

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE DI CASSAZIONE**

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Maggio 2013

Giurisdizione – Giurisdizione in genere

Cass. civ. Sez. Un. 3 maggio 2013, n. 10305, Pres. Preden – Est. Amatucci

In caso di domande equiordinate e soggettivamente connesse, appartenenti l'una alla giurisdizione del giudice ordinario e l'altra alla giurisdizione del giudice amministrativo (in quanto concernenti, nella specie, il risarcimento dei danni conseguenti all'annullamento di una concessione edilizia e di quelli derivati dalla mancata approvazione di una variante del piano urbanistico comunale), ciascuna causa deve essere promossa innanzi al giudice munito della relativa giurisdizione, non sussistendo alcuna norma che ne concentri la cognizione in un'unica attribuzione.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.- Con la citata ordinanza n. 6594/2011 queste Sezioni unite hanno effettivamente affermato - come rilevato dalla società ricorrente - che rientra nella **giurisdizione** del giudice ordinario la controversia nella quale il beneficiario di una concessione edilizia, annullata d'ufficio o su ricorso di altro soggetto in quanto illegittima, chieda il risarcimento dei danni subiti per avere confidato nella apparente legittimità della stessa, che aveva ingenerato l'incolpevole convincimento di poter legittimamente edificare, avendo ad oggetto un comportamento illecito della pubblica amministrazione per violazione del principio del *neminem laedere*, cioè di quei doveri di comportamento il cui contenuto prescinde dalla natura pubblicistica o privatistica del soggetto che ne è responsabile e che anche la P.A., come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare.

Ragione ne è, come chiarito anche dalla coeva ordinanza n. 6595/2011, che non v'è in tal caso un atto o provvedimento amministrativo della cui illegittimità il privato possa dolersi impugnandolo davanti al giudice amministrativo, con le consequenziali statuizioni risarcitorie; sicchè tale situazione di fatto non sollecita alcuna esigenza di tutela contro l'esercizio illegittimo di un pubblico potere consumato nei confronti del privato, non richiedendo questi un accertamento, da parte del giudice amministrativo, della illegittimità del comportamento tenuto dalla P.A., che egli invece può solo subire.

In linea con tali principi - che vanno anche in quest'occasione confermati - va affermata la **giurisdizione** del giudice ordinario in ordine alla domanda risarcitoria connessa all'annullamento delle due concessioni edificatorie.

2.- Si impongono, per contro, conclusioni opposte in ordine alla domanda risarcitoria correlata al provvedimento di diniego dell'approvazione di variante richiesta dalla stessa società ricorrente; diniego contro il quale essa aveva proposto ricorso al giudice amministrativo, che lo aveva respinto. In tal caso la società evidentemente era in condizione di prospettare (ed aveva appunto prospettato) proprio l'illegittimo esercizio del potere pubblico nei suoi confronti, postulando l'annullamento dell'atto che ne aveva leso l'interesse ad ottenere una variante del piano urbanistico e, così, una nuova (stavolta legittima) concessione edificatoria.

Dagli ulteriori principi enunciati con la citata ordinanza 6594/2011 discende, infatti, che qualora il danno patito dal soggetto sia conseguenza della dedotta illegittimità del provvedimento che egli ha impugnato in quanto titolare di un interesse pretensivo, la tutela risarcitoria va chiesta al giudice amministrativo.

L'interesse che la società ricorrente assume leso è, invero, comunque direttamente collegato al provvedimento negativo sulla richiesta modificazione del piano urbanistico. Ed è irrilevante, ai fini del riparto della **giurisdizione**, che la ricorrente abbia sostenuto che l'affidamento in un provvedimento di segno diverso fosse stato ingenerato dal comportamento della stessa amministrazione, giacché la lesione del suo interesse è pur sempre collegata alla mancata approvazione della richiesta di variante e, dunque, all'esercizio di un potere discrezionale, in ordine al quale la situazione del privato non è configurabile come diritto soggettivo.

3.- Correttamente, infine, il P.G. ha rilevato che (come affermato sin dalla risalente Cass., Sez. un., nn. 1316/1993) in caso di domande equiordinate e soggettivamente connesse, ma appartenenti alla cognizione di diverse giurisdizioni, in difetto di una norma che ne concentri la cognizione in un'unica competenza giurisdizionale, ciascuna domanda deve essere proposta innanzi al giudice per essa giurisdizionalmente competente.

Ne consegue che va dichiarata la **giurisdizione** del giudice ordinario per la prima domanda e quella del giudice amministrativo per l'altra.

Le spese di regolamento possono compensarsi in ragione della circostanza che le ordinanze cui s'è fatto sopra riferimento sono successive all'introduzione del giudizio innanzi al giudice amministrativo.

