

FATTO

All'odierno giudizio è applicabile l'art. 58, comma II, legge 18 giugno 2009 n. 69 e, per l'effetto, la stesura della sentenza segue l'art. 132 c.p.c. come modificato dall'art. 45, comma 17, della legge 69/09, con omissione dello "svolgimento del processo" (salvo richiamarlo dove necessario o opportuno per una migliore comprensione della ratio decidendi).

Il Comune di ..., nell'ambito di un complesso programma di realizzazione della nuova Piazza .. e di collegamento stradale tra via .. e via .., con adeguamento della sede stradale di via ... (SS ...), deliberava con provvedimento della Giunta Comunale n. 7 del 25 gennaio 2007 un progetto inteso a realizzare, in tempi celeri, l'opera pubblica succitata, previa espropriazione delle aree di interesse lungo il tratto di viabilità interessato e previa stipulazione di un contratto pubblico d'appalto, preceduto da regolare selezione ad evidenza pubblica (v. determinazione di aggiudicazione, del 7 giugno 2007).

Nell'ambito del progetto approvato dall'Esecutivo del Comune, il Sindaco provvedeva con ordinanza n. 10 del 13 settembre 2007 a istituire in via temporanea un senso unico alternato, regolamentato da impianto semaforico, in via .., al fine di attuare, in via esecutiva, il contenuto del progetto approvato dagli organi dell'ente locale convenuto.

Parte attrice, esercente attività di commercio al pubblico con bar sito proprio nella via .. (al n. ..), in conseguenza della sopraccitata opera pubblica – o meglio della sua attuazione per come descritta – proponeva azione risarcitoria davanti a questo giudice esponendo quando segue. L'attrice di doleva del fatto che, in conseguenza della variante alla viabilità, vi era stata una "*contrazione drastica degli affari*", in quanto la clientela trovava "*incredibilmente disagiata accedere presso quei negozi per compiere acquisti*".

L'attrice affermava, pure, che "*la variante viabilistica, così come prospettata, induceva larga parte dei commercianti a rivolgersi ad un legale di fiducia per formalizzare le proprie rimostranze*": al cospetto di tali rimostranze, il Sindaco comunicava che "*i mutamenti viabilistici trovavano piena conferma nel piano attuativo della delibera comunale con oggetto i lavori lungo via ...*".

Senonché, spiegava ancora l'attrice, i lavori si erano protratti oltre il tempo previsto, così andando ad aggravare la situazione di pregiudizio per i commercianti: da qui la citazione introduttiva del giudizio.

Nel libello introduttivo della lite, il Bar ... censurava "*la scelta operata dall'Amministrazione Pubblica di prevedere l'esecuzione delle*

opere pubbliche attuando un piano viabilistico a careggiata chiusa” e deduceva “il nesso causale tra la deviazione viabilistica prescelta dall’amministrazione pubblica comunale per l’attuazione delle opere (...) e il danno da calo degli affari subito dall’attrice”.

Le parti convenute e le parti terze chiamate si costituivano in giudizio regolarmente. All’udienza di prima comparizione, del 22 gennaio 2010, il giudice istruttore sollevava d’ufficio, ex artt. 101, 183 comma IV c.p.c., la questione concernente la giurisdizione del G.O. sulla domanda formulata dalla parte attrice e, per favorire il contraddittorio, assegnava termine per note difensive. Esaurito il contraddittorio, il giudice, in applicazione dell’art. 187, comma III, c.p.c. , invitava le parti a precisare le conclusioni, ritenendo di doversi pronunciare in via pregiudiziale sulla questione della *jurisdictio*.

DIRITTO

La questione della giurisdizione va risolta in senso favorevole alla *potestas decidendi* del Giudice Amministrativo. Onde illustrare la *ratio decidendi* che sorregge l’odierna decisione deve in via preliminare ricostruire l’insieme dei Principi che regolano il riparto di giurisdizione per le cause risarcitorie; verificarsi, quindi, se nel caso di specie la P.A. abbia agito con potere autoritativo al cospetto di interessi legittimi ovvero di diritti soggettivi ma in regime di giurisdizione esclusiva; verificarsi, quindi, la predicabilità di una trasmigrabilità diretta della domanda dal G.O. al G.A.

