

Comitato scientifico:

Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro BOVE (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella DELIA (Magistrato) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Roberto MARTINO (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di sezione, Suprema Corte di Cassazione) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella STILO (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio URICCHIO (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio VALITUTTI (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

## **Dissuasori di sosta installati dal Comune, danni subiti alla propria attività commerciale: giurisdizione del giudice amministrativo o civile?**

*Il discrimen ai fini del riparto di giurisdizione è rappresentato dall'essere o meno il comportamento riconducibile ad un potere amministrativo (quali che siano, legittime o illegittime, le modalità con cui è esercitato), restando, invece, estranei alla giurisdizione esclusiva assegnata in particolari materie al G.A. i comportamenti meramente materiali posti in essere dall'amministrazione al di fuori dell'esercizio di una attività autoritativa o che trovino solo occasione nell'esercizio di un pubblico potere. Pertanto, qualora la parte assuma di essere stata pregiudicata nella propria attività commerciale dall'agire dell'ente comunale che ha escluso "la fermata" sulla pubblica via in assenza (in tesi) di un'attività provvedimentoale ad hoc - posto che si contesta, in definitiva, "il come" è stata esercitata la potestà comunale in materia di circolazione stradale - va dichiarata la giurisdizione dell'A.G.A. (in quanto l'oggetto della tutela invocata si risolve nel controllo di legittimità dell'esercizio del potere stesso, costituendo la verifica sulle modalità e forme con cui si è manifestato siffatto potere "il merito" del giudizio amministrativo).*

### **Cassazione civile, sezioni unite, sentenza del 8.11.2016, n. 22650**

...omissis...

E' pacifico - e comunque verificabile in atti, stante la qualità di giudice del fatto della Cassazione in sede di regolazione della giurisdizione - che la contestata installazione delle fioriere e dei vasi gettacarte è avvenuta a seguito di determina n. 21 del 24.03.2014 dalla quale risulta che la Commissione Straordinaria del zzzz nel tratto privo di marciapiede..." aveva richiesto al settore Area Vigilanza che fosse istituito un percorso pedonale (marciapiede a raso) delimitato con delle fioriere, dissuasori di sosta

e vasi gettacarte; che tale determina era stata preceduta dalla nota n. 4628 (nota di indirizzo, raccomandata a mano) del 25.02.2014 della Commissione straordinaria che qualificava come urgente l'installazione delle fioriere per le indicate finalità; che, infine, con Det. 6 maggio 2014, n. 28 veniva liquidata la fattura relativa all'acquisto delle fioriere, di dissuasori e dei vasi gettacarte.

Orbene il ricorrente, muovendo dal presupposto che manchi un'attività di natura provvedimentale e, in particolare, dal rilievo che non sia stata emessa la necessaria ordinanza motivata ex art. 5 C.d.S., comma 3, contesta le argomentazioni che, in sede preventiva cautelare, hanno portato al diniego dell'ordinanza ex art. 700 c.p.c. e, cioè, che un iter di tal fatta integri un comportamento della Pzz riconducibile all'esercizio di un potere, connotato da finalità pubblicistiche e discrezionali. A parere del ricorrente, nella specie, rileverebbero esclusivamente comportamenti (meri o materiali) illegittimi che, posti in essere in violazione del principio del *neminem laedere*, hanno ingenerato un danno alla propria attività commerciale, risultando, di conseguenza, la controversia riservata all'Azzzzzz

Va premesso che la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione non è preclusa dalla circostanza che, nel procedimento cautelare ante causam, originariamente proposto dall'odierno ricorrente, l'adito Tribunale di Palmi abbia negato il provvedimento di urgenza sul presupposto del difetto di giurisdizione del G.O.; e ciò in quanto il provvedimento reso sull'istanza cautelare non costituisce sentenza e anche la pronuncia sul reclamo mantiene il carattere di provvisorietà proprio del provvedimento cautelare (Cass. Sez. Unite, 22 settembre 2003, n. 14070).

Tanto premesso, ritiene la Corte che le argomentazioni svolte in ricorso e nella memoria di replica a sostegno della scelta di adire il giudice ordinario non siano fondate, appartenendo la controversia in oggetto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Innanzitutto la normativa di riferimento va individuata nell'art. 133 cod. proc. amm., laddove alla lett. f si assegnano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio, e ferme restando le giurisdizioni del Tribunale superiore delle acque pubbliche e del Commissario liquidatore per gli usi civici, nonché 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".

