

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione affrontano un caso problematico di riparto di giurisdizione in relazione a “comportamento materiale” consistente nell’omessa demolizione di un fabbricato abusivo

Cass. civ., s.u., ordinanza 16 dicembre 2016, n. 25978 – Pres Amoroso, Est Petitti

Giurisdizione e competenza – Mancata demolizione di immobile abusivo – Azione risarcitoria – Giurisdizione dell’A.G.O.

Rientra nella giurisdizione dell’A.G.O. l’azione di risarcimento proposta dal proprietario nei confronti di un Comune per danni asseritamente

patiti a causa della omessa demolizione di un manufatto abusivo. (1)

(1) I. - La pronuncia è stata resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in sede di regolamento preventivo di giurisdizione nell’ambito di una controversia risarcitoria proposta dal proprietario di un prestigioso immobile sito in Taormina che lamentava la perdita del panorama in precedenza goduto, per effetto di una sopraelevazione abusiva che il Comune di Taormina aveva omesso di fare demolire.

La Corte regolatrice della giurisdizione precisa tuttavia, in fatto, che nel caso di specie, il Comune aveva adottato l’ingiunzione di demolizione del fabbricato abusivo, tralasciando tuttavia di procedere alle operazioni di demolizione materiale, con la conseguenza che la pretesa risarcitoria azionata dal privato rinveniva la propria ragione sostanziale in un mero comportamento omissivo materiale della pubblica amministrazione comunale.

A tal riguardo la Corte rammenta che alla cognizione del giudice amministrativo sono attribuite le domande di risarcimento del danno che si pongano in rapporto di causalità diretta con l’illegittimo esercizio (o con il mancato esercizio) del potere pubblico, mentre resta riservato al giudice ordinario il risarcimento del danno provocato da “comportamenti” della p.a. che non trovano rispondenza nel precedente esercizio di quel potere, lasciando così intendere che nel caso di specie mancherebbe siffatto rapporto di causalità diretta essendo il danno stato cagionato non dall’esercizio o dal mancato esercizio del potere repressivo (ordine di demolizione) ma dalla omessa conformazione della situazione materiale all’ordinanza di demolizione in precedenza adottata.

Aggiungono le Sezioni Unite che la mancata demolizione andrebbe qualificata come mero comportamento materiale anche in considerazione del carattere vincolato dei provvedimenti conseguenti all’ordine di demolizione (acquisizione al patrimonio indisponibile del Comune, nella specie parimenti non disposta) che non consentirebbe di configurare l’esercizio di poteri in senso proprio, necessario per ritenere sussistente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di urbanistica ed edilizia ai sensi dell’art. 133, comma 1, lettera f), del d.lgs. n. 104 del 2010 (sul carattere vincolato ed automatico della acquisizione del manufatto

abusivo al patrimonio del comune ai sensi dell'art. 31 t.u. edil., oltre alla decisione citata in motivazione, v. Cons. Stato, Sez. V, 28 aprile 2014, n. 2196; nello stesso senso, in relazione al provvedimento comunale che abbia disposto la trascrizione della sentenza del giudice penale recante la confisca di un immobile ex art. 44, co. 2, t.u. edil., v. Cons. Stato, Sez. V, 27 maggio 2014, n. 2711).

II. - Tra le più recenti sentenze della Corte regolatrice della giurisdizione in tema di "comportamenti materiali" si segnalano:

a) [Cass. civ., Sez. un., 7 dicembre 2016, n. 25052](#) che ha ribadito <<la giustiziabilità davanti al giudice ordinario in tutte le controversie in cui si denunzino comportamenti configurati come illeciti ex art. 2043 c.c., e a fronte dei quali, per non avere la P.A. osservato condotte doverose, la posizione soggettiva del privato non può che definirsi di diritto soggettivo, restando escluso il riferimento ad atti e provvedimenti, di cui la condotta dell'amministrazione sia esecuzione, quando essi non costituiscano oggetto del giudizio, per essersi fatta valere in causa unicamente l'illiceità della condotta dell'ente pubblico, suscettibile di incidere sulla incolumità e i diritti patrimoniali del terzo, potendo in tali casi il giudice ordinario non solo condannare l'amministrazione al risarcimento, ma anche ad un "facere" specifico senza violazione del limite interno delle sue attribuzioni>>;

b) [Cass. civ., Sez. un., 8 novembre 2016, n. 22650](#), relativa ad una domanda di risarcimento danni conseguenti all'installazione da parte di un Comune, nel tratto antistante una rivendita di tabacchi-edicola, di fioriere, dissuasori di sosta e portarifiuti, senza l'emissione di alcuna ordinanza, da cui sarebbe conseguito un vistoso calo del volume di affari, ove si legge 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 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>>;

c) [Cass. civ., Sez. un., 18 novembre 2016 n. 23462](#), che ha confermato la giurisdizione del G.O. sulla domanda di risarcimento del danno e restituzione di un fondo occupato *sine titulo* in via temporanea ed urgente (oggetto della News US in data 29 novembre 2016, cui si rinvia per ogni ulteriore riferimento anche in tema di riflessi sulla giurisdizione in relazione allo "sconfinamento" dell'ente che procede alla realizzazione di un'opera pubblica, cui *adde*, 7 dicembre 2016, n. 25044);

d) [Cass. civ., Sez. un., 15 settembre 2015, n. 18080](#), in materia possessoria secondo cui pur in presenza di una convenzione edilizia <<le azioni possessorie sono 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 di 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 dell'esercizio del potere, va dichiarato il difetto di giurisdizione

del giudice ordinario, competente essendo il giudice amministrativo>>; 20 luglio 2015, n. 15155, in Foro it., 2016, I, 962, , con nota di P. CARDINALE, sempre in materia possessoria, secondo cui <<sussiste la giurisdizione del giudice ordinario sull'azione possessoria promossa dal privato destinatario di un atto della p.a. che agisca iure privatorum a tutela del proprio patrimonio immobiliare disponibile>>.