

23561/08



ESENTE REGISTRAZIONE - ESENTE BOLLI - ESENTE DIRITTI

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. Vincenzo CARBONE - Primo Presidente -

Dott. Alessandro CRISCUOLO- Presidente di sezione -

Dott. Mario Rosario MORELLI - Consigliere -

Dott. Giovanni SETTIMI - Rel. Consigliere -

Dott. Giuseppe SALME' - Consigliere -

Dott. Salvatore SALVAGO - Consigliere -

Dott. Aldo DE MATTEIS - Consigliere -

Dott. Fabrizio FORTE - Consigliere -

Dott. Stefano BENINI - Consigliere -

Oggetto

AZIONI POSSESSORIE
-GIURISDIZIONE-

R.G.N. 9146/07

Cron. 23561

Rep.

Ud. 06/05/08

C.C.

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso proposto da:

MONALDI MIRELLA, elettivamente domiciliata in ROMA,

VIA FEDERICO CONFALONIERI 2, presso lo studio

dell'avvocato DI GIROLAMO ALFREDO, che la rappresenta

e difende unitamente all'avvocato MILANI MARCO,

giusta delega in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

COMUNE DI ALTOPASCIO, in persona del Sindaco

2008 pro-tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA

528 DELLA BALDUINA 187, presso lo studio dell'avvocato



STEFANO AGAMENNONE, rappresentato e difeso

dall'avvocato DEL SEPPIA GIOVANNI, giusta delega in

calce al ricorso;

- *controricorrente* -

per regolamento preventivo di giurisdizione in

relazione al giudizio pendente n. 832/06 del Tribunale

di LUCCA;

udita la relazione della causa svolta nella camera di

consiglio il 06/05/08 dal Consigliere Dott. Giovanni

SETTIMI;

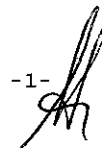
lette le conclusioni scritte dal Sostituto Procuratore

Generale Dott. Raffaele Ceniccola, il quale chiede che

le Sezioni unite, in camera di consiglio, dichiarino

la giurisdizione del giudice amministrativo, con le

statuizioni di legge.

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Mirella Monaldi, proprietaria d'immobile confinante con altro, in precedenza adibito a cinema, di proprietà del Comune d'Altopascio, separati da un'area destinata a "passo", della larghezza di circa tre metri lineari, da tempo remoto utilizzata per l'accesso ad entrambe le unità immobiliari, denunciando che nel luglio 2005 il Comune - nell'intraprendere lavori di ristrutturazione del proprio immobile (ora non più utilizzato come cinema) con rimozione del cancello d'ingresso, costruzione d'un muro in violazione delle distanze legali e di una centrale termica in gran parte insistente sul suolo di sua proprietà esclusiva - aveva abusivamente invaso detta area, ha adito il Tribunale di Lucca convenendo il Comune con azione di manutenzione nel possesso.

Il Tribunale, negando, in fase interdettale, il provvedimento cautelare richiesto, ha espresso dubbi circa la propria giurisdizione, manifestando l'opinione che le domande proposte potessero essere di competenza del giudice amministrativo.

Mirella Monaldi propone, quindi, regolamento preventivo di giurisdizione onde questa sia riconosciuta in favore del giudice ordinario adito.

Resiste il Comune di Altopascio, sostenendo, per converso, la giurisdizione del giudice amministrativo nella controversia *de qua* ai sensi dell'art. 34 del D.Lgs.

n. 80 del 1998, vertendosi in tema d'esecuzione d'opere regolarmente approvate nell'esercizio di potere pubblico, giusta deliberazione di GM n. 1067/00 del progetto definitivo ed esecutivo di ristrutturazione e messa a norma dell'ex cinema, ritualmente preceduta dall'approvazione del progetto preliminare con delibera GM n. 410/00, onde le opere contestate rappresenterebbero la realizzazione conforme d'un progetto esecutivo costituente concessione di opera pubblica all'appaltatore, in esito ad un procedimento amministrativo composto degli atti autorizzativi necessari per legge, munito di ogni parere subprocedimentale e culminato nelle delibere di approvazione dei progetti (preliminare, definitivo ed esecutivo) previsti dalla normativa di settore; evidenzia, altresì, che, successivamente, la Monaldi ha proposto anche ricorso straordinario al Capo dello Stato, impugnando gli atti amministrativi comunali che costituiscono il presupposto dell'attività contestata nel giudizio possessorio, così dando atto della natura pubblicistica dell'attività stessa.