Giurisdizione – Pubblico impiego

Cass. civ. Sez. Un. 6 maggio 2013, n. 10406, Pres. Preden – Est. Nobile

Appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto il rapporto lavorativo del personale universitario con l'azienda sanitaria, poiché l'art. 5, secondo comma, del d.lg. 21 dicembre 1999, n. 517, distingue il rapporto di lavoro dei professori e ricercatori con l'università da quello instaurato dagli stessi con l'azienda ospedaliera (anche qualora quest'ultima non si sia ancora trasformata in azienda ospedaliero-universitaria) e dispone che, sia per l'esercizio dell'attività assistenziale, sia per il rapporto con le aziende, si applicano le norme stabilite per il personale del servizio sanitario nazionale, con la conseguenza che, quando la parte datoriale si identifichi nell'azienda sanitaria, la qualifica di professore universitario funge da mero presupposto del rapporto lavorativo e l'attività svolta si inserisce nei fini istituzionali e nell'organizzazione dell'azienda, determinandosi, perciò, l'operatività del principio generale di cui all'art. 63, comma 1, del d.lg. 30 marzo 2001, n. 165, che sottopone al giudice ordinario le controversie dei dipendenti delle aziende e degli enti del servizio sanitario nazionale.

L'Azienda Ospedaliera di Perugia ha proposto ricorso per regolamento preventivo di **giurisdizione** in relazione al giudizio promosso, dinanzi al TAR dell'Umbria, dal prof. D.A. per l'annullamento, "previa concessione di idonea misura cautelare" delle note della Direzione Sanitaria indicate e di ogni altro atto "presupposto, conseguente, connesso e/o comunque incluso", concernenti la irrogazione della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio, con privazione della retribuzione, per cinque giorni, per aver il D. consentito che venissero erogate prestazioni di specialistica ambulatoriale senza la relativa prescrizione sul ricettario del Servizio Sanitario Regionale e senza che venisse regolarizzata la eventuale quota di compartecipazione alle spese sanitarie.

A seguito del ricorso al TAR, il Presidente con Decreto 18 aprile 2012, inaudita altera parte, accoglieva la richiesta di misura cautelare monocratica e fissava la camera di consiglio. L'Azienda si costituiva con memoria eccependo, in via pregiudiziale, il difetto di **giurisdizione** del giudice amministrativo per appartenere la causa al giudice ordinario, "non potendo operare, nella materia e nella controversia de qua, la riserva di separata regolamentazione di cui al combinato disposto del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4 e art. 3, comma 2.

Il TAR, con ordinanza del 6-6-2012, "ritenuta la propria **giurisdizione** e competenza" e "ritenuto di dover lasciare impregiudicato lo stato di fatto sino alla udienza di merito", accoglieva "la suindicata domanda di istanza cautelare" fissando l'udienza per la trattazione di merito del ricorso.

Con il ricorso per regolamento preventivo di **giurisdizione** l'Azienda ricorrente deduce: che il D.Lgs. n. 517 del 1999, art. 5, distingue nettamente il rapporto di lavoro instaurato dal professore o dal ricercatore con l'Università, da quello intercorrente tra il medesimo e l'Azienda Ospedaliera, inquadrando ai commi 1, 2 e 15, anche questo personale nell'ambito dell'organico "funzionale" dell'Azienda"; che il comma 2, art. 5, stabilisce non solo che ai professori e ricercatori universitari "si applicano, per quanto attiene all'esercizio dell'attività assistenziale, al rapporto con le aziende e a quello con il direttore generale, le norme stabilite per il personale del Servizio Sanitario Nazionale", ma anche che "dell'adempimento dei doveri assistenziali" tale "personale universitario risponde al direttore generale"; che ai sensi del comma 15, dell'art. 5 citato il detto personale è soggetto alle sanzioni ed ai procedimenti disciplinari previsti per il personale del S.S.N..

La ricorrente, poi, richiamando le recenti pronunce di queste Sezioni Unite, conclude che la domanda proposta dal prof. D., "avendo ad oggetto l'annullamento del provvedimento sanzionatorio assunto dall'Azienda Ospedaliera per fatti di rilievo disciplinare contestati al medesimo come compiuti nell'esercizio di prestazioni assistenziali a favore della struttura

sanitaria, doveva essere senz'altro presentata all'A.G.O., quale unico giudice abilitato a deciderla".

Il prof. D., dal canto suo, resiste con controricorso, eccependo in primis la inammissibilità del proposto regolamento, in quanto l'Azienda, a fronte della affermazione del TAR circa la "propria **giurisdizione**", avrebbe dovuto impugnare dinanzi al Consiglio di Stato la citata ordinanza e non proporre il presente regolamento.

Il controricorrente deduce poi la infondatezza della tesi di controparte assumendo che il suo rapporto con l'Azienda Ospedaliera "è esclusivamente una relazione di tipo organizzatorio di origine convenzionale, limitata all'attività assistenziale, che non consente all'Azienda Ospedaliera di sostituirsi al datore di lavoro" (Università) ed affermando altresì che l'attività oggetto della contestazione di addebito non rientrava tra le prestazioni erogate dall'Azienda, essendo stata svolta con macchinari dell'Università non passati con la convenzione.

L'Università degli Studi di Perugia è rimasta intimata.

Il Pubblico Ministero nelle sue conclusioni scritte ha chiesto la declaratoria della **giurisdizione** del giudice ordinario, rilevando la ammissibilità del ricorso, non essendo lo stesso precluso dalla pronuncia sulla istanza cautelare, ed altresì la fondatezza dello stesso, stante la distinzione del rapporto dei professori e ricercatori con l'università dal rapporto instaurato con l'Azienda Ospedaliera.