1. DOMANDE RISARCITORIE E GIURISDIZIONE

Con l’arresto del 6 luglio 2004, n. 204, la Corte Costituzionale ha consegnato agli interpreti le chiavi di lettura per individuare in quali casi la giurisdizione sulla lite giudiziaria sia da attribuire alla cognizione del giudice amministrativo, affermando, in linea di principio, che essa interviene certamente nei casi in cui la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo (cfr. Corte cost., 28 luglio 2004, n.281) ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l’esistenza del potere autoritativo: art. 11 della legge n. 241 del 1990).

Come si è autorevolmente affermato in dottrina, si richiede, cioè, che il comportamento della P.A. sia legato “*a doppio filo*” con il potere ovvero faccia emergere un’amministrazione pubblica che si attegga ad autorità (si parla, anche, di collegamento cd. diretto o funzionale, cfr. Sezioni Unite, ordinanza n. 5084 del 27 febbraio 2008).

E, allora, come pur afferma la dottrina, all’indomani dell’intervento della Consulta può dirsi che il criterio del riparto fondato sulla dicotomia diritto soggettivo – interesse legittimo ha riacquisito il suo alveo naturale, di criterio discretivo fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa (di legittimità ed esclusiva) e, al contempo, i criteri integrativi, volti a stabilire quando ci si trovi in presenza di un diritto soggettivo e quando di un interesse legittimo,

sono risultati semplificati. La tutela giurisdizionale contro l'agire illegittimo della pubblica amministrazione spetta al giudice ordinario, pertanto, 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 della pubblica amministrazione non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere, che sia riconoscibile come tale, perché a sua volta deliberato nei modi e in presenza dei requisiti richiesti per valere come atto o provvedimento e non come mera via di fatto (così gli imponenti arresti di giugno 2006: Cass. Civ. Sez. Un. 15 giugno 2006, n. 13911; Cass. Civ. 13 giugno 2006, n. 13660; Cass. Civ. 13 giugno 2006, n. 13659).

I principi regolatori della giurisdizione, così richiamati, trovano vigore e respiro anche nella materia della responsabilità della Pubblica Amministrazione, già disciplinata dall'art. 7 della Legge 1034/1971 (come sostituito dall'art. 7, legge 21 luglio 2000, n. 205), ove è scolpito che il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, «*conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali*». Con la previsione sopra ricordata, il Legislatore ha sancito che dei danni derivanti da provvedimenti autoritativi illegittimi conosca in via consequenziale, il G.A., quale giudice dinanzi al quale fare concentrare la giurisdizione onde evitare il sistema del "doppio binario" determinatosi all'indomani della sentenza delle SS.UU. 500/1999.

Se quanto sin qui dedotto è stato, invero, sin da subito pacifico quanto ai provvedimenti riconosciuti illegittimi in sede di giurisdizione generale di illegittimità per lo specifico caso del loro venir meno per annullamento giurisdizionale, stesso non può dirsi quanto alle cd. azione risarcitorie (soprattutto, autonome, come quella qui proposta).

E, infatti, per il caso in cui il privato chiedesse congiuntamente la tutela demolitoria e quella risarcitoria, gli interpreti e la giurisprudenza erano concordi nel ritenere che le ragioni processuali e di tutela sostanziale disegnate nell'art. 7 cit. trovassero sicura operatività, posto che il G.A. veniva adito per caducare il provvedimento e, nella stessa sede, per disporre in ordine al danno che ne conseguiva.

Dubbi, invece, venivano sollevati per il diverso caso delle azioni di risarcimento svincolate dalla tutela demolitoria: il caso in cui, cioè, il privato non agisse per l'annullamento del provvedimento ma solo per ottenere il ristoro monetario del pregiudizio. In tali casi, l'idea di un diritto soggettivo di credito, a natura risarcitoria, induceva taluni ad affermare che si registrasse un caso di controversia in cui veniva meno l'art. 7 l. TAR atteso che il danno non era "consequenziale" all'annullamento giurisdizionale.

I dubbi in esame involgevano, invero, anche i casi in cui la P.A. avesse provveduto a rimuovere il provvedimento con proprio annullamento d'ufficio o con atto di revoca, comunque con nuova e diversa attività provvedimentale di secondo grado. In tali casi, si affermava che il privato non aveva alcun interesse (e diritto) a chiedere

la demolizione del provvedimento illegittimo, né aveva interesse a che tale illegittimità fosse accertata atteso che tali elementi (demolizione ed illegittimità) costituivano un dato certo per effetto dello stesso agire della pubblica autorità. Residuava, dunque, la sola azione per il risarcimento del danno che doveva confluire davanti al giudice ordinario, venuta meno l'esigenza di concentrazione processuale.

