

Civile Ord. Sez. U Num. 21769 Anno 2021

Presidente: CURZIO PIETRO

Relatore: VALITUTTI ANTONIO

Data pubblicazione: 29/07/2021

### **ORDINANZA**

sul ricorso 30303-2019 proposto da:

COMUNE DI GIZZERIA, in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, CORSO DI FRANCIA 177, presso lo studio dell'avvocato ALESSANDRA GIULIANI, rappresentato e difeso dall'avvocato FRANCESCO STELLA;

**- ricorrente -**

MASTROIANNI TRISTANO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA STEFANO LONGANESI 9, presso lo studio dell'avvocato CARMELO

RUSSO, rappresentato e difeso dall'avvocato FERDINANDO PIETROPAOLO;

**- controricorrente e ricorrente incidentale -**

avverso la sentenza n. 763/2019 della CORTE D'APPELLO di CATANZARO, depositata il 10/04/2019.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 06/07/2021 dal Consigliere ANTONIO VALITUTTI;

lette le conclusioni scritte del Procuratore Generale Aggiunto LUIGI SALVATO, il quale chiede che la Corte, riuniti i ricorsi, li rigetti.

**FATTI DI CAUSA**

1. Con atto di citazione notificato il 12 gennaio 2011, Tristano Mastroianni conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Lamezia Terme. il Comune di Gizzeria, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni conseguiti allo smantellamento, posto in esse dal convenuto, di un chiosco edificato dall'attore su suolo pubblico concessogli in uso dal Comune medesimo.

1.1. Esponeva l'istante di essere titolare dal 25 maggio 2007 di una concessione per l'utilizzazione dell'area sita nel Comune di Gizzeria, prospiciente il lungomare Amerigo Vespucci, per complessivi 70 mq., per la realizzazione - da effettuarsi nel termine di dodici mesi a pena di decadenza, e con previsione di acquisizione del manufatto a titolo gratuito al Comune - di un chiosco per l'esercizio di attività commerciale tipo rosticceria-fast food, per la durata di anni cinque (rinnovabili). Deduceva, altresì, l'istante che - in conseguenza delle forti mareggiate verificatesi nel mese di gennaio 2010 - l'ente pubblico aveva provveduto a smantellare il chiosco, per trasferirlo altrove, impregiudicata la titolarità della concessione e della licenza commerciale.

1.2. Costitutosi il Comune di Gizzeria, il Tribunale adito condannava l'ente convenuto al pagamento, in favore del

Mastroianni, della somma di Euro 17.434,12, a titolo del risarcimento del danno, oltre alle spese del giudizio.

2. La Corte d'appello di Catanzaro, con sentenza n. 763/2019, depositata il 10 aprile 2019, rigettava l'appello principale proposto dal Comune di Gizzeria, accoglieva parzialmente l'appello incidentale proposto da Tristano Mastroianni, e condannava il Comune a pagare a quest'ultimo la somma di Euro 19.282,14. La Corte riteneva infondato il motivo di appello principale dell'ente pubblico, con il quale il medesimo si doleva che il Tribunale non avesse rilevato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, essendo la controversia rientrante nella giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. b) e q). Nel merito, disattese le censure del Comune quanto all'accertamento della responsabilità ed alla quantificazione del danno, la Corte territoriale riteneva fondato l'appello incidentale del Mastroianni limitatamente al mancato riconoscimento al danneggiato, da parte del primo giudice, degli interessi legali e della rivalutazione monetaria a far tempo dalla data dell'illecito.

3. Per la cassazione di tale pronuncia ha proposto ricorso il Comune di Gizzeria nei confronti di Tristano Mastroianni, sulla base di due motivi. Il resistente ha replicato con controricorso, contenente altresì ricorso incidentale affidato a due motivi. Il Procuratore Generale ha concluso per il rigetto di entrambi i ricorsi.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. Con il primo motivo di ricorso, il Comune di Gizzeria denuncia la violazione dell'art. 133, comma 1, lett. b) e q) cod. proc. amm., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 1 cod. proc. civ.

