidere sulla questione di giurisdizione proposta dalla Provincia di Mantova con l'atto di appello in epigrafe, ha accertati e chiariti i fatti in maniera puntuale e completa.

In questa sede, perciò, ci si può limitare a riferire sugli aspetti ancora rilevanti della vicenda rinviando, per una completa disamina, alla sentenza di remissione.

Con provvedimento 30 aprile 1999 n. 119 la Giunta provinciale di Mantova, acquisite le correlate deliberazioni del Comune di Mendole e della Regione Lombardia, approvava il progetto per la esecuzione della circonvallazione di Mendole, ne dichiarava la pubblica utilità e fissava il termine di cinque anni, decorrenti dalla data della delibera, per la conclusione dei lavori e della procedura.

Con successive deliberazioni 2 giugno 2000 n. 137 e 5 dicembre 2002 n. 423 la stessa Giunta, approvando varianti al progetto esecutivo e rinnovando la dichiarazione di pubblica utilità, confermava lo stesso termine finale in precedenza fissato.

Seguivano, intanto, altri atti della procedura relativi alla occupazione d'urgenza (18 ottobre 2000), alla immissione in possesso delle aree (26 ottobre 2001), alla consegna dei lavori (26 aprile 2001), alla determinazione delle dovute indennità provvisoria (6 marzo 2001) e definitiva (6 dicembre 2002), al frazionamento delle aree interessate alla procedura espropriativa (13 settembre 2004), al deposito presso la Cassa DD.PP. delle somme ancora dovute.

Il 17 gennaio 2005, con decreto n. 3273/05, si disponeva infine il trasferimento della proprietà delle aree private in conformità delle risultanze del frazionamento.

L'intera procedura era incisa, insieme agli atti presupposti, da plurimi ricorsi proposti, in tempi diversi, dai soggetti privati titolari delle aree coinvolte che deducevano motivi di violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere nei confronti della Provincia, del Comune e della Regione, dei cui provvedimenti si chiedeva l'annullamento.

Il TAR per la Lombardia, Sezione di Brescia, nel contraddittorio ritualmente formatosi, disposta la riunione di tutti i ricorsi e ritenuta la giurisdizione, con sentenza non definitiva 27 dicembre 2005, n. 1342/05:

- dichiarava estinti, per rinuncia, i giudizi, avviati con ricorsi 257/99, 697/00, 1284/00, nei confronti dei Signori Ferrardi, Branzini e Cerruti;
- dichiarava improcedibili, per sopravvenuta carenza di interesse, i ricorsi n. 1544/97, 1548/97, 257/99 e 697/00 e, per quanto riguarda i profili impugnatori, 1284/00 ad eccezione, per questo ricorso, della pretesa risarcitoria già avanzata e dal Signor Gatti e dai Signori Corso e Marchiori, rispettivamente acquirente ed alienante di una delle aree coinvolte;
- accoglieva parzialmente il ricorso n. 476/05 annullando il decreto di espropriazione di 17 gennaio 2005 n. 3273/05 e dichiarando la intervenuta, irreversibile trasformazione dei beni occupati;
- disponeva la prosecuzione del giudizio per il completamento della consulenza tecnica già disposta ai fini della pronuncia sulla istanza risarcitoria.

Proponeva appello, con atto notificato al Signor Gatti, nonché ai Signori Corso e Marchiori, la Provincia di Mantova deducendo alcune questioni pregiudiziali, contestando la ritenuta tardività del decreto di espropriazione e rilevando, per il caso di acclarata decadenza della dichiarazione di pubblica utilità, difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Si costituiva il solo Signor Gatti proponendo ricorso incidentale.

Questi e la Provincia illustravano con specifiche memorie le proprie posizioni e concludevano, il primo, in via principale di merito, per la conferma della sentenza di primo grado e per la condanna della Provincia al risarcimento del danno, la seconda, per la declaratoria del difetto di giurisdizione.

La Sezione quarta, accertato che l'espropriazione era stata decretata, in data 7 giugno 2005, dopo la scadenza dei cinque anni decorrenti dalla data della deliberazione della Giunta Provinciale 30 aprile 1999, ha rimesso l'esame della questione di giurisdizione all'Adunanza Plenaria.

Le conclusioni delle parti sono state rassegnate con memorie in data 26 e 30 settembre 2007.

Motivi della decisione.

I - La Sezione quarta, dubitando della permanente attualità – dopo la pubblicazione della sentenza Corte Cost. 11 maggio 2006, n. 191 e delle correlate pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione - dei principi ripetutamente affermati dalla Adunanza Plenaria ha correttamente rimesso a quest'ultima il rinnovato esame della individuazione del giudice amministrativo quale giudice cui spetta di pronunciarsi in tema di c.d. accessione invertita, allorché la formale espropriazione intervenga dopo la sopravvenuta inefficacia, per decorso del suo termine finale, della dichiarazione di pubblica utilità.

Correttamente, si è detto, alla stregua delle esigenze che, positivamente poste nei confronti del giudizio per cassazione (art. 374 cod.proc.civ. come sostituito dall'art. 8 D.Lg.vo 2 febbraio 2006, n. 40), derivano da generali principi di certezza del diritto e di economicità della funzione giurisdizionale che ovviamente coinvolgono il processo innanzi al Consiglio di Stato, nel quale

è per altro già prevista la opportunità, qui di nuovo sottolineata, della rimessione in ordine a questioni di diritto che abbiano dato luogo o possano dar luogo a contrasti giurisprudenziali ovvero allorché si renda necessaria la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza (art. 45 co. 2 e 3 T.U. 26 giugno 1924, n. 1054 come sostituiti dall'art. 5 L.21 dicembre 1950, n. 1018).

II - La rimessione in parola, è necessario premettere ad ulteriore chiarificazione delle proposte questioni pregiudiziali, concerne esclusivamente il ricorso 1284/2000 ed il ricorso 476/2005 e motivi aggiunti con i quali Signori Corso – Marchiori e Cerruti hanno proposto, siccome accertato dal Tribunale regionale amministrativo e ritenuto dalla Sezione quarta, domanda risarcitoria.

Gli altri ricorsi inizialmente proposti risultano, infatti, oggetto di dichiarazione di estinzione per rinuncia ovvero di improcedibilità per carenza di interesse, improcedibilità estesa, dal predetto Tribunale, anche ai motivi del ricorso 1284/2000 relativi alla impugnazione per annullamento di alcuni degli atti emessi nel corso del procedimento di espropriazione il cui atto conclusivo (decreto n. 3273/05 della Provincia) è stato espressamente annullato dal Tribunale, con connessa dichiarazione di irreversibile trasformazione dei beni occupati.

