F. N. [illegible]

21535/21

ORIGINALE

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

TERZA SEZIONE CIVILE

Oggetto

Commercio ambulante - Ordinanza sindacale di chiusura - Annullamento - Risarcimento danni - Ammissibilità - Fondamento - Condizioni - Limiti

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RAFFAELE GAETANO ANTONIO FRASCA - Presidente -

Dott. DANILO SESTINI - Consigliere -

Dott. STEFANO OLIVIERI - Consigliere -

Dott. LUIGI ALESSANDRO SCARANO - Rel. Consigliere -

Dott. GABRIELE POSITANO - Consigliere -

R.G.N. 1629/2018

Cron. 21535

Rep.

Ud. 16/11/2020

PU

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 1629-2018 proposto da:

(omissis) , rappresentata e difesa dall'avv. (omissis) (omissis);

- ricorrente -

contro

2020

2072 COMUNE DI (omissis) , elettivamente domiciliato in (omissis) (omissis) , presso lo studio dell'avvocato (omissis) (omissis) , rappresentato e difeso dall'avvocato (omissis)

(omissis);

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 54/2017 della CORTE D'APPELLO di CAGLIARI, depositata il 01/02/2017;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 16/11/2020 dal Consigliere Dott. LUIGI ALESSANDRO SCARANO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. ALESSANDRO PEPE;

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza del 1°/2/2017 la Corte d'Appello di Cagliari, in accoglimento del gravame interposto dal Comune di (omissis) e in conseguente riforma della pronunzia Trib. Cagliari 13/10/2009, ha rigettato la domanda nei confronti del medesimo originariamente proposta dalla sig. (omissis) di risarcimento dei danni lamentati in conseguenza dell'annullamento dell'ordinanza sindacale n. 438 del 1987 di chiusura del commercio ambulante per la VII tabella merceologica nel territorio comunale per il periodo 15 giugno - 25 settembre 1987 in precedenza autorizzato.

Avverso la suindicata pronunzia della corte di merito la (omissis) propone ora ricorso per cassazione, affidato a 5 motivi.

Resiste con controricorso il Comune di (omissis), che ha presentato anche memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Va pregiudizialmente dichiarata infondata l'eccezione sollevata dal controricorrente in ordine al difetto di specialità della procura.

Va al riguardo osservato che la spillatura della medesima tra il ricorso e la relazione di notificazione ex art. 3 *bis* L. n. 53 del 1994 in modo da formare corpo unico con gli stessi rende irrilevante il tenore generico della medesima, e per converso da positivamente valutare la relativa formulazione in termini ampi e comprensivi (<<conferendo ogni relativo potere>>) (cfr. Cass., Sez. Un., 14/3/2016, n. 4909, e conformemente, Cass., 22/8/2018, n. 20898).

Con il 1° motivo la ricorrente denunzia <<violazione e falsa applicazione>> dell'art. 2043 c.c., in riferimento all'art. 360, 1° co. n. 3, c.p.c.

Si duole che la corte di merito abbia nella specie <<escluso sostanzialmente qualsiasi differenza fra interessi oppositivi ed interessi pretensivi, costruendo una tecnica di accertamento identica per entrambi>>, che ha esteso <<anche agli interessi oppositivi azionati>>, laddove dopo la sentenza Cass., Sez. Un., n. 500 del 1999 la S.C. <<ha conservato la distinzione fra interessi oppositivi e pretensivi>>.

Lamenta non essersi dalla corte di merito considerato che, trattandosi come nella specie di interessi oppositivi, in caso di relativa lesione <<viene in rilievo il sacrificio dell'interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio conseguente l'illegittimo esercizio del potere>>, sostanziantesi <<nella pretesa del soggetto a che si rimuova dal mondo giuridico il provvedimento che comprime un suo bene della vita ... che preesiste al provvedimento stesso>>, invero risarcibile <<per il solo fatto che il provvedimento emanato presenti un vizio di legittimità>>, giacché <<pretendere la prova di un danno ingiusto che non si consideri *in re ipsa* nella illegittimità dell'atto equivarebbe ad apporre ingiustificatamente una barriera contenitiva alla risarcibilità dell'interesse legittimo>>.

Il motivo è fondato e va accolto nei termini di seguito indicati.