1.1. Si duole il ricorrente del fatto che la Corte d'appello abbia ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice ordinario in quanto «la controversia trae origine da un comportamento materiale

addebitato dall'attore al Comune di Gizzeria, il quale, nel gennaio 2010, "senza alcun preavviso provvedeva allo smantellamento del chiosco" [...] che era stato realizzato su un'area oggetto di concessione; detto comportamento, secondo la prospettazione attorea, aveva causato dei danni, per il cui risarcimento l'attore aveva agito in giudizio». Il giudice di secondo grado ha, pertanto, escluso che i danni fossero «riconducibili ad un provvedimento amministrativo o, comunque, all'esercizio di un'attività discrezionale nella quale l'Amministrazione abbia esercitato un potere pubblico, trattandosi, invece, della prospettazione di una mera attività materiale lesiva di una posizione di diritto soggettivo».

1.1.1. La Corte territoriale – a parere dell'istante – non avrebbe, peraltro, tenuto conto del fatto che la pretesa attività lesiva dell'amministrazione comunale era derivata dal rapporto concessorio – avente ad oggetto un bene demaniale – esistente tra le parti, sicchè sarebbe stata controversa, nel presente giudizio, la legittimità dell'operato della Pubblica Amministrazione nell'ambito di un rapporto di concessione, in relazione al quale sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, n. 6, lett. b) cod. proc. amm., non vertendosi neppure in ipotesi di giudizio avente ad oggetto indennità, canoni ed altri corrispettivi, per i quali la giurisdizione appartiene al giudice ordinario.

1.1.2. Del pari erronea sarebbe, peraltro, ad avviso del Comune di Gizzeria, l'ulteriore affermazione della Corte d'appello, secondo la quale non sarebbe neppure applicabile, nella specie, l'art. 133, comma 1, n. 6, lett. q) cod. proc. amm., «non trattandosi di controversia avente ad oggetto i provvedimenti, anche contingibili ed urgenti, emanati dal sindaco». Il giudice territoriale non avrebbe, per contro, tenuto conto del fatto che la sentenza di primo grado, «affatto riformata sul punto», avrebbe qualificato l'intervento

comunale di demolizione del chiosco «come adottato ai sensi dell'art. 54, quarto comma, del t.u. 267/2000». Per il che, anche sotto tale profilo, la giurisdizione del giudice amministrativo sussisterebbe, ai sensi della norma succitata.

1.2. Il motivo è infondato, ed in parte inammissibile.

1.2.1. Va osservato che, secondo il costante insegnamento di questa Corte, ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo rileva non tanto la prospettazione compiuta dalle parti, quanto il «*petitum* sostanziale», che va identificato soprattutto in funzione della «*causa petendi*», ossia dell'intrinseca natura giuridica della posizione dedotta in giudizio (cfr., *ex plurimis*, Cass. Sez. U., 25/06/2010, n. 15323; Cass. Sez. U., 11/10/2011, n. 20902; Cass. Sez. U., 15/09/2017, n. 21522; Cass. Sez. U., 26/10/2017, n. 25456; Cass. Sez. U., 31/07/2018, n. 20350; Cass. Sez. U. 19/11/2019, n. 30009).

1.2.2 Nel caso di specie, la Corte d'appello ha fatto corretta applicazione di tale principio, avendo accertato che la domanda proposta dal Mastroianni era diretta a far valere la responsabilità del Comune di Gizzeria per i danni subiti, in conseguenza di un «comportamento materiale» – la demolizione del chiosco – posto in essere dall'ente pubblico, senza attinenza alcuna con il provvedimento amministrativo di concessione, che aveva costituito solo la premessa dell'azione risarcitoria. Da tale premessa, il giudice di secondo grado ha tratto la conseguenza della sussistenza, nella specie, della giurisdizione del giudice ordinario, attesa l'assenza – nella domanda – di riferimenti attinenti ai profili pubblicistici del rapporto concessorio. Ebbene, a fronte di tale qualificazione operata dalla Corte territoriale la censura – come condivisibilmente rilevato dal Procuratore Generale – non contiene alcuna autosufficiente deduzione (art. 366, primo comma, n. 6 cod. proc. civ.), idonea ad

evidenziare un ipotetico errore di interpretazione della domanda operato dal giudice di appello

1.2.3. Se, pertanto, la domanda proposta in giudizio dal Mastroianni è fondata su di un mero comportamento materiale, a monte del quale non vi è stato alcun atto autoritativo dell'amministrazione, l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario, effettuata dalla Corte d'appello deve ritenersi del tutto corretta. Ed invero, in tema di concessione di costruzione e gestione di opera pubblica e di concessione di servizi pubblici, la giurisdizione del giudice ordinario, riguardante le indennità, i canoni e altri corrispettivi, nella fase esecutiva del contratto di concessione, si estende alle questioni inerenti l'adempimento e l'inadempimento della concessione, nonché le conseguenze risarcitorie, vertendosi nell'ambito di un rapporto paritetico tra le parti, ferma restando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nei casi in cui la P.A. eserciti poteri autoritativi tipizzati dalla legge (Cass. Sez. U., 08/07/2019, n. 18267; Cass. Sez. U., 29/01/2021, n. 2144).