In tale situazione la Sezione remittente ha ritenuto di superare le deduzioni della Provincia relative alla pretesa non integrità del contraddittorio in primo grado e del Gatti relative alla omessa notifica dell'appello a Regione, Comune, Niero s.r.l. e Signori Rabitti e Vanz. Invero, mentre contro questi ultimi soggetti nessuna domanda risarcitoria è proposta, né si configura alcun loro interesse e mentre Comune e Regione sono stati intimati in primo grado (il primo si è anche costituito) in relazione agli atti da loro emessi (ric. 1544/97, 1548/97 e 257/99), ed hanno ricevuto notificazione della sentenza appellata, la domanda risarcitoria fu proposta nei soli confronti della Provincia, ente espropriante, e concerne, una volta definiti come s'è ricordato gli altri giudizi, esclusivamente i rapporti tra la stessa Provincia e, ormai, il Signor Gatti ed i suoi danti causa.

Ne risulta l'infondatezza delle domande di integrazione del contraddittorio ritualmente instaurato e in primo grado e in appello.

L'annullamento, poi, dell'atto finale della procedura di espropriazione e la pronuncia di intervenuta accessione invertita, di per sé non impugnata dal Signor Gatti, e per altro satisfattiva della richiesta tutela, rendono prive di rilievo le di lui deduzioni relative ad atti e comportamenti e della Regione e del Comune, ormai irrilevanti a seguito del predetto annullamento, e della Provincia dalle quali mai potrebbe conseguire la restituzione, e su questa non si insiste nelle conclusioni rassegnate il 7 marzo 2006 ed il 30 settembre 2007, delle aree coinvolte dalla costruzione della strada, pressoché terminata ed aperta al traffico (v. note in atti del Responsabile del procedimento in data 25 febbraio 2004 e 19 aprile 2005) già al 25 febbraio 2004 e, comunque, "parecchi mesi prima dello stesso 19 aprile 2005" e, perciò, nel corso dei termini della dichiarazione di pubblica utilità.

Dato atto di ciò, deve infine rilevarsi che il Tribunale non si è in alcun modo pronunciato sulla domanda risarcitoria, proposta e perfino quantificata nel corso del relativo grado di giudizio (v. oltre alle istanze notificate il 23 febbraio ed il 29 ottobre 2001 le ammissioni nelle memorie della Provincia del 19 dicembre 2000 e del 11 aprile 2001 nonché l'istanza di sospensiva del giudizio indennitario dalla stessa proposta alla Corte di Appello e la correlata ordinanza e v., ancora, il ricorso 11 aprile 2005 notificato il successivo 12 aprile), sulla quale ha soltanto disposto il completamento dell'istruttoria in corso: sono, pertanto, intempestive le relative deduzioni della Provincia nonché degli appellati e perciò inammissibili in questa sede le loro richieste.

III - Si rileva, venendo perciò al punto di diritto in contestazione, che permangono, nella giurisprudenza più recente, significativi contrasti in tema di discriminazione della giurisdizione, contrasti forse avvertiti con maggior disagio di quelli pur vivi nel secolo scorso ora che sussistono condizioni di ulteriore sviluppo sociale ed economico, di correlato aumento della legislazione e delle discipline così civili come amministrative e, perciò, di più forte richiesta di decisioni di merito pronte, facilmente accessibili, coerenti con le esigenze operative e con le aspettative di tutela delle pubbliche amministrazioni, delle imprese e di ciascun componente la comunità nazionale.

I recenti, ripetuti richiami della Corte Costituzionale (v. da ultimo, sent. 12 marzo 2007, n. 77) ai precetti dell'art. 24 Cost. confermano un orientamento perseguito con ancor più determinata convinzione; orientamento che, sottolineando il valore servente delle forme, pur ferme e vincolanti, rispetto alle aspettative sostanziali, merita di essere condiviso e seguito, come pare sia condiviso dallo stesso legislatore (cfr., di recente, in tema di giurisdizione e di procedure, la L. 21 luglio 2000, n. 205 e, puntualmente in tema di nullità, la L. 7 agosto 1990, n. 191) le cui rinnovate dichiarazioni di volontà semplificatrice si traducono tuttavia, in qualche caso, in complicazioni di discipline di non sottile spessore e di non agevole applicazione da parte di una Amministrazione costretta a troppo frequenti mutamenti dei suoi complessi moduli organizzativi ed operativi ed a tal fine, specie in sede locale, non sempre munita di necessari mezzi e di adeguate strutture.

In generale, ed omettendo analisi storiche altrove e da altri svolte con puntualità e completezza, la discriminazione è positivamente fissata, nel quadro dei rigidi precetti posti dagli artt.24, 102,103, 111 e 113 Cost., dalla L. 21 luglio 2000, n. 205, - in vigore dal 1 agosto 2000 e seguita dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15 e dal D.Lg.vo 12 aprile 2006, n. 163 - , che, anche riformulando le disposizioni del D.Lg.vo 31 marzo 1998, n. 80, ha sostanzialmente definito il disegno innovatore avviato con l'art. 13 della L. 19 febbraio 1992, n. 142 ed organicamente posto dalla legge di delega 15 marzo 1997, n. 59:

Su questa disciplina è ripetutamente intervenuta e, per quanto qui rileva, specialmente con le sentenze 17 luglio 2000, n. 292, 6 luglio 2004, n. 204, 28 luglio 2004, n. 281, 11 maggio 2006, n. 191, 12 marzo 2007, n. 77 e 27 aprile 2007, n. 140, la Corte Costituzionale.

Punti fondamentali dell'assetto normativo che ne è derivato e che, salvo le integrazioni e le precisazioni appresso indicate, vige attualmente sono: 1) resta fermo, e vincola lo stesso legislatore, che criterio generale di discriminazione è quello fondato sulla natura della situazione giuridica di cui si chiede tutela, nel senso che giudice dei diritti soggettivi è il giudice ordinario e giudice degli interessi legittimi è il giudice amministrativo; 2) resta fermo che è nella, per così dire, ragionevole discrezionalità del legislatore attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in particolari materie (e non in blocchi indiscriminati di materie) specialmente caratterizzate dalla compresenza o dalla difficile qualificazione di diritti soggettivi ed interessi legittimi, anche la tutela di diritti soggettivi; 3) il giudice amministrativo conosce, nell'ambito della sua giurisdizione, sia essa di sola legittimità ovvero, pur con differente dizione, esclusiva, " anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno ingiusto, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali conseguenziali "; 4) il giudice ordinario, cui non spetta mai giurisdizione sugli interessi legittimi, non ha il potere di annullare i provvedimenti amministrativi nè quello di risarcire il danno conseguente all'annullamento degli stessi da parte del giudice amministrativo, e tuttavia, vertendosi in tema di lesione dei diritti soggettivi non ricompresi nella cennata giurisdizione esclusiva, può disapplicare gli atti dell'amministrazione e provvedere al risarcimento dell'eventuale danno.