Il Procuratore Generale sostiene la giurisdizione del giudice amministrativo riconducendo il caso in esame alle ipotesi in cui l'occupazione di suolo privato, anche se non direttamente oggetto di atti ablatori, sia connessa all'esecuzione di lavori per la realizzazione d'un'opera di pubblica utilità, investendo la controversia una funzione amministrativa e la mancata comunicazione o no-

tificazione del provvedimento ablatorio, comunque esistente e perfetto, non determina la qualificazione come materiale dell'attività esecutiva dello stesso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La ricorrente Monaldi, dopo aver convenuto il Comune di Altopascio innanzi al tribunale di Lucca con azione possessoria, a seguito dei dubbi sulla propria giurisdizione manifestati da quel giudice in sede cautelare, propone istanza di regolamento preventivo; questa è ammissibile, dacché, come è stato anche recentemente ribadito, essa può essere proposta da ciascuna parte, quindi anche dall'attore nel giudizio di merito, essendo palese, in presenza di ragionevoli dubbi sui limiti esterni della giurisdizione del giudice adito, la sussistenza d'un interesse concreto ed immediato ad una risoluzione della questione in via definitiva ed immodificabile, anche al fine d'ottenere un giusto processo di durata ragionevole, onde evitare che la decisione della questione in sede di merito possa incorrere in successive modifiche nel corso del giudizio, in tal modo ritardandosi la definizione della causa (recentemente, Cass. SS.UU. 20.12.06 n. 27190, 21.9.06 n. 20504, 6.7.04 n. 12412, 25.7.02 n. 10995).

Né osta all'ammissibilità dell'istanza l'intervenuta pronunzia del giudice del merito in sede cautelare, poiché essa non costituisce sentenza, neppure qualora sia

stata contestualmente risolta una questione di giurisdizione (e, nella specie, si sono solo sollevati dubbi), salvo risulti inequivocabilmente che la questione di giurisdizione è stata riferita al solo procedimento cautelare e il regolamento sia stato proposto per ragioni che attengono ad esso in via esclusiva (Cass. SS.UU. 19.1.07 n. 1144, 21.9.06 n. 20504, 6.5.03 n. 6889), il che non è nella specie.

Fatte tali doverose premesse, ritiene il Collegio che tanto la parte intimata quanto il Procuratore Generale siano pervenuti alle riportate conclusioni sulla base d'un'inesatta valutazione della natura e degli effetti delle attività decisionali ed esecutive poste in essere dal Comune.

Valutazione che deve prendere le mosse dalle pronunzie della Corte Costituzionale che hanno investito le norme con le quali il legislatore ha attribuito al giudice amministrativo una giurisdizione esclusiva sulle controversie originate dalle iniziative intraprese dalle Pubbliche Amministrazioni nella materia dell'urbanistica e dell'edilizia statuendo: con la sentenza 6.7.04 n. 204, la parziale illegittimità dell'art. 34 del D.Lgs. 31.3.98 n. 80 come modificato dall'art. 7 della L 21.7.00 n. 2000 nella parte in cui detta giurisdizione è stata estesa ai comportamenti delle Pubbliche Amministrazioni e non solo agli atti ed ai provvedimenti delle stesse; con la sen-

tenza 28.7.04 n. 281, l'illegittimità della medesima normativa nella parte in cui istituisce detta giurisdizione per la materia considerata nel suo complesso invece di limitarsi ad estendere la preesistente giurisdizione esclusiva e generale di legittimità alla cognizione anche dei diritti patrimoniali consequenziali compreso il risarcimento del danno; con la sentenza 11.5.06 n. 191, la illegittimità costituzionale dell'art. 53/I del D.Lgs. 8.6.01 n. 325, trasfuso nell'art. 53/I del DPR 8.6.01 n. 327, per esservi stata devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione delle controversie relative ai comportamenti delle Pubbliche Amministrazioni (e dei soggetti ad esse equiparati) in materia d'espropriazione per pubblica utilità senza prevederne l'esclusione in caso di comportamenti non riconducibili, nemmeno mediatamente, all'esercizio d'un pubblico potere.