La giurisdizione del giudice ordinario sussiste, pertanto, ogni qual volta non sia in discussione il rapporto di concessione nei suoi aspetti provvedimenti di rilievo pubblicistico, bensì esclusivamente le sue concrete modalità esecutive, trattandosi – in siffatta ipotesi – di mere attività materiali lesive di una posizione di diritto soggettivo, senza che rilevi la titolarità in capo all'attore di una concessione su bene demaniale, la quale costituisce soltanto la premessa dell'azione risarcitoria promossa (Cass., 12/12/2018, n. 32180).

1.2.4. Certamente inammissibile è, poi, la doglianza relativa alla pretesa violazione dell'art. 133, comma 1, lett. q) cod. proc. amm., per non avere la Corte d'appello tenuto conto – ad avviso del ricorrente – del fatto che la sentenza di primo grado aveva affermato che il provvedimento di demolizione del chiosco era stato disposto, ai

sensi dell'art. 54 del d.lgs. n. 267 del 2000, e, quindi, in forza di un provvedimento contingibile ed urgente emesso dal sindaco. Il che radicherebbe la giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi della norma summenzionata.

Invero – come evidenziato anche dal Procuratore Generale – dalla sentenza impugnata si desume esattamente il contrario, e cioè che dalla pronuncia di primo grado era possibile rilevare – e l'affermazione non era stata neppure attinta da una specifica censura – che lo smontaggio del chiosco era stato ritenuto illegittimo proprio «perché eseguito senza previa ordinanza ex art. 54 d.lgs. n. 267/2000» (p. 4). Per il che il motivo, sul punto, è inammissibile poiché non coglie affatto – anzi collide con essa – la *ratio decidendi* della sentenza impugnata ((Cass., 10/08/2017, n. 19989).

1.3. Per tutte le ragioni esposte, la censura non può trovare accoglimento.

2. Con il secondo motivo di ricorso, il Comune di Gizzeria denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 111 Cost. e dell'art. 2043 cod. civ., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 cod. proc. civ.

2.1. Il ricorrente censura l'impugnata sentenza, nella parte in cui la Corte d'appello – con pronuncia, a suo dire, del tutto carente di motivazione – ha rigettato l'eccezione dell'ente, già proposta in primo grado, secondo cui l'intervento demolitorio posto in essere dal Comune era stato imposto dalle violente mareggiate che – senza tale intervento – avrebbero comportato la perdita integrale del chiosco realizzato dal Mastroianni. La particolare violenza di dette mareggiate costituirebbe, pertanto, una causa di forza maggiore, tale da interrompere il nesso di causalità tra la condotta – in ipotesi lesiva – posta in essere dal Comune di Gizzeria ed il danno allegato

dal Mastroianni. Con la conseguenza che nessuna responsabilità potrebbe essere ascritta all'ente per il fatto lesivo per cui è causa.

2.2. La Corte territoriale, avrebbe, dipoi, errato nel liquidare al danneggiato il pregiudizio da lucro cessante per l'anno 2010, sulla base delle dichiarazioni dei redditi, dalle quali ha desunto che «se l'attività commerciale fosse regolarmente proseguita nel 2010, l'odierno appellato avrebbe percepito lo stesso reddito di impresa dell'anno precedente».

2.3. E tuttavia, va rilevato, al riguardo, che il giudice di secondo grado ha altresì rilevato che la motivazione della sentenza del Tribunale sul punto non era stata affatto censurata, e che erroneamente il Comune aveva ritenuto che il lucro cessante fosse stato riconosciuto al Mastroianni con riferimento «agli anni di durata della concessione», laddove il primo giudice si era limitato a liquidare i danni per il solo anno 2010.