IV - Con riferimento al nuovo assetto così sommariamente descritto si sono riproposti alla giurisprudenza spinosi problemi interpretativi già vivi nel quadro della precedente disciplina ed ulteriori questioni sostanziali e procedurali ha posto l'ampliamento della giurisdizione esclusiva e dei poteri del giudice amministrativo.

Deve ricordarsi, al primo proposito, il permanere dalle difficoltà di discriminazione poste dalla dicotomia diritto soggettivo – interesse legittimo nell'ambito di una legislazione che dalla considerazione della loro natura il più delle volte prescinde preferendo enucleare dalle situazioni soggettive e disciplinare puntualmente, con riferimento alla attività amministrativa, tal volta spezzoni qualificabili come facoltà, più spesso aspetti analitici solo mediatamente riferibili ad individuabili situazioni di diritto o di interesse.

Si tratta, nell'uno e nell'altro caso, di situazioni mai direttamente definite dalla legge e di derivazione dottrinale e giurisprudenziale spesso collegate ad esigenze di preconcetti ed immobili schemi sistematici piuttosto che ad ordinamenti e norme i quali supporrebbero, nel loro continuo aggiornarsi, il continuo aggiornamento di un " sistema " che, dismessa la pretesa di imporsi alla legge, da questa ricevesse la sua necessaria legittimazione.

Il dibattito, in proposito, è continuo e basti segnalare, di recente, la distinzione proposta dalla Corte di Cassazione (Sez. un. 1 agosto 2006, n. 17461) che rivendica la giurisdizione del giudice ordinario in ogni caso quando si sia in presenza di " posizioni soggettive a nucleo rigido " (es. in tema di salute e di ambiente) che, a differenza di quelle " a nucleo variabile ", sarebbero assolutamente incompressibili. Siffatta tesi, espressamente contraddetta dalla Corte Costituzionale (sent. 27 aprile 2007, n. 140), reca in sé il corollario della inesistenza del provvedimento amministrativo che, pur emesso in applicazione di legge, siffatti incompressibili diritti in concreto incidesse.

Corollario che sembra meritare attenti approfondimenti nel punto in cui pare prescindere e dalle attribuzioni esclusive della Corte Costituzionale in tema di verifica della costituzionalità delle leggi e dalle attribuzioni del giudice amministrativo in tema di provvedimenti che conformemente a legge incidono su situazioni soggettive degradandole, come si è soliti ripetere, ad interesse legittimo.

Riconosciuta a quest'ultimo giudice, com'è doveroso per chiunque, " piena dignità di giudice " e tenuto conto della compiuta effettività della sua tutela, organizzata positivamente come efficace e sollecita, non si vede la ragione perché le regole di discriminazione della giurisdizione debbano essere, a fronte dei diritti c.d. " a nucleo rigido ", di categoria, cioè, suscettibile di estensione ben oltre i casi esemplificati, né si comprende la sottesa, asserita pretesa di una minore incisività della giurisdizione amministrativa.

Di tale opinione non è, per altro, lo stesso legislatore che, in maniera espressa ed univoca, ipotizza, con l'art. 21 co. 8 della L. 1034/71, come integrato dalla L. 21 luglio 2000, n. 205, provvedimenti cautelari del giudice amministrativo anche in tema di "interessi essenziali della persona quali il diritto alla salute, alla integrità dell'ambiente, ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale".

E' ben vero che allo stato si riscontra positivamente in relazione a talune situazioni soggettive del genere di quelle indicate e di altre ancora una ordinaria e prevalente giurisdizione del giudice civile che in nessun modo si contesta; epperò, mentre non può escludersi che in astratto ed in concreto si profilino situazioni di interesse legittimo ovvero di attribuzione di giurisdizione esclusiva, è seriamente controvertibile una tesi che, muovendo dalla categoria dei diritti soggettivi incompressibili e varcando la soglia della sola descrittività, sancisca aprioristicamente limiti assoluti e non costituzionalmente posti alla giurisdizione amministrativa.

Ai fini della concreta verifica di questa è necessario poi ribadire che configurano situazioni soggettive di interesse legittimo non solo quelle che come tali originariamente nascono in capo al loro titolare sibbene anche quelle che pur qualificandosi genericamente ed in astratto di diritto soggettivo siano, in presenza di una norma che ciò consenta e di un procedimento ovvero di un provvedimento in tal senso indirizzato, successivamente apprezzabili in concreto come di interesse legittimo. Certo è necessario che procedimento e provvedimento siano svolti e decisi da un'autorità a ciò competente, senza che concorrano violazioni di legge, senza che intervengano sviamenti e note carenze. Questi, tuttavia, sono puntualmente i vizi rimessi allo scrutinio della giurisdizione amministrativa, individuabile anche in base al fondamentale criterio, appreso approfondito, della riconducibilità della lesione sofferta all'esercizio del potere autoritativo in astratto conferito all'autorità. Il criterio innovativo come innovativa è stata la citata legislazione, è per altro frutto anche del consapevole contributo di tutte le riflessioni che, in più di un secolo di elevato e fertile impegno, dottrina e giurisprudenza hanno arrecato: dalla distinzione delle norme di azione dalle norme di relazione, dalle dottrine del diritto condizionato ed affievolito fino alla stessa rilevata notazione dei c.d. diritti a "nucleo rigido " non v'è nulla di totalmente superato ovvero di superabile con improvvisazione e in ogni riflessione si riscontra un elemento di validità che è di ausilio per sciogliere nodi che legislazione e pronunce costituzionali tendono oggi a rendere meno aggrovigliati nel contestuale riconoscimento della unitarietà, quoad effectum, della giurisdizione, attribuita sì a giudici diversi, ma di uguale dignità, muniti di analoghi poteri ugualmente compiuti ai fini della completezza delle tutele di merito loro commesse, ugualmente intesi ad attuare i precetti degli artt. 24 e 111 Cost. (cfr. Cort. Cost., 12 marzo 2007, n. 77).

Questi aspetti unitari, che valgono ad attenuare, almeno nella concretezza delle vicende giudiziarie, il rilievo di talune estreme questioni di giurisdizione, non consentono, tuttavia, di

inferirne il corollario, come avanti si vedrà in tema di “pregiudiziale amministrativa”, della necessità, formale e sostanziale, della uguaglianza della tutela.