Alla luce delle quali pronunzie, la più recente giurisprudenza di legittimità, in ordine ai limiti d'operatività dell'art. 34 del D.Lgs. 31.3.98 n. 80 come modificato dall'art. 7 della L 21.7.00 n. 2000, ha ritenuto che "La tutela giurisdizionale contro l'agire illegittimo della pubblica amministrazione spetta al giudice ordinario, quante volte il diritto del privato non sopporti compressione per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo o, se lo sopporti, quante volte l'azione del-

la pubblica amministrazione non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere, che sia riconoscibile come tale, perché a sua volta deliberato nei modi ed in presenza dei requisiti richiesti per valere come atto o provvedimento e non come mera via di fatto. A questo fine, si ritiene che vada richiamato il principio di diritto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204 del 2000, secondo cui la giurisdizione del giudice amministrativo resta in ogni caso delimitata dal collegamento con l'esercizio in concreto del potere amministrativo secondo le forme tipiche previste dall'ordinamento: ciò sia nella giurisdizione esclusiva che nella giurisdizione di annullamento. Il che non si verifica quando l'amministrazione agisca in posizione di parità con i soggetti privati, ovvero quando l'operare del soggetto pubblico sia ascrivibile a mera attività materiale, con la consapevolezza che si verte in questo ambito ogni volta che l'esercizio del potere non sia riconoscibile neppure come indiretto ascendente della vicenda." e che "Nel settore delle occupazioni illegittime, sono poi chiaramente ascrivibili alla giurisdizione ordinaria le forme di occupazione 'usurpativa', caratterizzate dal tratto, che la trasformazione irreversibile del fondo si produce in una situazione in cui una dichiarazione di pubblica utilità manca affatto. E alla stessa conclusione si deve pervenire nel caso in cui il decreto di espropriazione è

pur stato emesso, e però in relazione a bene, la cui destinazione ad opera di pubblica utilità la si debba dire mai avvenuta giuridicamente od ormai venuta meno, per mancanza iniziale o sopravvenuta scadenza del suo termine d'efficacia." (Cass. SS.UU. 13.6.06 n. 13659 ed, in seguito, conformi *e pluribus* 19.4.07 n. 9323, 2.4.07 n. 8210, 28.2.07 n. 4632, 7.2.07 n. 2688, 31.10.06 n. 23339).

Successivamente all'entrata in vigore delle surrichiamate normative, quali risultanti a seguito degli interventi del giudice delle leggi, le azioni possessorie sono, dunque, esperibili davanti al giudice ordinario nei confronti della P.A. (e di chi agisca per conto di essa) quando il comportamento della medesima non si ricollegi ad un formale provvedimento amministrativo, emesso nell'ambito e nell'esercizio dei poteri autoritativi e discrezionali ad essa spettanti, ma si concreti e si risolva in una mera attività materiale, non sorretta da atti o provvedimenti amministrativi formali; ove risulti, invece, sulla base del criterio del *petitum* sostanziale, che oggetto della tutela invocata non è una situazione possessoria, ma il controllo di legittimità sull'esercizio del potere da parte della P.A., va dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, competente essendo il giudice amministrativo, poiché costituisce una questione di merito, la cui decisione spetta al giudice provvisto di giurisdizione, stabilire se l'azione sia

proponibile e la pretesa dell'attore possa essere soddisfatta (Cass. SS.UU. 8.5.07 n. 10375, 28.2.07 n. 4633).

Nella specie, all'esame degli atti (consentito a questa Corte in quanto adita per la risoluzione d'una questione di giurisdizione: Cass. SS.UU. 19. 2 07 n. 3723, 1.8.06 n. 17461, 10.7.03 n. 10840) risulta, ai fini dell'identificazione del *petitum* sostanziale, che la Monaldi non ha esperito alcuna azione d'annullamento di provvedimenti od atti adottati dal Comune nell'esercizio di pubblici poteri, onde non è configurabile una connessione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi tale da giustificare la concentrazione della tutela innanzi al giudice amministrativo, e che, per contro, la stessa Monaldi ha agito onde far accertare, sul piano puramente privatistico dell'impedimento al transito sull'area *de qua* e della violazione delle distanze legali tra le costruzioni, la lesione dei propri corrispondenti diritti soggettivi conseguente alla realizzazione sulla detta area di opere edili da parte del Comune.