Tale indirizzo aveva trovato un forte referente giurisprudenziale: la Cassazione, a Sezioni Unite, con la sentenza 23 gennaio 2006 n. 1207, aveva affermato che qualora non venisse «in contestazione il legittimo esercizio dell'attività amministrativa come avviene nei caso in cui l'atto amministrativo sia stato annullato o revocato dall'Amministrazione nell'esercizio del suo potere di autotutela (...), l'azione risarcitoria rientra nella giurisdizione generale del giudice ordinario, non operando nella specie la connessione legale fra tutela demolitoria e tutela risarcitoria». La pronuncia non aveva trovato il favore dell'Adunanza Plenaria che, di lì a poco, aveva disatteso il diktat del giudice della Giurisdizione (Cons. St. Ad. Pl. 2/2006) affermando che anche le azioni autonome fossero da attribuire alla cognizione del G.A., ciò in quanto il nesso fra illegittimità dell'atto e la responsabilità dell'autorità amministrativa che lo ha posto in essere «non potrebbe assumersi di diversa natura (né è meno stretto o di diversa intensità) se le due questioni dibattute – quella di non conformità a legge della misura autoritativa e quella di responsabilità per i danni che ne sono derivati – sono esaminate e risolte in un unico o in separati giudizi».

Oggi il dibattito può dirsi esaurito.

La tesi da ultimo illustrata è, infatti, ormai quella condivisa dai giudici delle Alte Corti e, soprattutto, dalla Corte Costituzionale. E', pertanto, principio pacifico quello per cui, nel sistema normativo conseguente alla legge 21 luglio 2000, n. 205, in tema di tutela giurisdizionale intesa a far valere la responsabilità della P.A. da attività provvedimento illegittima, la giurisdizione sulla tutela dell'interesse legittimo spetta, in linea di principio, al giudice amministrativo, sia quando il privato invochi la tutela di annullamento, sia quando insti per la tutela risarcitoria, in forma specifica o per equivalente, non potendo tali tecniche essere oggetto di separata e distinta considerazione ai fini della giurisdizione (Cass. civ., Sez. Unite, 13 giugno 2006, sentenze nn.13659, 13660 e v. anche n. 13911/2006).

Ciò vuol dire che la tutela rimediabile risarcitoria va richiesta al G.A. quante volte il danno consegua ad una attività provvedimento illegittima della P.A.. sorretta da potere autoritativo: esercitato in modo scorretto, illegittimo o disfunzionale, ma pur sempre potere.

Quanto sin qui illustrato trova oggi piena conferma nel Codice del Processo Amministrativo (art. 7, D.lgs. 104/2010). La codificazione del 2 luglio 2010, prevede che siano 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 mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Sono, in particolare, attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma. Nelle materie di giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi.

2. VARIANTE VIABILISTICA

Nel caso di specie, l'eziogenesi del danno trova diretta fonte e causa nella variante viabilistica adottata dal Sindaco in funzione del progetto deliberato dalla Giunta Comunale per l'attuazione di un'Opera Pubblica, commissionata per la realizzazione a ditta appaltatrice, aggiudicataria del contratto pubblico mediante gara.

Gli Enti Locali, in quanto proprietari del demanio stradale, godono di precipi poteri in ordine alle strade comunali, tra cui rientra senz'altro al sospensione della viabilità o la modifica della circolazione (v. art. 6, comma V, lett. c) del Codice della Strada). Nell'esercizio di tali poteri, gli Enti locali esercitano un potere autoritativo e, soprattutto, emanano provvedimenti amministrativi.

I provvedimenti *de quibus* possono essere oggetto di censure da parte dei privati, anche se non proprietari di immobili direttamente interessati da modifiche/interventi. E' riconosciuto, infatti, dalla giurisprudenza amministrativa, l'interesse del proprietario di un fondo non direttamente coinvolto dalle prescrizioni di una variante urbanistica a proporre ricorso giurisdizionale, qualora la stessa incida, in qualche misura, sul godimento o sul valore di mercato del bene di proprietà del ricorrente medesimo o, in ogni caso, sull'interesse alla conservazione dell'assetto dell'ambiente in cui è inserito l'immobile (cfr., ad es., Cons. Stato, Sez. VI, 1 marzo 2005 n. 479 e Sez. V, 10 ottobre 2002 n. 5312, secondo le quali il riconoscimento di un interesse, qualificato e differenziato rispetto a quello della generalità dei consociati, all'annullamento del provvedimento impugnato, presuppone l'esistenza di un collegamento concreto, stabile e significativo, tra l'interesse del quale è portatore il ricorrente e l'area coinvolta dall'atto impugnato).