V - Si sono posti, al secondo proposito, con riferimento, cioè, al nuovo assetto come sopra descritto, il problema della estensione della giurisdizione esclusiva, sia con riferimento a materie ritenute di solo diritto soggettivo sia con riferimento a precisazioni del legislatore ordinario dell’ambito di cognizione concreta del giudice amministrativo ed il problema, inoltre, della connessione tra la domanda di annullamento e la domanda risarcitoria.

Su questi ed altri problemi, approfonditi in dottrina, è ripetutamente intervenuta, con puntuali pronunce, la Corte Costituzionale che, con le sentenze innanzi citate ha precisato:

- a) i confini della giurisdizione esclusiva relativa alla materia dei pubblici servizi e della giurisdizione esclusiva relativa alla materia urbanistica ed edilizia e delle espropriazioni;
- b) la natura del potere del giudice amministrativo di provvedere sulle domande risarcitorie e sugli altri diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia di annullamento.

Così in materia di pubblici servizi, dalla quale sono state espunte controversie ritenute di diritto soggettivo e, perciò, di pertinenza della giurisdizione ordinaria, come in materia di urbanistica ed edilizia nonché delle espropriazioni, la Corte Costituzionale, confermata la nodale relazione tra l’esercizio di poteri pubblici autoritativi e la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ha segnato il limite di quest’ultima.

Ha cioè dichiarato la illegittimità costituzionale dell’art. 33 co. 1 D.Lg.vo 31 marzo 1990, n. 80, come sostituito dall’art. 7 lett. b. della L. 21 luglio 2000, n. 205, dell’art. 34 co. 1 del medesimo decreto, nonché dell’art. 53, co.1, del D.Lg.vo 8 giugno 2001, n. 325 (v. D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, art. 53) nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva 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 potere “ (così Cort. cost. 11 maggio 2006, n. 191 con riferimento alla giurisdizione esclusiva in tema di espropriazione per pubblica utilità e, in precedenza, Cort. cost. 6 luglio 2004, n. 204).

Puntualizzato, da una parte, che l’aggettivo “ mediatamente “ si riferisce, come sopra ricordato, ai casi in cui l’esercizio del potere si realizza nelle consentite forme negoziali, e , d’altra parte, che sussiste, nelle motivazioni delle due sentenze, ancora riprese da quelle successive, un espresso legame sì che esse, integrandosi costituiscono un unico, coerente disegno nei limiti del quale la Corte ammette la legittimità costituzionale delle norme scrutinate, deve subito fissarsi un primo punto.

I “comportamenti”, cioè, che esulano dalla giurisdizione amministrativa esclusiva non sono tutti i comportamenti, ma solo quelli che, tenuto conto dei riferimenti formali e fattuali di ogni concreta fattispecie, non risultano riconducibili all’esercizio di un pubblico potere.

Altrimenti detto, quando può affermarsi che nella specie sia rilevabile un oggettivo, e non meramente intenzionale, svolgersi di un’attività amministrativa costituente esercizio di un potere astrattamente riconosciuto alla pubblica amministrazione o ai soggetti ad essa equiparati, sussiste ogni elemento sufficiente ad affermare la giurisdizione amministrativa.

Caratterizzante, perciò, non è la legittimità dell’esercizio del potere, che, se fosse richiesta, finirebbe per privare di causa la tutela appunto prevista per i casi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, né lo è il maggiore o minore spessore della illegittimità ovvero della situazione giuridica tutelata.

Caratterizzante è , invece, la mera emersione di un agire causalmente riferibile ad una funzione che per legge appartenga all’amministrazione agente e che per legge questa sia autorizzata a svolgere e che, in concreto, risulti svolta.

Se così è, l’in sé dell’esercizio del potere deve rilevarsi, prioritariamente, in materia comportamentale, non tanto dalle intenzioni e dalla generiche dichiarazioni del soggetto pubblico agente quanto dalle oggettive vicende procedurali che, mentre nella grande maggioranza dei casi precedono ed accompagnano il fenomeno comportamentale, testimoniano esse, oggettivamente, della rilevanza e della finalità e della consistenza del

comportamento consentendo di individuarne la genesi e di distinguerlo dai casi di semplice generica presupposta esistenza del pubblico interesse.

La illegittimità di questo o quel momento procedimentale , cioè di quella serie formale strumentalmente rivolta a realizzare l'interesse pubblico e sintomatica dell'agire autoritativo consentito dalla legge , può sì far concludere per la illegittimità e, nei congrui casi, per la illiceità del comportamento con effetti anche analoghi o uguali a quelli propri della accertata carenza del potere, ma tale conclusione spetta al giudice cui, con garanzie ed effettività di certo non inferiori a quelle apprestate dal giudizio ordinario, compete alla stregua dell'ordinamento: al "giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica ".

E a questo "giudice naturale " compete, in diretta applicazione dei principi di effettività e di concentrazione della tutela nonché delle norme poste dal legislatore ordinario, di conoscere non solo delle domande intese all'annullamento dell'attività autoritativa e, comunque, impugnatorie ma "di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno ingiusto, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali"; risarcimento che, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, è "disposto" con procedure anche innovative (v. art. 7 e 8 L. n. 205 del 2000).

In proposito la Corte Costituzionale, chiarita la irrilevanza della natura giuridica intrinseca alla pretesa risarcitoria, se di per sé di diritto soggettivo o meno, ha escluso la configurabilità della giurisdizione ordinaria "per ciò solo che la domanda abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno" ed ha dichiarato costituzionalmente legittimo il nuovo sistema di riparto che riconosce esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche il potere di risarcire, sia per equivalente sia in forma specifica, il danno sofferto per l'illegittimo esercizio della funzione.

Ciò in quanto il potere di risarcire il danno ingiusto non costituisce una nuova materia attribuita alla cognizione del giudice amministrativo ma uno "strumento di tutela ulteriore " rispetto a quello demolitorio, strumento che, in armonia con l'art. 24 Cost. ne completa i poteri "non soltanto per effetto della esigenza di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma anche perché quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela" oltre che agli interessi legittimi "ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa " (Cort. cost. 27 aprile 2007, n. 140).

L'illegittimità dell'esercizio del potere, nel senso sopra precisato, comporta, dunque, sempre nel caso di lesione di interessi e, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, anche nel caso di lesioni di diritti soggettivi, di qualsiasi spessore, la configurabilità della sola giurisdizione amministrativa così nel caso che la domanda risarcitoria venga proposta congiuntamente a quella demolitoria come nel caso che venga proposta autonomamente, derivandosi anche in tal caso la risarcibilità del danno dalla ipotizzata illegittimità dell'attività amministrativa.