Fissata l'adunanza in camera di consiglio ed eseguiti gli adempimenti di rito, infine il prof. D. e l'Azienda Ospedaliera di Perugia hanno depositato memoria.

Ciò posto, preliminarmente va respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso avanzata dal controricorrente.

E' consolidato, infatti, il principio secondo cui "la proposizione del regolamento preventivo di **giurisdizione** non è preclusa dalla circostanza che il giudice adito per il merito abbia provveduto su una richiesta di provvedimento cautelare, pur se, ai fini della pronuncia, abbia risolto in senso affermativo o negativo una questione attinente alla **giurisdizione**, ovvero sia intervenuta pronuncia sul reclamo avverso il provvedimento cautelare, in quanto il provvedimento reso sull'istanza cautelare non costituisce sentenza e la pronuncia sul reclamo mantiene il carattere di provvisorietà proprio del provvedimento cautelare" (v. fra le altre Cass. S.U. Ord. n. 3167/2011, n. 14070/2003).

Così ritenuto ammissibile il ricorso, rileva il Collegio che, come è stato affermato da queste Sezioni Unite e va qui ribadito, "appartiene alla **giurisdizione** del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto il rapporto lavorativo del personale universitario con l'azienda sanitaria, poichè il D.Lgs. 21 dicembre 1999, n. 517, art. 5, comma 2, distingue il rapporto di lavoro dei professori e ricercatori con l'università da quello instaurato dagli stessi con l'azienda ospedaliera e dispone che, sia per l'esercizio dell'attività assistenziale, sia per il rapporto con le aziende, si applicano le norme stabilite per il personale del servizio sanitario nazionale, con la conseguenza che, quando la parte datoriale si identifichi nell'azienda sanitaria, la qualifica di professore universitario funge da mero presupposto del rapporto lavorativo e l'attività svolta si inserisce nei fini istituzionali e nell'organizzazione dell'azienda, determinandosi perciò l'operatività del principio generale di cui al D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 63, comma 1, che sottopone al giudice ordinario le controversie dei dipendenti delle aziende e degli enti del servizio sanitario nazionale" (v. Cass. S.U. 15-5-2012 n. 7503, cfr. Cass. S.U. 22-12-2009 n. 26960, Cass. S.U. 15-2-2007 n. 3370).

Tale principio va applicato anche nella fattispecie in esame.

Risulta, infatti, infondata la tesi sostenuta dal controricorrente in memoria, secondo cui il D.Lgs. n. 517 del 1999, art. 5, sarebbe estraneo al caso di specie, atteso che la norma si riferirebbe esclusivamente alle nuove aziende ospedaliero-universitarie di cui all'art. 2, e non anche all'Azienda Ospedaliera di Perugia non ancora trasformatasi (all'epoca dei fatti e tuttora) in azienda ospedaliero- universitaria, secondo quanto stabilito soltanto di recente con la L.R. n. 18 del 2012 (art. 9).

Al riguardo in primo luogo va rilevato che ai sensi del D.Lgs. n. 517 del 1999, art. 5 comma 2, "per quanto attiene all'esercizio dell'attività assistenziale", sono applicabili "ai professori e ricercatori universitari di cui al comma 1, fermo restando il loro stato giuridico" le "norme stabilite per il personale del Servizio sanitario nazionale", e "dell'adempimento dei doveri assistenziali il personale universitario risponde al direttore generale".

Il richiamato comma primo contempla "i professori e i ricercatori universitari, che svolgono attività assistenziale presso le aziende e le strutture di cui all'art. 2" e tale articolo, a sua volta, prevede espressamente un periodo transitorio caratterizzato da due tipologie organizzative (a) aziende ospedaliere costituite in seguito alla trasformazione dei policlinici universitari a gestione diretta, denominate aziende ospedaliere universitarie integrate con il Servizio sanitario nazionale;

b) aziende ospedaliere costituite mediante trasformazione dei presidi ospedalieri nei quali insiste la prevalenza del corso di laurea in medicina e chirurgia, anche operanti in strutture di pertinenza dell'università, denominate aziende ospedaliere integrate con l'università) e un successivo "modello aziendale unico di azienda ospedaliero-universitaria".

La diversità dei rapporti rispettivamente con l'università e con le aziende ospedaliere dei professori e ricercatori universitari (integrati, quanto all'attività assistenziale, nelle dette aziende) sussisteva, del resto, anche in precedenza ed i rapporti tra Università e Servizio sanitario nazionale erano regolati dal D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 6, che ne demandava la relativa disciplina a specifiche intese.

Nella specie, poi, (come si legge nel ricorso al TAR) l'art. 11, comma 3, della Intesa Regione Umbria/Università estendeva, quanto all'attività assistenziale dei docenti universitari, le norme sul personale del Servizio sanitario nazionale, "fermo restando il loro stato giuridico" (così come del resto previsto dal D.Lgs. 517 del 1999, art. 5, comma 2).

Per tali motivi anche nella fattispecie in esame va affermata la **giurisdizione** del giudice ordinario, rilevandosi, peraltro, che, a fronte della avvenuta irrogazione della sanzione disciplinare, la questione sollevata dal controricorrente, secondo cui l'attività oggetto della contestazione di addebito non sarebbe rientrata tra le prestazioni erogate dall'Azienda, attiene al merito e alla legittimità o meno della sanzione inflitta e non alla **giurisdizione**.