La giurisprudenza amministrativa, inoltre, nel precipuo caso delle variabili alla viabilità della strada comunale, afferma la sicura impugnabilità, ma con lo strumento del ricorso dinnanzi al Tribunale Amministrativo (v., infatti, i giudizi definiti da: TAR Lombardia - Brescia, sez. I, sentenza 8 aprile 2010 n. 1512; TAR Lombardia - Milano, sentenza 9 luglio 2009, n. 4345).

In conclusione, deve essere dichiarato il difetto di giurisdizione di questo ufficio giudiziario, rientrando la controversia tra quelle attratte

¹ Che devono essere adeguatamente motivati: T.A.R. Piemonte Torino, Sez. I, 7 febbraio 2007, n. 497

dal giudice amministrativo, cui spetta, tra l'altro, il compito di valutare e verificare in che misura incida, sull'azione risarcitoria, la mancata proposizione del ricorso avverso la variante viabilistica.

3. TRANSLATIO IUDICII

Disattendendo il proprio *jus receptum* (ex plurimis: Cass., sez. un., n. 7039/2006) le Sezioni Unite hanno affermato la possibilità della translatio iudicii dal giudice ordinario al giudice speciale (v. sentenze nn. 4109/2007 e 23738/2007) in base ad una lettura costituzionalmente orientata della disciplina della materia, che tenga conto delle argomentazioni emergenti dalle intervenute modifiche legislative e delle prospettazioni in parte nuove svolte di recente dalla dottrina sul tema. Al revirement della Cassazione è seguito, poi, l'intervento della Corte Costituzionale che, con sentenza n. 77/2007 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei tribunali amministrativi regionali), nella parte in cui non prevedeva che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione. La scelta della Consulta pone le radici in una riflessione che già da lungo tempo si era profondamente ancorata nella coscienza dei giuristi, e cioè che *“la finalità del processo è una pronuncia di merito, vale a dire una statuizione su chi ha torto e chi ha ragione”*. Ed, invero, proprio la Corte delle Leggi aveva già affermato che il giusto processo di merito *“viene celebrato non già per sfociare in pronunce procedurali che non coinvolgono i rapporti sostanziali delle parti che vi partecipano – siano esse attori o convenuti – ma per rendere pronuncia di merito prescrivendo chi ha ragione e chi ha torto: il processo civile deve avere per oggetto la verifica della sussistenza dell'azione in senso sostanziale di chiovendiana memoria, né deve, nei limiti del possibile, esaurirsi nella discettazione sui presupposti processuali, e per evitare che ciò si verifichi si deve adoperare il giudice”*.

In base ai principi affermati dalla Consulta e al diritto vivente formatosi nella giurisprudenza di legittimità, devono ormai ritenersi, dunque, presenti nel vigente sistema del diritto processuale civile, *«sia il principio di prosecuzione del processo davanti al giudice munito di giurisdizione, in caso di pronuncia declinatoria della giurisdizione da parte del giudice inizialmente adito, sia il principio di conservazione degli effetti, sostanziali e processuali, della domanda proposta a giudice privo di giurisdizione, restando affidata al giudice della controversia l'individuazione degli strumenti processuali per renderli operanti (con riguardo alla disciplina che regola l'istituto della riassunzione della causa)»*, v. Corte costituzionale, ordinanza 30 luglio 2009 n. 257

La rimessione può essere ammessa, nel caso di specie, non essendo già pendente lo stesso giudizio in esame di fronte al Tar (su cui, da ultimo, Cass. civ. SS.UU. 18199/2009).

Secondo certa giurisprudenza, la declaratoria di difetto di giurisdizione, cui consegue la *translatio iudicii*, impone di applicare analogicamente l'art. 50 c.p.c. (TAR Calabria, Catanzaro, sezione II, 26 settembre 2008, n. 1319): dal 4 luglio 2009 in poi, però, come noto, la questione è direttamente risolta dalla art. 59 della legge 18 giugno 2009 n. 69 che ha tipizzato, nel diritto positivo, l'istituto della trasmigrabilità della domanda dal giudice speciale al giudice ordinario.