La Corte di Cassazione, pur convenendo su tali conclusioni generali (v. già Cass. 23 gennaio 2006, n. 1207), sottolinea ancora , non senza rimarchevoli oscillazioni, perplessità di non lieve momento.

Adducendo ora la perdurante vigenza della L. 20 marzo 1865, all. E, artt. 2 e 4, e non solo dei suoi generali principi così come costituzionalmente recepiti, ora, con non felice espressione, una asserita difficoltà del giudice amministrativo a penetrare le regole civilistiche sul risarcimento del danno ingiusto, ora la individuabilità di diritti in assoluto riservati alla tutela ordinaria, la indicata Corte:

- 1) limita i casi in cui si è in presenza di "un concreto esercizio del potere" ai casi in cui l'esercizio stesso sia riconoscibile come tale perché a sua volta deliberato nei modi e in presenza dei requisiti richiesti per valere come atto o provvedimento e non come mera via di fatto (Sez. un. 13 giugno 2006, n. 13659) "in consonanza con le norme che lo regolano " (Sez. un. 15 giugno 2006, n. 13911; Cass. 7 febbraio 2007, n. 2691);
- 2) costruisce una categoria di diritti incomprimibili in maniera assoluta e perciò sempre da comprendere nell'ambito della giurisdizione ordinaria;
- 3) asserisce che la giurisdizione amministrativa è rifiutata ove, in presenza di autonoma domanda risarcitoria, il giudice non provvede all'esame di merito per la ragione che nel termine per ciò stabilito non sono stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei

suoi effetti. In tali circostanze avverte la Corte, il rifiuto si espone a cassazione ex art. 362, co. 1, cod.proc.civ. (Sez.un. 13 giugno 2006, n. 13659 e n. 13660; 5 gennaio 2007, n. 13; 19 gennaio 2007, n. 1139).

Si tratta, come ognuno vede, di perplessità gravi nella misura in cui sostanzialmente evocano, per via di una definizione resa fortemente restrittiva dal suo carattere analitico, la dicotomia sussistenza del potere – esercizio del potere nei termini, anch'essi ambigui, precedenti il nuovo assetto di riparto della giurisdizione; nella parte in cui confliggono con le univoche dichiarazioni della Corte Costituzionale 27 aprile 2007, n. 140 in tema di c.d. diritti incomprimibili e 12 marzo 2007, n. 77 in tema di limiti, ex art. 362 e 386 cod.proc.civ., inerenti il controllo dei confini esterni della giurisdizione; nella parte in cui, varcando tali limiti, assoggetta a nuove forme di sindacato le sentenze del giudice amministrativo.

Al primo proposito si rileva che, proprio con riferimento alla materia delle espropriazioni, la Corte di Cassazione, nel suo indirizzo più radicale (v. Sez. un. 7 febbraio 2007, n. 2688, 2689, 2691; 13 febbraio 2007, n. 3048; 19 febbraio 2007, n. 3723; 12 aprile 2007, n. 9323) che sembra attenuato da altro pur recentemente confermato indirizzo (Sez. un. 20 dicembre 2006, n. 27190 e 27192), configura la giurisdizione ordinaria non solo, com'è pacifico, nei casi in cui l'amministrazione agisce, fuori di ogni schema procedimentale, in via di fatto, ma anche nei casi in cui la dichiarazione di pubblica utilità risulti "radicalmente nulla" per omessa indicazione dei termini per l'espropriazione o per scadenza degli stessi, ovvero per imprecisioni nella indicazione delle aree.

In tali casi, ed inoltre nei casi di decreto di espropriazione emesso fuori termine, rilevandosi anche violazione dell'art. 42 Cost., si sarebbe, secondo la Corte, in presenza di vizi di spessore maggiore di quelli che, in altri casi, inducendo il giudice amministrativo all'annullamento della dichiarazione di pubblica utilità o del decreto di espropriazione, legittimerebbero, sia pure per sole esigenze di concentrazione, la giurisdizione amministrativa (v. Sez. un. 2 luglio 2007, n. 14594).

Ora la perplessità che tale indirizzo suscita non attiene soltanto alla identificazione di una categoria di speciali vizi che non sembra trovare conforto positivo e che anzi contrasta con le disposizioni analiticamente introdotte con l'art. 14 della L. 11 febbraio 2005, n. 15, ma nella sostituzione del criterio della riferibilità dell'esercizio del potere all'agire autoritativo, riferibilità che come sopra si è visto chiama in causa l'intero procedimento, con il criterio del sindacato concreto della legittimità del provvedimento della cui applicazione si tratta, che non si vede come possa tal volta competere al giudice ordinario e tal altra al giudice amministrativo.

In materia di espropriazione, poi, si prescinde del tutto – non solo dal nuovo regime della nullità introdotto, ad integrazione della L. 7 agosto 1990, n. 241, dall'art. 14 della L. 11 febbraio 2005, n. 15 – ma anche dall'entrata in vigore, il 30 giugno 2003, del T.U. approvato con D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, il cui art. 43 sembra, come si preciserà più avanti, avere apportato sul punto definitivi chiarimenti.

Dei diritti c.d. incomprimibili s'è detto.

VII - Quanto, infine, al problema della c.d. pregiudizialità amministrativa, istituto risalente nel tempo ed utilizzato di recente in tema di appalti (v. art. 13 L. 19 febbraio 1992, n. 142 e, per qualche profilo generale, Corte cost. 8 maggio 1998, n. 165), esso è estremamente complesso (v. Ad. plen. 26 marzo 2003, n. 4) e qui non pertinente se non per la sua connessione, già richiamata dalla Corte di Cassazione, con la questione della giurisdizione.

Basti, perciò, enunciare taluni profili problematici, relativi:

- il primo, alla struttura stessa della tutela del giudice amministrativo che, come si è visto è, specialmente articolata sia in sede di giurisdizione di legittimità sia in sede di giurisdizione esclusiva, nel senso che il provvedimento amministrativo lesivo di un interesse sostanziale (e non, perciò, il mero comportamento) può essere aggredito e in via impugnatoria, per la sua demolizione, e "conseguenzialmente" in via risarcitoria, per i suoi effetti lesivi, ponendosi, nell'uno e nell'altro caso, la questione della sua legittimità.

Il carattere "conseguenziale" ed "ulteriore" della tutela risarcitoria, espressamente ed inequivocamente posto, in armonia con gli artt. 103 e 113 co. 3 Cost., dall'art. 35. co. 1 e 4 del D.Lg.vo 31 marzo 1988, n. 80 e confermato dal successivo co. 5 che comunque abroga "ogni

disposizione che prevede la devoluzione al giudice ordinario della controversie sul risarcimento del danno” ancora una volta visto come “conseguente all’annullamento di atti amministrativi”, sembra invero incontestabile.