Infine, ricorrono le condizioni ex art. 92 c.p.c., per compensare le spese tra le parti.

Giurisdizione – Ricorso per cassazione per motivi di

Cass. civ. Sez. Un. 13 maggio 2013, n. 11345

Appartiene all'area del sindacabile rifiuto della propria giurisdizione solo quel diniego di tutela - da parte del giudice amministrativo - che si radichi nell'affermazione dell'esistenza di un ostacolo generale alla conoscibilità della domanda, mentre si sottrae a detto sindacato quel diniego che discenda direttamente e immediatamente dalla lettura delle norme invocate a sostegno della pretesa e che, pertanto, di tale lettura costituisce applicazione nel processo.

L'Autorità sostiene che con la decisione di non procedere alla rideterminazione della sanzione - come dall'art. 134 C.P.A. previsto, quale obbligo gravante sul giudice delle sanzioni adottate dalle autorità indipendenti, di pervenire ad una diretta e piena decisione di "merito" del ricorso ad esso proposto - e di omettere anche di adottare quantomeno una precisa e cogente configurazione dei criteri affidati alla Amministrazione in sede di riesercizio della potestà sanzionatoria, il Consiglio di Stato aveva del tutto mancato di erogare la tutela che ad esso incombeva; e la situazione di impossibilità emergeva considerando che ad essa Autorità difettavano affatto i dati afferenti i costi sostenuti dalla Plurigas. Si tratterebbe, quindi, ad avviso della ricorrente Autorità, di una decisione viziata dal rifiuto di esercizio della propria giurisdizione.

Tale conclusione è radicalmente contraddetta da PLURIGAS che reputa inammissibile il ricorso non configurandosi nell'impugnata decisione alcuna ipotesi di rifiuto ma, semmai, un errore "per difetto" nella adozione della tutela demolitoria, là dove essa non sarebbe stata interamente estesa al merito, errore questo mai denunziabile ex art. 362 c.p.c., comma 1. Ad avviso di Plurigas siffatto errore sarebbe comunque affatto inesistente posto che, da un canto, non esisteva affatto l'obbligo sostitutivo predicato dalla ricorrente e che, dall'altro canto, il Consiglio di Stato aveva ben indicato i criteri ai quali l'Autorità riadottante l'atto avrebbe dovuto attenersi.

Osserva il Collegio, che vanno condivisi i rilievi di inammissibilità che Plurigas oppone alla ipotesi affacciata dalla Autorità a ragione del suo ricorso, ipotesi per la quale la mancata adozione di provvedimento sostitutivo, come in tesi imposto dalla previsione dell'esercizio della giurisdizione di merito nella ipotesi di cui all'art. 134 lett. C) del CPA nella specie ricorrente, integrerebbe rifiuto di somministrare la tutela giurisdizionale accordabile e quindi vicenda ben denunziabile a queste Sezioni Unite alla luce della giurisprudenza formatasi dopo la nota decisione n. 30254/2008.

Ebbene, non può che ribadirsi, al seguito del costante orientamento di queste Sezioni Unite (tra le tante con le decisioni 10870 e 15240 del 2011, 11075 del 2012, 3037 del 2013) come appartenga alla area del sindacabile "rifiuto" della propria giurisdizione solo quel diniego di tutela da parte del giudice amministrativo che si radichi nell'affermazione della esistenza di un ostacolo generale alla conoscibilità della domanda nel mentre si sottrae a detto sindacato quel diniego che discenda direttamente ed immediatamente dalla lettura delle norme invocate a sostegno della pretesa e che pertanto di tale lettura costituisca applicazione nel processo.

E poichè nella specie la lettura della vicenda data nella impugnata sentenza non comporta affatto la evidenza di un ostacolo normativo generale alla somministrazione della tutela "di merito" ma solo la scelta di rimettere la riedizione del potere sanzionatorio - correttamente dislocato in un quadro di criteri, peraltro puntualmente dettati dalla sentenza stessa - alla stessa Amministrazione sanzionante, ne discende che va esclusa alcuna configurazione di rifiuto di tutela.

In realtà, ed a tacere del rilievo afferente il dubbio interesse dell'Amministrazione di impugnare una statuizione non già perchè essa abbia determinato la soccombenza dell'impugnante ovvero

là dove la ha determinata (annullando la "misura" del trattamento sanzionatorio) bensì perchè essa avrebbe indotto una sorta di difficultas operandi nella riadozione della sanzione, emerge che il punto centrale della censura si riduce - come intuito da Plurigas in controrcorso - ad una doglianza sul preteso mancato pieno esercizio dei poteri della giurisdizione di merito in tema di opposizione alla sanzioni amministrative.

E pertanto emerge che è stata, al più, denunciata una omessa pronunzia sulla intera res litigiosa sottoposta.

