Cons. St., Sez. VI, 13 marzo 2008, n. 1059

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 696/2003, proposto da Romilda Bottiglieri, rappresentata e difesa dagli avv.ti Arcangelo Guzzo e Claudio Martino, con domicilio eletto presso lo studio di questi ultimi in Roma, via Isonzo, n. 50;

contro

il Comune di Salerno, in persona del Sindaco legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Valerio Iorio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Antonio Santini in Roma, alla via Lungotevere della Vittoria, n. 10;

e nei confronti

del Ministero dell'Ambiente, in persona del Ministro pro tempore, dell'arc. Antonio Catena, della Comer s.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore; del dott. Alfio Barbato, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Campania, Sezione staccata di Salerno, n. 1438/2001, resa *inter partes*;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Salerno;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza dell'11 gennaio 2008 il Consigliere Roberto Giovagnoli;

Uditi gli avv.ti Falorni per delega di Martino, e Iorio;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

1. Il presente contenzioso nasce a seguito della realizzazione, da parte del Comune di Salerno, di un impianto di scala mobile in adiacenza al muro esterno dell'appartamento, di proprietà dei fratelli Bottiglieri, sito in Salerno, via Indipendenza n. 48, II piano.

La sig.ra Romilda Bottiglieri, comproprietaria (unitamente ai propri fratelli) dell'appartamento in questione, ha proposto ricorso al T.a.r. per la Campania, sezione staccata di Salerno, lamentando che tutte le finestre dell'appartamento confinanti con la gradinata De Santis venivano occluse, pressoché totalmente, dalla scala mobile in corso di realizzazione.

In particolare, la sig.ra Bottiglieri ha formalmente impugnato, chiedendone l'annullamento, la delibera con cui la Giunta Municipale ha conferito l'incarico di redazione del progetto definitivo ed esecutivo di realizzazione dell'impianto di scala mobile e la delibera con cui la stessa Giunta Municipale ha approvato il progetto definitivo relativo alla realizzazione dell'impianto. Ha inoltre

chiesto la riduzione in pristino dei luoghi ed il risarcimento dei danni.

2. Il T.a.r. ha dichiarato il ricorso in parte irricevibile in parte infondato. Segnatamente, il Giudice di primo grado ha dichiarato irricevibile per tardività la domanda volta all'annullamento degli atti impugnati e infondata la domanda risarcitoria.

3. Avverso detta sentenza la sig.ra Bottiglieri ha proposto appello.

4. Si è costituito in giudizio il Comune di Salerno chiedendo il rigetto del gravame.

5. All'udienza dell'11 gennaio 2008 la causa è stata trattenuta per la decisione.

M O T I V I D E L L A D E C I S I O N E

1. Preliminarmente il Collegio deve esaminare d'ufficio la questione relativa alla sussistenza della giurisdizione amministrava in ordine alla presente controversia.

2. Come, infatti, affermato dall'Adunanza Plenaria nella decisione n. 4/2005, da una lettura coordinata dei primi due commi dell'art. 30 della legge n. 1034 del 1971 (per i quali «*il difetto di giurisdizione deve essere rilevato di ufficio*» e «*avverso le sentenze che affermano o negano la giurisdizione è ammesso ricorso al Consiglio di Stato*»), si desume che: nelle ipotesi in cui il TAR abbia espressamente pronunciato sulla giurisdizione, la relativa statuizione può essere conosciuta dal giudice di appello solo in presenza di apposito gravame di parte; il giudice d'appello resta, invece, legittimato ad intervenire quando il giudice di primo grado ha statuito, solo in forma implicita, sulla giurisdizione attraverso l'adozione di una pronuncia di merito o di carattere processuale che non avrebbe, però, potuto essere adottata se non da un organo provvisto di potestà giurisdizionale.

In applicazione di tale principio, nella specie si deve ritenere che - mancando nella sentenza di primo grado qualunque espressa statuizione in tema di giurisdizione - non sussiste per il giudice di appello la preclusione a conoscere *ex officio* di questioni relative alla giurisdizione.

3. Tanto premesso in ordine alla rilevabilità d'ufficio della questione di giurisdizione, la Sezione ritiene che la presente controversia rientri nella giurisdizione del Giudice ordinario.

3.1. Ed invero, anche se formalmente la sig.ra Bottiglieri impugna alcuni atti amministrativi di cui chiede l'annullamento, tutto il ricorso risulta in realtà diretto a lamentare la violazione di un diritto soggettivo come conseguenza di un comportamento meramente materiale posto in essere dal Comune di Salerno in assenza di qualsiasi titolo che potesse legittimarlo.