Ed è confermato dalla ritenuta riferibilità della pronuncia di condanna all’insieme dei poteri strumentali attribuiti al giudice per rimediare compiutamente alla lesione della situazione soggettiva concettualmente, prima ancora che positivamente, unica e ciò sia che l’esercizio dei poteri del giudice sia chiesto contestualmente sia che, giudizialmente accertatasi la illegittimità, sia richiesto, per vero con condivisa interpretazione estensiva non del tutto allineata, tuttavia, con le convenienze della “contestualità”, l’esercizio di ulteriori poteri prima non sollecitati.

Non c’è traccia, nella pronunce della Corte Costituzionale di alcun sospetto di illegittimità costituzionale di siffatto disegno ed, anzi, sembra agevole inferirne il contrario.

L’istituto, per altro, autorevolmente confermato da motivate pronunce della stessa Corte di Cassazione (v. 10 gennaio 2003, n. 157; 27 marzo 2003, n. 4538; 23 gennaio 2006, n. 1207), ha, oltre a radici storiche e letterali di univoco rilievo, ragioni del pari univoche.

Deve considerarsi, in proposito, che diritto ed interesse, benché molto spesso partecipi di una assimilabile pretesa ad un c.d. bene della vita, sono situazioni soggettive fortemente differenziate e tali ritenute già a livello costituzionale.

Il primo, per dirla nei noti, riassuntivi termini, è assistito da una tutela tendenzialmente piena e diretta e, nei suoi confronti, è sempre circoscritta la eventualità di condizionamenti esterni, anche se imputabili ad una amministrazione pubblica e, perciò, ad interessi generali.

Il secondo origina da un compromesso, chiaramente solidaristico, tra le esigenze collettive di cui è portatrice, ex art. 97 e 98 Cost., la amministrazione stessa e la pretesa, di colui che dalla loro legittima soddisfazione è coinvolto, di veder preservati quei suoi beni giuridici che preesistono all’attività pubblica ovvero che nel corso di questa si profilino.

Ne deriva un coinvolgimento costante dell’interesse del singolo nell’interesse della collettività che si esprime nell’attività, non libera, ma doverosa e funzionalizzata dell’amministrazione e questo legame genetico spiega non solo la previsione di una giurisdizione a ciò specificamente deputata ma, insieme, le differenze, che rimangono marcate, che possono individuarsi e in tema di discipline processuali e in tema di connotati della tutela.

I commendevoli contributi acquisiti, in sede dottrinale e giurisprudenziale, in tema “giudizio sul rapporto”, non sembrano condivisibili ove approdino al disconoscimento della natura principalmente impugnatoria dell’azione innanzi al giudice amministrativo, cui spetta non solo di tutelare l’interesse privato ma di considerare e valutare gli interessi collettivi che con esso si confrontano e, non solo di annullare, bensì di “conformare” l’azione amministrativa affinché si realizzi un soddisfacente e legittimo equilibrio tra l’uno e gli altri interessi.

Queste essenziali circostanze, mentre si riflettono sui diversi caratteri del giudizio amministrativo rispetto a quello civile, nel quale si contrappongono pretese ascrivibili ad analoghe fonti e di regola sottratte ad interferenze esterne da parte dell’autorità pubblica, sembrano spiegare e giustificare e la priorità dell’azione impugnatoria, nel cui ambito soltanto è possibile e doveroso esercitare compiutamente l’anzidetto vaglio di legittimità nonché misurare spessore e valenza così della dedotta situazione soggettiva come della denunciata lesione, e la posta “conseguenzialità” rispetto ad essa, dell’azione risarcitoria.

Non si trascuri che il risarcimento del danno, oltre che “conseguenziale” è previsto, nell’ambito della processualmente qualificante giurisdizione di legittimità, anche come “eventuale” con un attributo, cioè, che mentre è di regola oggetto di ingiustificata pretermissione, riassume e sottopone alla consapevolezza del giudice i travagli che le relative norme hanno inteso risolvere e che, in dottrina, hanno persino indotto a configurare come “speciale” la figura in discorso.

Si ricorderà che la stessa Corte costituzionale aveva avuto modo, nel sottolineare l’urgenza di “prudenti” soluzioni normative, di ipotizzare “scelte tra misure risarcitorie, indennitarie, reintegrative in forma specifica e ripristinatorie” nonché la “delimitazione delle utilità

economiche suscettibili di ristoro patrimoniale nei confronti della pubblica amministrazione” (v. ord. 8 maggio 1998, n. 165 e sent. 25 marzo 1980, n. 35) nella considerazione della inesistenza della copertura di rilievo costituzionale della pretesa “regola generale di integralità della riparazione ed equivalenza al danno cagionato” (Cort. Cost. 2 novembre 1996, n. 369), con evidenti riflessi anche di natura processuale.

E' su queste premesse che, rimasta inattuata la articolata delega di cui all'art. 20 co. 5, lett. h, della legge 15 marzo 1997, n. 59, il legislatore è, infine, pervenuto a stabilire, con formula che privilegia le ritenute esigenze di concentrazione dei giudizi, il criterio della consequenzialità - evidentemente inteso a confermare la priorità del processo impugnatorio e in vista della prevalenza dell'interesse collettivo al pronto e risolutivo sindacato dell'agire pubblico e in vista della convenienza, per la collettività, dell'esercizio del sindacato stesso secondo criteri e modalità che, essendo positivamente propri del giudizio di annullamento, da esso non consentono di prescindere - ed il criterio della “eventualità “ del risarcimento del danno arrecato all'interesse legittimo, criterio rafforzato dalla diversa prescrizione in tema di giurisdizione esclusiva e che, perciò, non solo esclude automatismi ma impone i predetti apprezzamenti specifici, possibili soltanto allorché sia in causa, siccome suo oggetto principale e diretto, il provvedimento, con le sue ragioni ed i suoi effetti.

E' su queste premesse, perciò, che dev'essere apprezzato il *vulnus* che si ritiene connesso alla c.d. pregiudiziale amministrativa che, in effetti, da un lato corrisponde ad avvertite esigenze di controllo, convenientemente sollecitate dalle azioni impugnatorie, della legittimità e della trasparenza dell'azione autoritativa e, d'altra parte, consente il compiuto rilievo degli interessi collettivi e generali coinvolti, rilievo certamente monco e claudicante anche con riferimento alla giurisdizione esclusiva, pur sempre relativa anche ad interessi legittimi e a diritti “degradati”, nell'ambito di un processo di solo tipo risarcitorio, nel quale, per altro, gli interessi economici coinvolti appaiono non più rilevanti degli interessi spesso anche di libertà che si fanno valere, senza che la relativa decadenza sia motivo di censura, nel processo di annullamento.