E' quest'ultimo che, nella propria difesa, ha sostenuto d'aver agito in esecuzione d'atti d'esercizio del proprio potere pubblicistico in materia d'urbanistica e d'edilizia, richiamando le deliberazioni di Giunta 410/00 d'approvazione del progetto preliminare e 1067/00 d'approvazione del progetto definitivo ed esecutivo delle opere *de quibus*, e sollevato la questione del difetto di giu-

risdizione, valutata positivamente dal giudice del merito in sede cautelare, ma senza specifiche determinazioni al riguardo, e portata, per ciò, dalla Monaldi all'odierno esame.

Riguardo ai quali atti devesi rilevare come la Giunta Municipale: con la deliberazione n. 410/00 abbia approvato un progetto preliminare per la ristrutturazione dell'ex cinema Puccini; con la deliberazione n. 1067/00, abbia approvato i progetti definitivi-esecutivi generale e del primo lotto di lavori, provveduto all'imputazione delle somme necessarie, stabilito le modalità di affidamento dei lavori relativi; con la deliberazione n. 112/02, abbia approvato le varianti di spesa, confermato la imputazione, affidato i lavori all'impresa Consage.

Trattasi, all'evidenza, di atti gestori interni dell'attività amministrativa comunale rilevanti ai fini delle scelte operative e della corretta imputazione delle spese in bilancio, ma privi di rilevanza esterna salvo che nei rapporti con l'impresa aggiudicataria dei lavori espressamente presavi in considerazione; nessuno degli atti indicati menziona, per contro, l'esigenza né d'un'occupazione, temporanea e/o definitiva, di beni appartenenti a privati, né d'un'ablazione degli stessi in funzione della pubblica utilità dell'opera e, di conseguenza, nessuno di essi contiene determinazione alcuna in ordine alle dette occupazione ed espropriazione nonché ai

termini d'inizio e compimento sia dei lavori sia della procedura espropriativa ed alle connesse attività procedurali.

Anche a voler prescindere da un'espressa dichiarazione di pubblica utilità e d'urgenza dell'opera, potendo questa essere implicita nell'approvazione del progetto, ex art. 1 della L 3.1.78 n. 1, non di meno, ove la realizzazione del progetto stesso comporti l'invasione della sfera dei privati, tale conseguenza dell'attività esecutiva del progetto stesso non solo deve formare oggetto, per i principî di tipicità e legalità del procedimento ablativo (art. 42/III Cost., art. 1 L 25.6.1865 n. 2359), di specifica determinazione, ma detta determinazione deve, altresì, essere adottata formalmente ed in conformità alla normativa che la disciplina.

E' appena il caso di rilevare come i principî sopra richiamati siano confermati anche dall'art. 2 del DPR 8.6.01 n. 327, disposizione che - al pari dell'art. 53 sulla giurisdizione, cui si è in precedenza fatto riferimento in relazione alla sua dichiarata parziale incostituzionalità - non è, peraltro, applicabile alla fattispecie in esame, in quanto entrata in vigore contestualmente al corpo normativo del quale fa parte (*id est* dal 1°.7.03, come stabilito dell'art. 59 t.u. cit., definitivamente modificato dal D.Lgs. 17 dicembre 2002, n. 302, art. 1) mentre gli atti amministrativi dei quali si discute sono

di gran lunga antecedenti, risalendo agli anni 2000/2002, ed, infatti, il procedimento non ha seguito le regole dettate dalla normativa in esame.

Come non ha seguito, d'altronde, nemmeno quelle dettate dalla normativa all'epoca vigente.

Da quanto sopra evidenziato risulta, infatti, che l'occupazione dell'area *de qua* e l'edificazione in difformità dalla disciplina delle distanze legali, denunciate dalla Monaldi, hanno avuto luogo *de facto*, senza che l'ingerenza nella sfera privata in sede di realizzazione del progetto approvato fosse, non che espressamente prevista, neppure ipotizzata negli esaminati atti deliberativi adottati dal Comune e, quindi, senza che in essi vi fosse l'adozione d'alcuna determinazione al riguardo, tanto meno d'un preliminare provvedimento dispositivo ed autorizzativo delle attività connesse e, di conseguenza, senza indicazione dei prescritti termini, oltre che, successivamente, senza che il procedimento desse luogo alle dovute redazione del verbale d'immissione in possesso e compilazione dello stato di consistenza.