Ma allora la doglianza, necessariamente riportata ad una denuncia di errata interpretazione e di falsa applicazione di legge (ovviamente) collocata nel tessuto logico delle ragioni della decisione, fuoriesce dall'ambito del sindacato ex art. 362 c.p.c., comma 1, per risolversi in nulla più che in una censura degli errori di giudizio commessi dal Consiglio di Stato, e fonte di conseguenze indebite: e tale censura ricade indiscutibilmente nella non consentita sollecitazione della verifica degli errores in iudicando o in procedendo del giudice speciale (da ultimo S.U. 15428 e 17244 del 2012, 1711, 3267, 4297, 5949 ed 8350 del 2013) e determina la inammissibilità del ricorso che ad essa, come nella specie, si sia affidato.

Alla declaratoria di inammissibilità segue la condanna della Autorità ricorrente alla refusione delle spese in favore di Plurigas, alla stregua del valore della controversia.

Giurisdizione – Servizio sanitario nazionale

Cass. civ. Sez. Un. 17 maggio 2013, n. 12107, Pres. Rovelli – Est- Piccialli

*Qualora una Regione, nell'esercizio dei suoi poteri istituzionali di organizzazione del servizio sanitario, e con provvedimento amministrativo mai impugnato, abbia istituito un nuovo servizio (nella specie, quello di "ortodognatodonzia infantile", del tutto distinto da quello di odontoiatria), prevedendo determinati requisiti per il conferimento dell'incarico (nella specie, l'abilitazione specialistica in "ortognatodonzia", oppure l'iscrizione all'ultimo anno della relativa scuola di specializzazione), rientra nella **giurisdizione** del g.a. la controversia sulla domanda di un professionista (nella specie, odontoiatra), già in rapporto convenzionato con la medesima Regione, di adibizione alle nuove prestazioni, venendo in rilievo non l'ampliamento delle mansioni collaborative derivanti dal rapporto già in corso, quanto la pretesa di instaurare un ulteriore rapporto di collaborazione, nell'ambito del servizio di nuova istituzione, con conseguente configurabilità di una posizione di interesse legittimo a partecipare alla relativa procedura concorsuale.*

MOTIVI DELLA DECISIONE

p. 1. Il ricorrente censura, con l'unico motivo di ricorso, la conferma della sussistenza della **giurisdizione** del G.A., sostenendo che nella specie si verterebbe in tema di diritti soggettivi, in considerazione dell'attinenza a rapporto di lavoro parasubordinato devoluto alla cognizione del G.O. ai sensi dell'art. 409 c.p.c. e non venendo in considerazione l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali da parte dell'amministrazione, nel conferimento ai professionisti già convenzionati delle ulteriori prestazioni, che in base alla normativa di riferimento sarebbero attribuibili con priorità, in base alle graduatorie già formate, a quelli utilmente nelle stesse collocati.

Tale priorità comporterebbe il diritto di questi ultimi all'estensione del servizio, senza alcuna necessità di partecipare ad una ulteriore procedura concorsuale ad evidenza pubblica, come sostenuto dal C.d.S., per l'assegnazione delle ore disponibili per le prestazioni in questione, "anche per mezzo di riconversione in branche diverse da quella convenzionata", ma comunque ad essa affini.

Vertendosi, dunque, in tema di scelte non libere dell'amministrazione, ma di atti dovuti in adempimento di precise disposizioni dettate dall'accordo collettivo nazionale di settore recepito dal D.P.R. n. 316 del 1990, nell'ambito di un rapporto di collaborazione continuativa e coordinata, in ragione della natura di diritti soggettivi delle posizioni giuridiche implicate, la relativa **giurisdizione** apparirebbe, anche alla luce dei criteri di riparto giurisdizionale dettati anche dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 204 del 2004, al giudice ordinario.

2 Il ricorso non merita accoglimento.

La tesi del ricorrente, secondo cui le disposizioni contenute nell'accordo collettivo di settore, recepito nel D.P.R. n. 316 del 1990, gli attribuirebbero, nell'ambito del rapporto di lavoro parasubordinato già in corso, un vero e proprio diritto soggettivo all'espletamento delle ulteriori prestazioni orarie, poggia su di un'affermazione di principio, secondo cui l'ortodognatodonzia costituirebbe non una branca specialistica distinta, ma accessoria o comunque affine a quella di odontoiatria, che, non meglio esplicitata nei generici riferimenti normativi, si scontra con una precisa scelta "a monte" operata dall'amministrazione, nell'ambito dell'esercizio dei suoi poteri istituzionali di organizzazione del servizio sanitario, allorché la Regione ritenne di istituire, con Delib.

Giunta 29 dicembre 1989, n. 6998 un nuovo servizio, quello di "ortodognatodonzia infantile", del tutto distinto da quello di odontoiatria.