3.2. La ricorrente in particolare lamenta che:

- il Comune di Salerno ha attuato un comportamento sostanzialmente espropriativo in carenza assoluta di potere, perché ha leso il suo diritto di proprietà senza aver previamente posto in

essere alcun atto amministrativo in grado di affievolirne il diritto di proprietà;

- il comportamento comunale si presenta "come una mera attività materiale, quindi soggetta al regime civilistico delle distanze legali e quindi, in concreto, distintamente illegittima per violazione degli artt. 873 ss. c.c. (violazione, comportante, come è noto l'obbligo di riduzione in pristino dello stato dei luoghi, a norma dell'art. 872 c.c.)" (cfr. pag. 17 del ricorso in appello che richiama sul punto il ricorso di primo grado).

La ricorrente, in via subordinata, nell'ipotesi in cui l'attività del Comune fosse ritenuta lecita, invoca, inoltre, il diritto all'indennizzo per il pregiudizio sofferto ex art. 46 L. n. 2359/1865.

3.3. E' evidente pertanto che, nonostante la formale impugnazione di alcune delibere della Giunta Municipale (e, in particolare, delle delibere con cui è stato dato l'incarico di redigere il progetto definitivo ed esecutivo dell'impianto in questione e della delibera con cui l'impianto è stato approvato), il vero oggetto della lite è rappresentato: in via principale, dalla lesione del diritto di proprietà in conseguenza di un comportamento meramente materiale posto in essere in carenza assoluta di potere dal Comune di Salerno; in via subordinata, dal diritto soggettivo all'indennizzo ex art. 46 L. n. 2359/1865.

Sia la domanda principale, sia quella subordinata fuoriescono, quindi, dalla giurisdizione amministrativa.

3.3.1. La prima in quanto, dopo le sentenze della Corte costituzionale n. 204/2004 e n. 196/2006, deve ritenersi che la giurisdizione esclusiva in materia di urbanistica ed edilizia (di cui all'art. 34 del d.lgs. n. 80/1998 e 53 del D.P.R. n. 327/2001) non ricomprenda comunque le controversie aventi ad oggetto il risarcimento di danni derivanti da comportamenti meramente materiali della p.a., cioè comportamenti, come quelli imputati al Comune nel caso di specie, non riconducibili nemmeno in via indiretta e mediata all'esercizio del potere.

3.3.2. La seconda in quanto, come precisato anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Sez. un., 21 aprile 2006, n. 9342), la situazione giuridica del proprietario che chiede l'indennizzo ex art. 46 L. n. 2359/1865 è riconducibile ad una posizione astrattamente tutelata dall'ordinamento come diritto soggettivo nei confronti della amministrazione, e, quindi, è proponibile davanti al giudice ordinario, a prescindere da ogni questione sul suo fondamento nel merito.

Tale conclusione in tema di giurisdizione resta ferma anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 34, D.Lgs. 31 marzo 1998, e dell'art. 53 D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, in quanto, soprattutto alla luce dei citati arresti della Corte costituzionale n. 204/2004 e n. 196/2006, deve escludersi che le controversie aventi per oggetto l'indennità dovuta dalla P.A. ai sensi della L. n. 2359 del 1865, art. 46, per i danni derivanti dall'esecuzione di opere di pubblica utilità al terzo proprietario di un immobile confinante, estraneo ad un procedimento

espropriativo, possano rientrare nella giurisdizione esclusiva in materia di urbanistica, atteso che nei confronti del soggetto cui spetta l'indennità in questione - il cui fondamento poggia sul principio di giustizia distributiva, per cui non è consentito di soddisfare l'interesse generale attraverso il sacrificio del singolo senza che quest'ultimo ne sia indennizzato (Cass. Sez. Un. 26 giugno 2003 n. 10163, Cass. Sez., Un. 11 giugno 2003 n. 9341) - non è configurabile un rapporto diretto con la pubblica amministrazione-autorità nell'ambito del quale egli sia titolare (anche) di interessi legittimi, la cui cognizione possa essere soggetta alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo.

La giurisdizione del Giudice ordinario trova ulteriore conferma nell'ampiezza della formula usata dal legislatore nell'art. 34 d.lgs. n. 80/1998, comma 3, lett. b), e nell'art. 53, comma 3, D.P.R. n. 327/2001, i quale stabiliscono che nulla è innovato in ordine alla giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa. Tali norme inducono comunque a ritenere assoggettate alla giurisdizione del giudice ordinario anche le indennità in questione, le quali, pur se non entrano a far parte del procedimento espropriativo, si pongono pur sempre come una conseguenza della esecuzione dei lavori oggetto dell'espropriazione.

Né la giurisdizione del Giudice amministrativo può essere affermata valorizzando la circostanza che la ricorrente, oltre alla riduzione in pristino, al risarcimento del danno e alla indennità ex art. 46 citato, chiede anche, come si detto, l'annullamento di alcuni atti amministrativi. Al di là della loro formale impugnazione, invero, non sono tali atti la fonte della lesione lamentata dalla ricorrente, lesione che invece discende, come si evince dall'esame dei singoli motivi di censura, dal comportamento materiale tenuto dal Comune.