2.4. A fronte di tali motivate conclusioni, la doglianza – senza in alcun modo confrontarsi con l'impugnata sentenza, in special modo con riferimento alla mancata impugnazione della decisione di prime cure – ha riproposto, in questa sede, l'eccezione relativa alla forza maggiore, senza tenere conto neppure dell'affermazione succitata, secondo cui la responsabilità dell'Amministrazione era comunque radicata nel fatto di avere posto in essere un provvedimento materiale lesivo (lo smontaggio del chiosco), senza neppure adottare un'ordinanza di urgenza ex art. 54 del d.lgs. n. 267/2000.

2.5. Per tali ragioni il motivo non può che essere disatteso.

3. Con i due motivi di ricorso incidentale – che per la loro connessione possono essere esaminati congiuntamente – Tristano Mastroianni denuncia l'omesso esame di fatti decisivi del giudizio, che hanno formato oggetto di contestazione tra le parti, nonché la



violazione dell'art. 2697 cod. civ., in relazione all'art. 360, primo comma, nn. 3 e 5 cod. proc. civ.

3.1. Lamenta l'istante che la Corte d'appello abbia disatteso il secondo e terzo motivo di appello, aventi ad oggetto, rispettivamente, l'ammontare dei danni emergenti, liquidati dal primo giudice in Euro 4.073,12, laddove il giudicante avrebbe dovuto riconoscere il maggiore importo di Euro 14.000,00, e l'ammontare del mancato guadagno, la cui limitazione era stata limitata all'anno 2010, mentre avrebbe dovuto riguardare anche gli ulteriori anni di durata del rapporto concessorio.

3.2. I motivi sono inammissibili.

3.2.1. La Corte d'appello, in relazione al secondo motivo di gravame, ha rilevato che era del tutto mancata «la puntuale elencazione delle maggiori spese, con il riferimento ai relativi documenti giustificativi», relativi alle spese di rifacimento del chiosco» Quanto al terzo motivo di appello, la Corte ha, del pari, rilevato che l'appellante in via incidentale non aveva fornito prova alcuna – il cui onere era a suo carico (Cass., 13/07/2011, n. 15385) – in ordine al fatto che anche negli anni successivi al 2010 il reddito di impresa era diminuito.

3.2.2. Le censure cercano di ribaltare tale giudizio – peraltro con argomentazioni del tutto generiche e prive di autosufficienza, in relazione alle asserite prove offerte – sostanzialmente sollecitando una rivisitazione del merito. Orbene, è inammissibile il ricorso per cassazione che, sotto l'apparente deduzione del vizio di violazione o falsa applicazione di legge, di mancanza assoluta di motivazione e di omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio, in realtà, ad una rivalutazione dei fatti storici operata dal giudice di merito (Cass., 07/12/2017, n. 29404; Cass., 04/08/2017, n. 19547; Cass.,

02/08/2016, n. 16056; Cass. Sez. U., 27/12/2019, n. 34476; Cass., 04/03/2021, n. 5987).

3.2.3. Né può essere accolta la censura di violazione dell'art. 2697 cod. civ., che si configura soltanto nell'ipotesi in cui il giudice abbia attribuito l'onere della prova ad una parte diversa da quella su cui esso avrebbe dovuto gravare secondo le regole di scomposizione delle fattispecie, basate sulla differenza tra fatti costitutivi ed eccezioni (Cass., 23/10/2018, n. 26769). Per converso, nel caso di specie, la sentenza di appello ha fatto corretta applicazione dell'onere della prova, ponendolo esattamente a carico del danneggiato.

3.3. Le doglianze vanno, pertanto, dichiarate inammissibili.

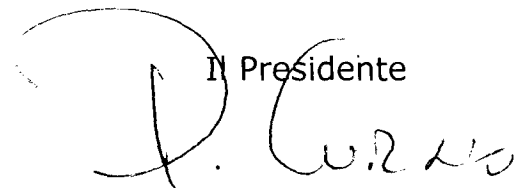
4. Per tutte le ragioni esposte, il ricorso principale e quello incidentale vanno entrambi rigettati, con conseguente integrale compensazione – considerata la reciproca soccombenza delle parti – delle spese del presente grado del giudizio.

**P.Q.M.**

La Corte, pronunciando a Sezioni Unite, rigetta il ricorso principale e quello incidentale. Dichiara integralmente compensate fra le parti le spese del presente grado del giudizio. Ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti principale e incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello, ove dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 bis dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma il 06/07/2021.

Il Presidente



Corte di Cassazione - copia non ufficiale