Come questa Corte ha già avuto più volte modo di affermare, il diritto del privato al risarcimento del danno prodotto dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica prescinde dalla qualificazione formale della posizione di cui è titolare il soggetto danneggiato in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo, dato che la tutela risarcitoria è fatta dipendere ed è garantita in funzione dell'ingiustizia del danno conseguente alla lesione di interessi

giuridicamente riconosciuti, sicché la tecnica di accertamento della lesione varia a seconda della natura dell'interesse legittimo nel senso che, se l'interesse è *oppositivo*, occorre accertare che l'illegittima attività dell'Amministrazione abbia leso l'interesse alla conservazione di un bene o di una situazione di vantaggio; mentre, se l'interesse è *pretensivo*, concretandosi la sua lesione nel diniego o nella ritardata assunzione di un provvedimento amministrativo, occorre valutare a mezzo di un giudizio prognostico, da condurre in base alla normativa applicabile, la fondatezza o meno della richiesta di parte, onde stabilire se la medesima fosse titolare di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, o di una situazione che, secondo un criterio di normalità, era destinata ad un esito favorevole (v. Cass., 13/10/2011, n. 21170; Cass., 8/2/2007, n. 2771; Cass., 6/4/2006, n. 8097. Cfr. altresì Cass., 3/9/2007, n. 18511).

Si è al riguardo altresì precisato che in caso di domanda di risarcimento dei danni per l'omesso o tardivo rilascio di un'autorizzazione amministrativa, seppure la prova (di cui è onerato il danneggiato) del dolo o della colpa della P.A. non possa desumersi dalla sola illegittimità del provvedimento, positivo o negativo, non possono essere considerati sufficienti ad escludere la configurabilità dell'elemento soggettivo, quantomeno della responsabilità colposa, né l'avvenuto annullamento di atti regolamentari generali dello stesso ente disciplinanti la materia oggetto dell'autorizzazione, atteso l'obbligo della P.A. di organizzare la propria attività per assicurare il tempestivo esame delle legittime aspettative dei privati, né la sussistenza di un controverso elemento impeditivo al rilascio dell'autorizzazione, ove il diniego, fondato esclusivamente

su quest'ultimo, sia stato giudicato illegittimo dal giudice amministrativo (v. Cass., 22/3/2016, n. 5621).

Orbene, nell'impugnata sentenza la corte di merito ha invero disatteso i suindicati principi.

E' rimasto nel giudizio di merito accertato che l'odierna ricorrente, titolare di <<roulotte-chiosco, munita di pedana di legno e ferro che circondava la struttura, precludendone la mobilità per tutto il periodo>>, dopo aver ottenuto dal Comune di (omissis) l'autorizzazione al commercio ambulante in località (omissis) , per la tabella merceologica VII^ per il periodo 15 giugno – 25 settembre 1987, nonché dalla Capitaneria di Porto di (omissis) l'<<autorizzazione ad occupare un'area demaniale di mq. 13 in località | (omissis) >>, all'esito di contestazione mossa dai VV.UU. in data 28/7/1987 fu destinataria di un'ordinanza di chiusura dell'attività di commercio ambulante, dal Comune adottata sull'erroneo presupposto del difetto di autorizzazione all'esercizio del commercio ambulante.

All'esito dell'annullamento di tale ordinanza da parte del TAR Sardegna con sentenza n. 246 del 1988 l'odierna ricorrente presentò istanza per l'esercizio dell'attività di commercio ambulante nella zona assegnata dalla Capitaneria di Porto per il periodo 1° luglio1988 – 1° ottobre 1988, ma il Comune non l'accolse <<in quanto i posteggi di (omissis) erano già stati assegnati>>.

Nel riformare la pronunzia del giudice di prime cure, la corte di merito ha rigettato la domanda nei confronti del Comune dall'odierna ricorrente originariamente proposta di risarcimento dei conseguentemente subiti danni

argomentando dal rilievo della ravvisata necessità di <<verificare in termini "virtuali" se la sig.ra (omissis) dovesse effettivamente munirsi di un titolo edilizio e dell'autorizzazione paesaggistica>>, in quanto <<pur se ... si valuta>> l'opera consistente nella predetta <<roulotte-chiosco>> come <<precaria e temporanea>>, si <<deve ritenere che sarebbe stata necessaria l'autorizzazione edilizia ai sensi dell'art. 13, comma 1 lettera m) della Legge regionale n. 23 del 1985, che la prevede espressamente per le opere precarie e temporanee>>, sicché l'autorizzazione all'esercizio del commercio ambulante e la concessione della Capitaneria si configurerebbero solo quali momenti intermedi di un più ampio *iter* burocratico, solo completando il quale si avrebbe il consolidamento del bene della vita in discussione, per cui l'intervento dell'atto illegittimo non avrebbe inciso su una situazione davvero tutelabile in termini risarcitori, in quanto conseguita in maniera non pienamente conforme a quanto richiesto dall'ordinamento>>.