Se tale scelta fosse stata legittima e se il dott. R. che all'epoca già operava in convenzione con l'USL interessata, avesse diritto ad essere addetto anche a quelle nuove prestazioni, non è questa la sede per stabilirlo, essendo sufficiente soltanto rilevare come non abbia formato oggetto di espressa

censura da parte del ricorrente l'argomentazione del C.d.S., secondo cui il suddetto professionista avrebbe dovuto specificamente impugnare, ancor prima che il diniego di assegnazione delle ulteriori ore messe a concorso per le prestazioni in ortodognatodonzia, la istituzione di quest'ultimo quale servizio distinto da quello di odontoiatria. In difetto di espressa impugnazione di tale decisivo argomento, che ha evidenziato come il ricorrente avesse, in buona sostanza, avanzato la pretesa di instaurazione di un ulteriore rapporto collaborativo, nell'ambito del servizio di nuova istituzione, e non anche l'ampliamento delle mansioni collaborative derivanti dal rapporto già in corso, vanamente nel ricorso si richiamano i principi in base ai quali le controversie relative ai rapporti di collaborazione continuativa e coordinata, attenendo a relazioni paritarie tra il prestatore d'opera e la controparte, ancorchè pubblica, rientrano nella **giurisdizione** del G.O.. Risulta, invece, evidente come, alla stregua della suddetta non censurata ottica valutativa del G.A, la situazione del dottor R. rispetto alla messa a concorso di tali nuove prestazioni, si atteggi non a diritto soggettivo scaturente dal rapporto già in atto, bensì quale interesse legittimo, non diversamente dalle posizioni soggettive degli altri aspiranti, a partecipare alla procedura concorsuale finalizzata all'instaurazione di un nuovo e distinto rapporto collaborativo.

Correttamente pertanto era stato adito il T.A.R dall'odierno ricorrente, i cui successivi ripensamenti, dovuti all'esito negativo nel merito della domandarono privi di fondamento.

3 Il ricorso va conclusivamente respinto, senza regolamento delle spese, in assenza di resistenza dell'amministrazione intimata.

Giurisdizione – Giurisdizione in generale

Cass. civ. Sez. Un. 17 maggio 2013, n. 12110, Pres. Rovelli – Est. Rordorf

*Appartiene alla **giurisdizione** del g.o. la controversia avente ad oggetto la legittimità di deliberazioni comunali recanti la dichiarazione di nullità, resa in sede di autotutela, della precedente deliberazione di giunta e delle determinazioni dirigenziali poste a base di contratti per operazioni su strumenti finanziari stipulati in base a trattativa privata da un comune con una banca, in quanto tale declaratoria di nullità, con cui l'amministrazione unilateralmente afferma la radicale inidoneità dei medesimi atti a produrre effetti vincolanti, al contrario di quanto accade per l'annullamento in autotutela, non costituisce esercizio di poteri autoritativi, né di poteri discrezionali di apprezzamento del pubblico interesse, e deve perciò misurarsi con gli eventuali diritti soggettivi che i terzi possano aver al riguardo acquisito, trattandosi, nella specie, di accertare se sia o meno intrinsecamente nulla una manifestazione di volontà negoziale, ovvero se da essa sia o meno scaturito un rapporto contrattuale impegnativo per le parti.*

Premesso, in fatto, che:

- il Comune di Cattolica (in prosieguo il Comune) ha promosso dinanzi al Tribunale di Bologna una causa volta a far dichiarare nulli, o altrimenti a far annullare, alcuni contratti per operazioni su strumenti finanziari stipulati negli anni 2003 e 2004 con la Banca Nazionale del Lavoro s.p.a. (in prosieguo BNL) ed ha quindi impugnato dinanzi alla Corte d'appello di Bologna la sentenza di primo grado ad esso sfavorevole:

- nella pendenza del conseguente giudizio d'appello, il medesimo Comune, nel dicembre del 2010, ha proceduto in autotutela a dichiarare nulle la deliberazione di giunta e le determinazioni dirigenziali in forza delle quali i contratti di cui si è detto erano stati stipulati;

- la BNL ha proposto ricorso al Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna contestando la legittimità delle deliberazioni comunali da ultimo menzionate e, con motivi aggiunti, ha contestato altresì la legittimità di una successiva nota con la quale il Comune, richiamata la precedente declaratoria di nullità dei provvedimenti sopra indicati, aveva

ulteriormente sottolineato le conseguenze di tale nullità sull'efficacia dei contratti per operazioni su strumenti finanziari a suo tempo stipulati con la banca;

- la medesima BNL ha quindi proposto istanza per regolamento di **giurisdizione**, assumendo che la cognizione della controversia in corso dinanzi al tribunale amministrativo, avente sostanzialmente il medesimo oggetto di quella già pendente davanti alla Corte d'appello di Bologna, rientrerebbe nella competenza giurisdizionale del giudice ordinario;

- il Comune ha resistito con controricorso;

- il Procuratore generale ha concluso per la declaratoria della **giurisdizione** del giudice ordinario;

- le parti hanno depositato memorie. Considerato, in diritto, che:

- le contrapposte difese delle parti, ritenendo che ciò abbia influenza sulla questione di **giurisdizione** rimessa all'esame di questa corte, dibattono anzitutto il tema della possibilità stessa dell'amministrazione di accertare e dichiarare in via di autotutela la nullità di atti amministrativi da essa in precedenza posti in essere: possibilità che la banca ricorrente è propensa ad escludere, sul rilievo che un siffatto potere è contemplato dalla legge solo in vista dell'annullamento di atti illegittimi e non sarebbe, perciò, estensibile all'ipotesi della nullità, che ha presupposti e conseguenze diverse, laddove al contrario il comune resistente reputa che la maggior gravità di quest'ultima forma di patologia richiede, a maggior ragione, che l'amministrazione sia legittimata, se non addirittura obbligata, a rilevarla in via di autotutela; il collegio è dell'avviso che la decisione sul riparto di **giurisdizione**, che questa corte è chiamata a pronunciare, non imponga di prendere posizione, in termini generali, sul tema dinanzi indicato, sembrando sufficiente osservare che, quand'anche non si volesse dare rilievo decisivo alla circostanza che la L. n. 241 del 1990, art. 21-nonies contempla solo il potere della pubblica amministrazione di annullare d'ufficio i propri atti illegittimi, e non pure quello di dichiararli nulli, e si volesse viceversa sostenere che i principi di legalità e correttezza dell'agire amministrativo impongono comunque alla medesima amministrazione di vagliare anche d'ufficio l'eventuale nullità dei propri atti, al fine di non dare corso ai relativi effetti, un tale potere avrebbe tuttavia un fondamento ed una portata, almeno per certi aspetti, diversi da quelli che caratterizzano l'annullamento in via di autotutela di cui al citato art. 21-nonies;

infatti, la declaratoria in via di autotutela della nullità di un atto amministrativo, ove la si ammettesse, in null'altro consisterebbe se non in un'operazione di accertamento della radicale patologia di quell'atto, e pertanto dell'impossibilità che esso produca validamente effetti, con la conseguente affermazione della medesima amministrazione di non essere vincolata da tali effetti; ben diverso è il fenomeno dell'annullamento dell'atto in autotutela, in cui si esplica una potestà discrezionale, rimessa ad un'ampia valutazione di merito dell'amministrazione circa la sussistenza di ragioni d'interesse pubblico - concreto ed attuale - che eventualmente giustificano la scelta di sopprimere un atto altrimenti destinato a rimanere pienamente efficace nonostante risulti affatto da vizi di legittimità indicati dal precedente art. 21-octies (sostanzialmente corrispondenti a quelli tradizionali dell'atto amministrativo di cui alla L. n. 1034 del 1971, art. 3);

a differenza dell'accertamento della nullità, l'annullamento in via di autotutela si realizza quindi tramite una pronuncia avente efficacia necessariamente costitutiva, che modifica la realtà preesistente sotto il duplice aspetto di porre fine alla produzione degli effetti del provvedimento, fino a quel momento efficace ed esecutorio, e di eliminare quelli che l'atto abbia prodotto medio tempore dalla sua emanazione, da considerarsi come mai avvenuta;

da siffatta premessa discende, come conseguenza naturale, che la declaratoria con cui l'amministrazione affermi la radicale nullità di un proprio precedente atto amministrativo e l'inidoneità di questo a produrre effetti vincolanti per l'amministrazione medesima, pur se la si voglia considerare in via di principio ammissibile, non configura un atto autoritativo;

essa si risolve nella mera ricognizione di una situazione giuridica d'inidoneità dell'atto a produrre ex se effetti di alcun genere, e rispetto a tale situazione l'amministrazione, al contrario

di quel che accade per l'annullamento in autotutela (in cui essa, con il solo ausilio dei propri organi, soddisfa per le vie amministrative l'interesse pubblico), non dispone di alcun potere conformativo neppure per sanare o convalidare l'atto nullo, come invece le è consentito per quello invalido (art.21-nonies, comma 2), sicchè deve necessariamente misurarsi con gli eventuali diritti soggettivi che i terzi possano aver acquisito in forza di quell'atto;

se è concepibile che, a determinate condizioni, i diritti acquisiti dai terzi si pieghino all'interesse pubblico in virtù del quale l'amministrazione esercita il proprio potere di annullamento d'ufficio di un atto amministrativo illegittimo, la situazione perciò appare diversa quando, al di fuori di ogni esplicazione di autorità e di ogni ponderazione d'interessi, si tratti di accertare in termini oggettivi e vincolanti se un determinato atto debba o meno esser riconosciuto valido e produttivo di effetti dall'ordinamento giuridico;

in particolare, ciò appare evidente nell'ipotesi in cui dall'atto amministrativo, della cui eventuale nullità si discute, sia scaturita la stipulazione di un contratto, onde lo stabilire se quell'atto sia o meno idoneo a produrre effetti si riflette in modo immediato e decisivo sulla validità dello stesso contratto e sulla posizione di diritto soggettivo consequenzialmente acquisita dall'altro contraente, innescando, se del caso, il diritto-dovere di disapplicazione dell'atto amministrativo non conforme a legge da parte del giudice chiamato a conoscere del diritto (L. n. 2248 del 1865, art. 5, all. E);

in una situazione di tal fatta, che corrisponde a quella prodottasi nella presente vertenza, l'accertamento della nullità degli atti in base ai quali l'amministrazione ha manifestato la propria volontà di stipulare il contratto, se compiuto unilateralmente dalla stessa amministrazione, immancabilmente si traduce nell'affermazione di una delle parti del contratto di non considerare vincolanti gli atti che hanno dato vita al contratto medesimo;