Lo stesso soggetto leso sembra avere convenienza, a fronte dei non gravissimi disagi correlati alla previsione di decadenza, agevolmente superabili con il doveroso uso della diligenza media e certamente più ridotti rispetto a quelli che la legislazione consente o impone in altre anche se diverse materie, a sperimentare preventivamente l'azione di annullamento, nella cui procedura e nella cui finalità strumentale, gli è consentito rilevare vizi ed approfondirne lo spessore con risultati ben utili ai fini dell'accertamento compiuto dell'*an* e del *quantum* della richiesta riparazione.

Ragioni sostanziali, dunque, non meno che formali, sembrano assistere le conclusioni già raggiunte dall'Adunanza plenaria;

- il secondo, alla c.d. presunzione di legittimità, che, mentre involge radicati poteri della pubblica amministrazione e positivi caratteri dei suoi provvedimenti, come la efficacia e la esecutorietà, emergenti da una legislazione costante nel tempo, si tramuta da relativa in assoluta allorché, nel termine di decadenza, - certamente eluso in ipotesi di vanificazione della pregiudiziale - siasi omessa impugnazione ovvero finché, in presenza di discrezionale apprezzamento, non sia intervenuto annullamento d'ufficio (v. L. 11 febbraio 2005, n. 15);
- il terzo, alla articolazione della tutela sopra ricordata che, in entrambi i suoi casi, concerne la stessa illegittimità del provvedimento strumentalmente invocata, “*principaliter*”, e ai fini del buon esito della domanda impugnatoria e ai fini del buon esito della domanda risarcitoria con la conseguenza che, costituisca il “danno ingiusto” fatto o, come sembra preferibile, fattispecie, esso non può essere configurato a fronte di una illegittimità del provvedimento che, per l'assolutezza della cennata presunzione, è, de jure, irrecclamabile;
- il quarto, alla incidenza della lamentata “decadenza” che attiene, a ben vedere, all'azione impugnatoria invece che all'azione risarcitoria, impedita, piuttosto che dalla decadenza, dalla non configurabilità, in presenza di un provvedimento inoppugnabile così come in presenza di un provvedimento inutilmente impugnato, di una sua condizione che la contraddizione legittimità-illiceità rende essenziale, la formale inesistenza, cioè, della ingiustizia del danno che è nucleo essenziale, anche se non sufficiente, della illiceità;
- il quinto, alla concreta equivalenza del giudicato che, rilevando immediatamente la inesistenza della appena ricordata condizione, dichiara la improponibilità della domanda col giudicato che, pronunciandosi, come si pretende, nel merito dichiara infondata - e questa volta con pronuncia inequivocabilmente sottratta a verifica ex art. 362 cod.proc.civ. - la domanda per difetto della denunziata illegittimità;

- il sesto, al reclamato potere regolatore della Corte di Cassazione (Sez. un, 19 gennaio 2007, n. 1139; 4 gennaio 2007, n. 13) che, secondo il correlato avvertimento della Corte Costituzionale (sent. 12 marzo 2007, n. 77) , "con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell'art. 111, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte di Conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione ". Ad analogo principio, prosegue la Corte Costituzionale "si ispira l'art. 386 cod. proc. civ. applicabile anche ai ricorsi proposti a norma dell' art. 362, comma primo cod. proc. civ., disponendo che "la decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda e, quando prosegue il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda";

- il settimo, ma non ultimo, relativo alla correlata verifica degli eventuali limiti dell'indirizzo della Corte di Cassazione secondo cui la inoppugnabilità dell'atto amministrativo, siccome relativa agli interessi legittimi, non impedirebbe in nessun caso al giudice ordinario di disapplicarlo (v. Cass. 9 maggio 2006, n. 10628 e Cass. 26 maggio 2006, n. 12646).

VIII - Quanto si è fin qui considerato consente di confermare l'attualità degli indirizzi già assunti dall'Adunanza plenaria con riferimento alla questione da decidere, in merito alla quale la giurisdizione amministrativa è affermata anche dalle Sezioni unite (v., da ultimo, 2 luglio 2007, n. 14954).

Già con pronuncia 30 agosto 2005, n. 4 l'Adunanza plenaria ha posto il principio secondo cui deve configurarsi la giurisdizione amministrativa in ordine a "liti che abbiano ad oggetto diritti soggettivi quando la lesione di questi ultimi tragga origine, sul piano eziologico, da fattori causali riconducibili all'esplicazione del pubblico potere, pur se in un momento nel quale quest'ultimo risulta ormai mutilato nella sua forma autoritativa per la sopraggiunta inefficacia disposta dalla legge per la mancata conclusione del procedimento" e ciò anche se il risarcimento è autonomamente richiesto, nei limiti temporali della prescrizione quinquennale (v. Ad. pl. 9 febbraio 2006, n. 2), di seguito all'intervenuto annullamento del provvedimento degradatorio, anche in via di autotutela.

Nello stesso senso si è poi pronunciata Ad. plen. 16 novembre 2005, n. 9, che, anche richiamando analoghi orientamenti delle Sezioni Unite (ord. 22 novembre 2004, n. 21944 e sent. 31 marzo 2005, n.6745), ha ritenuto compresa nella giurisdizione amministrativa quelle "condotte che si connotano quale attuazione di potestà amministrative manifestatesi attraverso provvedimenti autoritativi che hanno spiegato, secundum legem, i loro effetti pur se successivamente rimossi, in via retroattiva, da pronunce di annullamento".

Più di recente Ad. plen. 30 luglio 2007, n. 9 che, in fattispecie per più versi analoga, conclude che "nella materia dei procedimenti di esproprio sono devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie nelle quali si faccia questione - naturalmente anche ai fini complementari della tutela risarcitoria - di attività di occupazione e trasformazione di un bene conseguenti ad una dichiarazione di pubblica utilità e con essa congruenti, anche se il procedimento all'interno del quale sono state espletate non sia sfociato in un tempestivo atto traslativo ovvero sia caratterizzato dalla presenza di atti poi dichiarati illegittimi".

Infine Ad. plen. 30 luglio 2007, n. 10, ha statuito che pur nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità spetta al giudice amministrativo conoscere, ai fini risarcitori, dei danni conseguiti ad un provvedimento amministrativo annullato per intervenuta scadenza del suo termine di efficacia (nella specie: requisizione) anche se i danni stessi si sono verificati dopo la stessa scadenza.

Ne deriva, conclusivamente, che la domanda per cui è causa è stata correttamente compresa, dal giudice di primo grado, nella giurisdizione del giudice amministrativo in quanto intesa a rimediare, insieme in via impugnatoria e risarcitoria, ad una lesione che risulta conseguente ad una serie procedimentale certamente svolta, dalla Provincia di Modena, nella sua veste di Autorità nell'esercizio, sia pure illegittimo, del potere ad essa spettante.