E, quand'anche volesse considerarsi l'invasione della sfera privata come prevista ed autorizzata negli atti esaminati, ciò che comunque non è, già la sola mancata indicazione nelle pertinenti determinazioni dei termini d'inizio e di completamento dell'opera deliberata priverebbe la relativa pur implicita dichiarazione di

pubblica utilità dell'idoneità, che le sarebbe propria, a sottoporre la proprietà privata alla procedura ablatoria e renderebbe l'Amministrazione carente del potere di disporre sia l'espropriazione dell'area occorrente per la realizzazione dell'opera stessa, che la sua occupazione d'urgenza (*e pluribus*, recentemente, Cass. 7.2.07 n. 2688, 2.4.07 n. 8210, 19.4.07 n. 9323).

Ne consegue, per le ragioni in precedenza svolte, che la presente controversia, con la quale la Monaldi, deducendo l'illegittimità dei comportamenti materiali posti in essere dal Comune, ha chiesto in via di tutela possessoria, nella rilevata carenza del potere ablatorio della amministrazione, la rimessione in pristino della situazione *qua ante*, è da attribuire alla giurisdizione ordinaria, essendo ravvisabile la lesione d'un diritto soggettivo, in nessun modo riconducibile alla 'materia dell'urbanistica e dell'edilizia' all'intero ambito della quale è estesa, dalla normativa di fine millennio, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Conclusione alla quale, può aggiungersi, si dovrebbe, in ogni caso, pervenire anche in base ad ulteriore considerazione.

L'immobile di proprietà comunale sul quale sono in corso i lavori di ristrutturazione è, infatti, da ritenere, allo stato, un bene patrimoniale disponibile, in quanto privo d'un'effettiva ed attuale destinazione a

pubblico servizio, destinazione cui non sono idonee le dichiarazioni d'intenti contenute nelle deliberazioni e-saminate dacché, proprio per l'esigenza d'un reale legame con le oggettive caratteristiche del bene, tale requisito oggettivo non può dipendere da un mero progetto di uti-lizzazione da parte della P.A. o da una risoluzione che, ancorché espressa in un atto amministrativo, non incide, di per sé, sulle caratteristiche funzionali attuali del bene e può anche essere suscettibile di revoca in corso d'opera a seguito di diversa valutazione del pubblico in-teresse da parte dell'organo che l'ha adottata e che può destinare l'immobile a scopo diverso da quello preceden-temente previsto e non ancora attuato (*e pluribus*: Cass. 9.9.97 n. 8743, 15.7.99 n. 391 SS.UU., 28.6.06 n. 14865 SS.UU.).

Ne consegue che, nell'esecuzione dei lavori in di-scussione, il Comune ha agito su di un bene patrimoniale disponibile e, quindi, *iure privatorum*, sicché la cognizione dell'eventuale illegittimità dell'azione stessa per le-sione dei diritti soggettivi dei privati è demandata al giudice ordinario.

Alle considerazioni che precedono nulla toglie che, nel frattempo, la Monadi, per tuziorismo, abbia anche im-pugnato, con ricorso straordinario al Capo dello Stato, le determinazioni amministrative delle quali si discute, tale iniziativa non implicando affatto il riconoscimento

d'una giustificazione sulla base di provvedimenti autoritativi dell'attività materiale la cui illegittimità sul piano privatistico è dedotta a fondamento dell'azione possessoria.

Il ricorso, va, dunque, accolto con declaratoria della giurisdizione del giudice ordinario.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

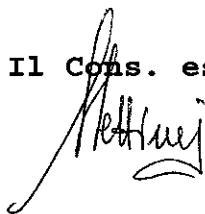
P. Q. M.

LA CORTE

pronunziando a Sezioni Unite, accoglie il ricorso, dichiara la giurisdizione del giudice ordinario e condanna il resistente alle spese che liquida in € 100,00 per esborsi ed in € 5.000,00 per onorari oltre ad accessori di legge.

Così deciso in Camera di Consiglio il 16.05.2008.

Il Cons. est.



Il Presidente



IL CANCELLIERE
Giovanni Giambattista

Depositata in Cancelleria



oggi, 12 SET 2008
IL CANCELLIERE
Giovanni Giambattista