3.4. Alla luce delle considerazioni che precedono, deve, pertanto, ritenersi sussistente la giurisdizione del giudice ordinario.

4. Occorre a questo punto verificare quali provvedimenti la Sezione debba adottare per dare attuazione al principio - affermato, sia pure sulla base di percorsi argomentativi in parte divergenti, tanto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (22 febbraio 2007, n. 4109) tanto dalla Corte costituzionale (12 marzo 2007, n. 77) – secondo il quale, allorquando un giudice declini al propria giurisdizione affermando quella di un altro giudice, il processo può proseguire innanzi al giudice fornito di giurisdizione e rimangono salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta davanti al giudice giurisdizionalmente incompetente.

4.1. In attesa dell'intervento legislativo auspicato dalla Corte costituzionale, il Collegio ritiene che per dare attuazione al principio enunciato dalle sopra indicate sentenze sia necessario:

a) rimettere le parti davanti al Giudice ordinario affinché dia luogo al processo di merito: tale rimessione, invero, da un lato,

evita "l'inaccettabile conseguenza di un processo, che si debba concludere con una sentenza che confermi soltanto la giurisdizione del giudice adito senza decidere sull'esistenza o meno della pretesa" (Cass. sez. un. n. 4109/2007), e, dall'altro, è funzionale alla riconosciuta esigenza di far salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda;

b) precisare, comunque, che sono salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda: a tale precisazione da parte di questo Giudice non osta, infatti, la circostanza che sarà poi il Giudice *ad quem* a dover fare applicazione del principio della salvezza degli effetti. Del resto, è la stessa sentenza della Corte costituzionale n. 77/2007, a confermare implicitamente che la dichiarazione della salvezza degli effetti non è prerogativa esclusiva del Giudice *ad quem*, perché, altrimenti, la questione di costituzionalità dell'art. 30 L. n. 1034/1971 (e cioè di una norma che trova applicazione nel processo amministrativo) avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile per difetto di rilevanza. La Corte costituzionale, invece, ha dichiarato illegittima tale norma nella parte in cui non prevede che "gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione". In tal modo la Corte sembra riconoscere che quella relativa alla conservazione degli effetti della domanda è una questione che rileva, in primo luogo, davanti al Giudice che declina la giurisdizione;

c) infine, onde, evitare l'inconveniente, evidenziato in dottrina, di una azione sospesa *sine die*, e come tale *sine die* nella disponibilità assoluta di una delle parti, insieme alla precisazione della salvezza degli effetti, fissare un termine entro cui tale salvezza opera (il che conferma ulteriormente che la sentenza che declina la giurisdizione debba contenere la dichiarazione della salvezza degli effetti, anche al fine di delimitarne la durata),

4.2. Ai fini dell'individuazione di tale termine può essere applicato analogicamente, come hanno già affermato alcune sentenze di primo grado - seguendo le indicazioni fornite da autorevole dottrina - l'art. 50 c.p.c., anche perché, con l'affermazione del principio della *translatio* anche tra diverse giurisdizioni (e non sono tra diversi giudici appartenenti allo stresso plesso giurisdizionale), il difetto di giurisdizione diventa per molti aspetti analogo al difetto di competenza del giudice adito.

L'art. 50 c.p.c. prevede che sia lo stesso giudice che si dichiara incompetente a fissare il termine per la riassunzione davanti al giudice ritenuto competente; in mancanza di tale indicazione, il termine per la riassunzione è di sei mesi dalla comunicazione della sentenza.

Il Collegio, applicando tale norma, fissa il termine per la riassunzione davanti al giudice ordinario – termine fino alla scadenza del quale saranno salvi gli effetti sostanziali e processuali della

domanda – in sei mesi decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della presente decisione.

5. Alla luce delle considerazioni che precedono, la sentenza di primo grado deve essere annullata per difetto di giurisdizione, con rinvio davanti al giudice ordinario perché dia luogo al giudizio di merito.

Sono dichiarati salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda e si fissa il termine di sei mesi dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della presente decisione, per la riassunzione davanti al giudice ordinario.

6. Le spese del giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi, anche in considerazione del fatto che il difetto di giurisdizione è stato rilevato d'ufficio dal Collegio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione VI, annulla per difetto di giurisdizione la sentenza di primo grado. Rimette le parti davanti al giudice ordinario perché dia vita al giudizio di merito, fissando per la riassunzione il termine di mesi sei dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della presente decisione.

Spese del giudizio compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio dell'11 gennaio 2008 con l'intervento dei Sigg.ri:

Claudio Varrone	Presidente
Carmine Volpe	Consigliere
Paolo Buonvino	Consigliere
Aldo Scola	Consigliere
Roberto Giovagnoli	Consigliere