Assumono particolare rilievo, ai fini della riconducibilità della lesione all'esercizio del potere pubblico, i provvedimenti di variazione e di integrazione della pianificazione urbanistica, i reiterati provvedimenti di dichiarazione di pubblica utilità, i consequenziali provvedimenti di occupazione e di determinazione e deposito delle indennità nonché lo stesso provvedimento di trasferimento della proprietà che, benché adottato dopo la scadenza del termine fissato dalla

dichiarazione di pubblica utilità e perciò illegittimo e perciò annullato, da una parte non inficia la dispiegata efficacia degli atti posti in essere precedentemente – atti giunti a configurare la irreversibile destinazione del bene all'uso pubblico - e, d'altra parte, non vulnera la ritenuta riconducibilità procedimentale dell'attività amministrativa all'esercizio di un pubblico potere autoritativo.

IX - Si deve, infine, sottolineare – e la circostanza sembra avere chiari riflessi nella intera materia delle espropriazioni per pubblica utilità - che, è intanto entrato in vigore, con decorrenza 30 giugno 2003, il T.U. approvato con D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, (v. in merito all'art. 57, Ad. plen. 29 aprile 2005, n. 2 e Sez.un. 30 maggio 2005, n. 11336 e 2 luglio 2007, n. 14954) che, nel suo art. 43 detta una innovativa disciplina in tema di fattispecie già inquadrate negli schemi, contrastati anche dalla Corte di Strasburgo, della c.d. accessione invertita, derivi essa da occupazione acquisitiva o usurpativa.

In presenza di utilizzazione di un bene immobile per scopi di interesse pubblico - prescrive la norma - che sia modificato "in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo di pubblica utilità " l'autorità cui risale l'utilizzazione "anche quando sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio" può disporre che l'immobile stesso "vada acquisito al suo patrimonio indisponibile" con provvedimento discrezionale che, verso determinazione e preventivo pagamento della misura del risarcimento del danno, comporta il trasferimento del diritto di proprietà.

La norma, che rimette alla valutazione discrezionale dell'amministrazione di negare la restituzione del bene e che attribuisce al giudice amministrativo di sindacare, nell'ambito della giurisdizione attribuitagli ai sensi del successivo art.53, le ragioni del diniego - secondo alcuni con competenza non solo esclusiva ma estesa al merito - sembra rilevare, per quanto qui interessa, sotto due aspetti.

Da una parte ed in generale essa conferma, infatti, quanto si è venuto esponendo in tema di positiva priorità del criterio di discriminazione fondato sulla "riconducibilità" dell'esercizio del potere all'autorità per altro estendendo la possibilità di accertarlo anche per via del solo accertamento della qualifica di "autorità" del soggetto agente e delle strumentalità del suo agire ai fini della realizzazione degli "scopi di interesse pubblico" la cui cura è ad essa commessa.

D'altra e più specifica parte la norma importa, ed i suoi compiuti effetti debbono essere ovviamente verificati nel nuovo quadro definito dall'intero decreto, una profonda revisione degli istituti dell'accessione invertita così come introdotti e sviluppati dalla giurisprudenza.

La fattispecie regolata resta per più di un verso analoga nei suoi tratti generali posto:
- che non è sufficiente il mero impossessamento del bene immobile altrui ma è necessario che lo stesso immobile sia anche "modificato" ed "utilizzato per scopi di interesse pubblico", che, cioè, si sia in presenza e di un'attività materiale e di una sua obiettiva strumentalità;
- che permane l'esigenza della qualificazione del soggetto pubblico agente, che, dovendo configurarsi come "autorità" deve agire, alla stregua di una interpretazione costituzionalmente orientata, nel riconoscibile esercizio dei suoi poteri autoritativi.

L'istituto è per altro innovato sia, come già rilevato, quanto ai modi di emersione di questo esercizio rispetto ai quali appare fortemente recessiva la rilevanza dei momenti procedurali della dichiarazione di pubblica utilità e del decreto di espropriazione e sintomatica, perciò, la sola astratta previsione del potere; sia quanto all'estensione dell'ambito della discrezionalità amministrativa; sia quanto al meccanismo del trasferimento della proprietà del bene immobile, del quale l'autorità può rifiutare la restituzione nel solo ambito delle cennate garanzie giuridiche ed economiche, la cui esigenza è stata specialmente sottolineata dalla Corte di Strasburgo; sia con riferimento alla tutela giudiziaria, interamente attribuita, ora, con la sola eccezione delle "vie di fatto" materiali, al giudice amministrativo, ben al di là, perciò, dei limiti precedentemente affermati.

Si realizza per tale maniera, nella materia delle espropriazioni (eccezion fatta per le questioni indennitarie) quella estesa concentrazione della giurisdizione che è tra gli obiettivi prioritari della recente legislazione e che, coerente con la acquisita pienezza dei poteri del giudice

amministrativo, consente ponderate riflessioni anche nelle altre materie che tuttora esprimono elementi di incertezza sul tema per più versi centrale degli esposti criteri di discriminazione.

X - Ne deriva che, ritenuta e dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo, l'appello deve essere respinto con assorbimento del ricorso incidentale.

Le spese del grado di giudizio, tenuto conto della complessità delle questioni esaminate e del relativo esito, possono compensarsi.

Deve ordinarsi la rimessione degli atti di causa al Tribunale regionale amministrativo per la Lombardia, sezione di Brescia, per la definizione del giudizio

P. Q. M.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ritenuta e dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo, respinge l'appello con assorbimento del ricorso incidentale.

Compensa le spese del giudizio di appello.

Ordina la rimessione della causa al Tribunale regionale amministrativo per la Lombardia , sezione di Brescia, per la definizione del giudizio.

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, riunito in Adunanza plenaria nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2007 con l'intervento dei signori Magistrati:

Mario Egidio Schinaia - Presidente del Consiglio di Stato

Paolo Salvatore - Presidente di Sezione

Giovanni Ruoppolo - Presidente di Sezione Est.

Raffaele Carboni - Consigliere

Costantino Salvatore - Consigliere

Luigi Maruotti - Consigliere

Carmine Volpe - Consigliere

Chiarenza Millemaggi Cogliani - Consigliere

Pier Luigi Lodi - Consigliere

Giuseppe Romeo - Consigliere

Luciano Barra Caracciolo - Consigliere

Cesare Lamberti - Consigliere

Aldo Fera - Consigliere

Presidente

Estensore Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 22/10/2007 .

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Dirigente