L'odierno giudizio è anteriore all'entrata in vigore della legge 18 giugno 2009 n. 69: l'art. 59 della suddetta Legge deve comunque trovare qui applicazione. Il problema della applicabilità o meno dell'articolo 59 anche ai giudizi instaurati prima dell'entrata in vigore della Legge 18 giugno 2009, n. 69 è stato affrontato e risolto dalla Suprema Corte, con la decisione: Cass. civ., Sezioni Unite, ord. 16 novembre n. 23109. Le Sezioni Unite in proposito osservano che la Legge 18 giugno 2009, n. 69, all'articolo 58, comma I, rubricato come "Disposizioni transitorie", dispone: "Fatto salvo quanto previsto dai commi successivi, le disposizioni della presente legge che modificano il codice di procedura civile e le disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile si applicano ai giudizi instaurati dopo la data della sua entrata in vigore". Orbene il legislatore con la terminologia utilizzata designa non in generale le norme che introducono cambiamenti nelle regole del processo civile, ma solo quelle che attengono direttamente, modificandolo, al c.p.c. ed alla disposizioni di attuazione; in tale situazione l'interprete non può estendere la norma oltre il suo significato letterale, e deve quindi ritenere non applicabili ai processi in corso, ma solo a quelli introdotti dopo la data di entrata in vigore della legge, esclusivamente le norme contenute nelle disposizioni identificate nei termini predetti; *in tal modo, del resto, la norma viene interpretata conformemente al principio secondo cui, in difetto di esplicite previsioni contrarie, le regole di natura processuale sono di immediata applicazione*. In conclusione, dunque, le Sezioni Unite affermano che anche nei giudizi instaurati prima dell'entrata in vigore della Legge 18 giugno 2009, n. 69 può trovare applicazione l'art. 59.

Trovando applicazione la nuova norma, il giudice che dichiara il proprio difetto di giurisdizione indica altresì, se esistente, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione. Se, entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia di cui al comma I, la domanda è riproposta al giudice ivi indicato, nel successivo processo le parti restano vincolate a tale indicazione e sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall'instaurazione del primo giudizio, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute. Ai fini della corretta trasmigrabilità della domanda, questa deve essere riproposta con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile. Ai sensi dell'art. 11, comma V, del Codice del Processo Amministrativo, nei giudizi riproposti, il giudice, con riguardo alle preclusioni e decadenze intervenute, può

concedere la rimessione in termini per errore scusabile ove ne ricorrano i presupposti.

4. REGOLAMENTAZIONE DELLE SPESE DI LITE

Le spese devono essere compensate integralmente tra le parti.

Cass. civ., Sez. Un., 3 settembre 2008, n. 20598 ha, per ipotesi elencate, individuato i casi in cui la compensazione può trovare spazio nella sentenza del giudice. Esse sono, a titolo esemplificativo: 1) la presenza di oscillazioni giurisprudenziali sulla questione decisiva; 2) la presenza di oggettive difficoltà di accertamenti in fatto sulla esatta conoscibilità a priori delle rispettive ragioni delle parti; 3) la presenza di una palese sproporzione tra l'interesse concreto realizzato dalla parte vittoriosa e il costo delle attività processuali richieste; 4) la presenza di un comportamento processuale ingiustificatamente restio a proposte conciliative plausibili in relazione alle concrete risultanze processuali.

Nel caso di specie, secondo questo giudice, ricorre senz'altro il caso sub. 2.

P.Q.M.
IL TRIBUNALE DI VARESE,
SEZIONE PRIMA CIVILE,
in composizione monocratica, in persona del giudice dott.
Giuseppe Buffone, definitivamente pronunciando nel giudizio civile
iscritto al n. 2342 dell'anno 2009, disattesa ogni ulteriore istanza,
eccezione e difesa, così provvede:

■ □ ■

DICHIARA il difetto di giurisdizione del Tribunale di Varese.

INDICA, quale giudice nazionale munito di giurisdizione, il TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA REGIONE LOMBARDIA, SEDE DI MILANO.

AVVISA le parti che, entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della odierna pronuncia, la domanda deve essere riproposta al giudice munito di giurisdizione al fine di fare salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale.

COMPENSA integralmente tra tutte le parti le spese del processo.

MANDA alla cancelleria per i provvedimenti di competenza

SENTENZA IMMEDIATAMENTE ESECUTIVA COME PER LEGGE

Così deciso in Varese, il 27 gennaio 2011

Il giudice
DOTT. GIUSEPPE BUFFONE