Al riguardo, la corte di merito ha ulteriormente sottolineato che, aderendo all'orientamento secondo cui <<mentre in caso di interessi pretensivi, cioè proiettati verso il conseguimento di un bene futuro sarebbe necessario accertare, almeno in termini probabilistici, la fondatezza della pretesa sostanziale, nell'ipotesi di interessi oppositivi, miranti alla difesa di un bene della vita preesistente, tale indagine non sarebbe necessaria derivando in via automatica dall'accertamento dell'illegittimità dell'atto lesivo il precipitato dell'indebita sottrazione o lesione di un bene della vita preesistente>>, si incorrerebbe nel <<rischio di una *iper*-tutela degli interessi oppositivi, con riguardo non solo a quei casi in cui il provvedimento, affetto da meri vizi

procedimentali o formali ex art. 21 *octies*, comma 2, della legge n. 241/1990, sia vincolato in punto di diritto, o anche solo di fatto, ma soprattutto a quelle ipotesi in cui, azionando l'interesse oppositivo, il ricorrente miri alla protezione di un bene della vita conseguito *contra ius* e, quindi rivendichi ciò nonostante il risarcimento del danno cagionato per effetto della lesione di interessi legittimi>>.

Ha conseguentemente affermato di ravvisare pertanto <<preferibile e maggiormente convincente>> la tesi del giudice amministrativo secondo cui il suindicato orientamento non è compatibile <<con la nozione di ingiustizia del danno cui necessariamente deve aderirsi in base alla c.d. "logica della spettanza" che caratterizza la più recente evoluzione in tema di risarcimento dei danni cagionati dall'amministrazione (Consiglio di Stato , sez. VI, 11/12/2013, n. 5944)>>.

Orbene, va anzitutto osservato che, nel fare espresso richiamo alle pronunzie Cons. Stato, sez. VI, 11/12/2013, n. 5944 e Cons. Stato, sez. V, 28/4/2014, n. 2187 e aderendo al sopra riportato orientamento del giudice amministrativo invero contrastante con quanto da questa Corte al riguardo affermato, nell'impugnata sentenza la corte di merito è inammissibilmente pervenuta a sostanzialmente annullare in realtà la tratteggiata distinzione in merito alla risarcibilità degli interessi come *oppositivi* rispetto agli interessi viceversa *pretensivi*, in base al quale solamente per questi ultimi e non anche per i primi è -come detto- necessario valutare (a mezzo di un giudizio prognostico da condurre sulla base della normativa applicabile) la fondatezza o meno della richiesta di parte al fine di stabilire se la medesima fosse titolare

di una mera aspettativa -come tale non tutelabile- ovvero di una situazione destinata -secondo un criterio di normalità- a un esito favorevole, laddove per gli interessi come nella specie *oppositivi* è viceversa sufficiente accertare che l'illegittima attività della P.A. abbia leso l'interesse alla conservazione di un bene o di una situazione di vantaggio.

Erroneamente l'autorizzazione amministrativa all'esercizio del commercio ambulante in argomento è stata invero dalla corte di merito ritenuta nella specie insussistente, con conseguente adozione del suindicato provvedimento di chiusura.

Né rilievo alcuno può in contrario assegnarsi alla carenza delle ulteriori autorizzazioni a *titolo edilizio* e di *autorizzazione paesaggistica*, avendo l'odierno controricorrente fatto ad esse riferimento solo in questa sede, non risultando il relativo difetto essere stato dagli enti funzionalmente preposti alla relativa tutela fatto comunque debitamente valere ~~(anche~~ con un provvedimento di annullamento della rilasciata autorizzazione, erroneamente - come detto- ravvisata insussistente.

Con il 2° motivo la ricorrente denunzia <<omesso esame>> di fatto decisivo per il giudizio, in riferimento all'art. 360, 1° co. n. 5, c.p.c.

Si duole che la corte di merito abbia <<omesso di valutare>> il <<riesercizio del potere della P.A. ... attuato ... in termini di accoglimento della richiesta della sig.ra (omissis) per l'anno 1988, anche se con una diversa collocazione del punto vendita, con la -errata- motivazione che il punto vendita precedente attinto dall'ordinanza di chiusura era stato assegnato a terzi (v. doc. 11)>>.

Con il 3° motivo denunzia <<violazione e falsa applicazione>> degli artt. 2043 c.c., 112, 113 c.p.c., in riferimento all'art. 360, 1° co. nn. 3 e 5, c.p.c..

Con il 5° motivo denunzia <<violazione e falsa applicazione>> dell'art. 2043 c.c., in riferimento all'art. 360, 1° co. n. 3, c.p.c., nonché <<omesso esame>> di fatto decisivo per il giudizio, in riferimento all'art. 360, 1° co. n. 5, c.p.c.

Si duole che la corte di merito abbia accolto <<l'eccezione di carenza della prova di ingiustizia del danno ex art. 2043 cod. civ. ... sollevata dal Comune convenuto, per la prima volta, in sede di costituzione di nuovo procuratore, ad oltre tredici anni dall'inizio del processo>> e relativa a <<rilascio di titoli (edificatorio ed autorizzativo paesaggistico), cui è deputata esclusivamente la stessa Autorità comunale>>.