Per individuare l'ampiezza della giurisdizione esclusiva la norma va, poi, integrata da quella di cui all'art. 7, comma 1 cit. cod. proc. amm., secondo cui "sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni", con la precisazione alla stregua di un'interpretazione costituzionalmente orientata che tenga conto delle indicazioni del Giudice delle leggi, allorché ha espunto analoga espressione dal D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 34 (sentenza 5-6 luglio 2004, n. 204) - che il riferimento ai "comportamenti" deve essere inteso nel senso che quelli che rilevano, ai fini del riparto della giurisdizione, sono soltanto i comportamenti costituenti espressione di un potere amministrativo, fermo restando che la questione dell'esistenza o meno di tale potere, nonché della sua legittimità o illegittimità, è a sua volta questione che, in quanto è essa stessa compresa nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, spetterà a quel giudice risolvere come questione che inerisce il "merito" della sua giurisdizione (cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 03 febbraio 2016, n. 2052, in motivazione). Ciò in quanto la previsione di particolari materie nelle quali sussiste la giurisdizione esclusiva del Gzzzz. trova fondamento nell'esigenza, che riposa negli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica: esigenza che non si giustifica quando la pubblica amministrazione non abbia in concreto esercitato, nemmeno mediatamente, il potere che la legge le attribuisce per la cura dell'interesse pubblico.

In definitiva la disposizione di cui all'art. 133, lett. f cit. ha, come presupposto oggettivo, il nesso tra atti e provvedimenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati, ed uso del territorio (stante la valenza tendenzialmente onnicomprensiva dell'espressione "materia urbanistica", in quanto abbracciante la totalità degli aspetti di tale uso), ivi incluse le attività comportamentali che per le loro caratteristiche rivelino, comunque, l'esercizio di un potere pubblicistico in materia; mentre, come presupposto soggettivo, postula che la controversia venga instaurata nei confronti delle predette amministrazioni o dei predetti soggetti.

Orbene - indiscutibile nella specie la sussistenza dell'elemento soggettivo ritiene la Corte che ricorra anche l'elemento oggettivo perchè la controversia risarcitoria incardinata dal omzzzznei confronti dell'ente comunale risulti devoluta alla giurisdizione esclusiva del Gzz

Valga considerare che il ricorrente - assumendo di essere stato leso nello svolgimento della propria attività commerciale dall'indicata determina di apposizione delle fioriere e lamentando l'assenza di un provvedimento formale finalizzato alla dichiarata esigenza dell'ente comunale della "maggiore sicurezza dei pedoni" - pone in discussione l'esercizio di una potestà pubblicistica rientrante nelle competenze municipali in materia di gestione del territorio e, in specie, della circolazione stradale.

In sostanza - come rilevato dal Pzzzz. nella sua requisitoria scritta - nella controversia in oggetto ciò di cui ci duole è proprio dell'agire amministrativo, censurando, in primis, il *omissis* le modalità procedurali con cui la misura è stata adottata e, conseguentemente, le ricadute negative a proposito della redditività di esercizio.

Parte ricorrente insiste sul rilievo che, nella specie, manca un'ordinanza motivata, solo a seguito della quale (in tesi) il Comune di zzzzvrebbe potuto disporre ex art. 5 C.d.S., comma 3 l'apposizione delle fioriere, ritenendo che "qualsiasi comportamento amministrativo per essere espressione di un potere pubblicistico deve trovare fondamento in un precedente provvedimento amministrativo", con la conseguenza che, in difetto, la giurisdizione sarebbe quella del G.O., risultando "l'individuazione del petitum sostanziale" riconducibile ad una posizione di diritto soggettivo (cfr. pagg. 4 e 6 della memoria).

Senonchè l'affermazione non è corretta in via di principio, nel senso che il discrimen ai fini del riparto di giurisdizione è rappresentato dall'essere o meno il comportamento riconducibile ad un potere amministrativo (quali che siano, legittime o illegittime, le modalità con cui è esercitato), restando, invece, estranei alla giurisdizione esclusiva assegnata in particolari materie al Gzzz i comportamenti meramente materiali posti in essere dall'amministrazione al di fuori dell'esercizio di una attività autoritativa o che trovino solo occasione nell'esercizio di un pubblico potere.

Soprattutto le argomentazioni del ricorrente si rilevano prive di correlazione con gli stessi presupposti della domanda risarcitoria, giacchè obliterano un dato che, per converso, emerge con chiara evidenza dalla stessa prospettazione difensiva, essenzialmente focalizzata sul rilievo dell'assenza di un'ordinanza motivata ex art. 5 C.d.S.; e ciò in quanto il ricorrente, assumendo di essere stato pregiudicato nella propria attività commerciale dall'agire dell'ente comunale che ha escluso "la fermata" sulla pubblica via in assenza (in tesi) di un'attività provvedimento ad hoc, contesta in definitiva "il come" è stata esercitata la potestà comunale in materia di circolazione stradale. Ne consegue che, sulla base del criterio del petitum sostanziale, l'oggetto della tutela invocata si risolve nel controllo di legittimità dell'esercizio del potere stesso, costituendo la verifica sulle modalità e forme con cui si è manifestato siffatto potere "il merito" del giudizio amministrativo.

In conclusione va dichiarata la giurisdizione zzzz

Le spese del giudizio per regolamento di giurisdizione, liquidate come in dispositivo alla stregua dei parametri di cui al D.M. n. 55 del 2014, seguono la soccombenza.

pqm

La Corte dichiara la giurisdizione dell'A.zzz.; condanna parte ricorrente al rimborso delle spese del giudizio di cassazione, liquidate in Euro 1.200,00 (di cui Euro 200,00 per esborsi) oltre accessori come per legge e contributo spese generali.