Lamenta non avere tale giudice considerato che controparte ha contestato la domanda solamente <<sul *quantum*>> e <<sul punto del concorso di colpa>>, laddove <<non ha contestato, né poteva contestare, l'illegittimità dell'ordinanza di chiusura, basata sul falso presupposto del difetto di autorizzazione alla estensione del commercio ambulante ... annullata dal TAR>>, e <<anzi, in via stragiudiziale ha riconosciuto la fondatezza della pretesa della sig.ra (omissis), accogliendo la sua domanda di rinnovo per la stagione del 1988, come da nota del Sindaco del 24 giugno 1988>>.

Si duole non essersi dalla corte di merito considerato che <<questi titoli edificatorio e paesaggistico non erano stati mai richiesti, né pretesi, nemmeno presi in considerazione, per il solo fatto che lo stesso Comune non li riteneva necessari>>, sicché <<proprio la condotta della PA ... ha generato la lesione

alla sig.ra (omissis)>>, invero <<configurabile quale fatto illecito rilevante ex art. 2043 cod. civ.>>, avendo <<la condotta della PA ... fuorviato la sig.ra (omissis), che aveva riposto legittimo affidamento nella autorizzazione concessa>>.

Lamenta che tale <<fatto storico>> conferma <<come l'emanata ed annullata ordinanza di chiusura ha inciso illegittimamente sul bene della vita preesistente al provvedimento *de quo*, bene della vita che la sig.ra (omissis) dunque deteneva a giusto titolo, perché debitamente conseguito e realizzato, e meritevole in ogni caso di tutela per l'ordinamento, tanto è vero che la stessa PA, nel riesercizio del proprio potere, ha confermato l'autorizzazione al commercio così come richiesta dalla attrice -salva, come si è detto, una diversa ... collocazione->>.

Con il 4° motivo denunzia <<violazione e falsa applicazione>> degli artt. 2043 c.c., 112, 115 c.p.c., L. n. 431 del 1985, L. n. 10 del 1977, L.R. (Sardegna) n. 23 del 1985, in riferimento all'art. 360, 1° co. nn. 3 e 5, c.p.c.

Si duole non essersi dalla corte di merito considerato come <<la sosta di una roulotte ("casotto con le ruote"), attrezzata per la vendita di beni alimentari, non necessiti né di permesso a costruire, né di autorizzazione paesaggistica>>, non trattandosi né di <<opera edilizia>> né di <<box prefabbricato>> né di <<una recinzione>>, che siano <<più o meno infissi al suolo>>, laddove è da escludersi che <<le installazioni ed i rimessaggi di mezzi mobili di pernottamento, campers, roulottes, case mobili ed altro>>, quand'anche <<collocati permanentemente, per l'esercizio dell'attività, entro il perimetro di strutture turistico-ricettive regolarmente autorizzate>>, siano

<<attività rilevanti sul piano urbanistico ed edilizio>>, sicché non vi è la necessità <<di conseguire apposito titolo abilitativo per la loro realizzazione, in considerazione del dato della precarietà strutturale del manufatto>>.

Lamenta che nella specie <<il chiosco *de quo* è stato erroneamente assimilato ad un prefabbricato rientrante nella nozione di costruzione>>.

L'accoglimento nei suesposti termini del 1° motivo di ricorso comporta la cassazione in relazione dell'impugnata sentenza, con assorbimento di tali ulteriori motivi.

Quanto al 3° motivo va in ogni caso segnalato che la dedotta circostanza secondo cui, formatosi il giudicato in ordine alla sopra richiamata pronunzia di annullamento del giudice amministrativo, la <<PA, nel riesercizio del proprio potere, ha confermato l'autorizzazione al commercio così come richiesta dalla attrice -salva, come si è detto, una diversa ... collocazione->>, andrà dal giudice del rinvio debitamente valutata ai fini della stima del danno, non risultando -come detto- il relativo difetto essere stato dagli enti funzionalmente preposti alla relativa tutela fatto comunque debitamente valere, (anche) con un provvedimento di annullamento della rilasciata autorizzazione, erroneamente ravvisata insussistente.

Dell'impugnata sentenza s'impone dunque la cassazione in relazione al motivo accolto, assorbiti gli altri, con rinvio alla Corte d'Appello di Cagliari, che in diversa composizione procederà a nuovo esame, facendo del suindicato disatteso principio applicazione.

Il giudice del rinvio provvederà anche in ordine alle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il 1° motivo di ricorso, assorbiti gli altri. Cassa in relazione l'impugnata sentenza e rinvia, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla Corte d'Appello di Cagliari, in diversa composizione.

Roma, 16/11/2020

Il Consigliere estensore

Il Presidente

Il Funzionario Giudiziario
Francesco CATANIA

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
oggi, 27 LUG 2021