l'accertare se un atto di manifestazione di volontà negoziale sia o meno intrinsecamente nullo, e sia stato quindi o meno idoneo a generare un vincolo contrattuale impegnativo per le parti, rientra a pieno titolo nell'alveo della **giurisdizione** ordinaria, come è confermato d'altronde dalla scelta di agire dinanzi ai Tribunale di Bologna a suo tempo operata dallo stesso Comune (facendo ivi valere ragioni di nullità che - a quanto è dato desumere dalla documentazione prodotta in questa sede dalle parti e dall'esposizione dei fatti contenuta nelle rispettive difese - sono almeno parzialmente coincidenti con quelle poste a base della declaratoria di nullità poi unilateralmente formulata dall'amministrazione), e dal fatto che la sentenza di merito di primo grado, contenente l'implicita affermazione della competenza giurisdizionale del giudice che la ha pronunciata, non risulta sia stata da alcuno impugnata per motivi attinenti alla **giurisdizione**; non rileva, in contrario, la mera circostanza che la parte della cui manifestazione di volontà negoziale si sta discutendo sia una pubblica amministrazione:

poichè, come s'è dianzi chiarito, non entra qui in gioco l'esercizio di alcun potere discrezionale e di apprezzamento del pubblico interesse, ma si tratta unicamente di vagliare la conformità alle regole oggettive dell'ordinamento giuridico di determinati atti, dai quali possono o meno essere scaturiti diritti soggettivi di terzi a seconda che quegli atti siano o meno considerati idonei a produrre effetti (per l'affermazione della **giurisdizione** ordinaria in ordine alle controversie contrattuali di cui sia parte la pubblica amministrazione, in un caso non identico ma con aspetti simili a quello in esame, si veda Sez. un. 29 maggio 2012, n. 8515);

- neppur giova obiettare che la controversia introdotta dinanzi al giudice amministrativo, a seguito dell'impugnazione del contestato atto di autotutela, avrebbe un diverso oggetto, e cioè appunto la validità di quest'ultimo atto amministrativo, del quale invece non si discute nella causa riguardante la validità del contratto;

- per le ragioni dianzi chiarite, discutere della validità dell'atto con cui il Comune dichiara di non riconoscere effetti giuridici ai provvedimenti in base ai quali ebbe a stipulare i contratti in questione equivale, nella sostanza, a discutere dell'eventuale sussistenza di ragioni di nullità in grado d'inficiare i vincoli derivanti dalla stipulazione di quei medesimi contratti, da questo solo dipendendo la possibilità per una delle parti di sottrarsi;

- lo stesso Comune contro ricorrente, del resto, riconosce che, anche in seguito alla formulazione di motivi di ricorso aggiunti proposti dal BNL dinanzi al giudice amministrativo, a quest'ultimo è stato chiesto di pronunciarsi sugli effetti giuridici che la declaratoria di nullità degli atti amministrativi prodromici può produrre sui contratti per i quali le medesime parti sono in causa dinanzi al giudice ordinario;
- la tesi secondo la quale una tale pronuncia del giudice amministrativo sarebbe consentita, a norma dell'art. 133 c.p.a., lett. e), n. 1, e dell'art. 121 c.p.a., non appare condivisibile, oltre che per l'insieme dei rilievi sopra esposti, anche per la considerazione che i contratti per operazioni su strumenti finanziari di cui si discute in causa risultano esser stati stipulati tra il Comune e la BNL in base a trattativa privata, di talchè la loro natura di contratti di diritto privato non può essere elisa dalla mera circostanza che, in astratto, l'ordinamento abbia previsto anche alcune disposizioni speciali destinate a valere per simili contratti quando ne sia parte una pubblica amministrazione;
- la stipulazione dei contratti in esame non sembra, quindi, riconducibile ad una di quelle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi o forniture menzionate dalla prima delle due disposizioni sopra citate, ed ancor meno pertinente appare la seconda disposizione (a prescindere da qualsiasi discussione sulla corrispondenza della tipologia degli atti amministrativi ivi previsti con quelli in discorso), la quale disciplina le conseguenze sul contratto dell'annullamento giudiziale di atti propedeutici alla stipulazione, ma non dell'accertamento della loro nullità in via di autotutela, riconducibile, come già detto, alla generale azione dichiarativa della nullità di un atto e perciò sempre ammissibile innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria ed espressamente sottratta, invece, al giudice amministrativo, come conferma anche la L. n. 241 del 1990, art. 21-septies (recepito poi dall'art. 133 c.p.a., comma 1, n. 5) che a quel giudice devolve in via esclusiva le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi nei soli casi in cui tale nullità dipenda dalla violazione o dall'elusione del giudicato;
- da tutto quanto sopra consegue l'affermazione della **giurisdizione** del giudice ordinario anche in ordine alla controversia di cui qui si discute (esulando dal presente regolamento ogni ulteriore valutazione circa la contemporanea pendenza, dinanzi al medesimo giudice ordinario in grado d'appello, dell'altra controversia già a suo tempo introdotta dal Comune per far accertare la nullità dei più volte menzionati contratti);
- le parti riassumeranno perciò la causa dinanzi al giudice ordinario, competente per materia e per territorio, cui si demanda di provvedere anche in ordine alle spese del presente regolamento.

Giurisdizione – Servizi pubblici

Cass. civ. Sez. Un. 17 maggio 2013, n. 12111 – Pres. Rovelli – Est. Piccialli

È devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, lett. a), n. 2, del d.lg. 2 luglio 2010, n. 104, la controversia avente ad oggetto l'applicazione di una penale al gestore del trasporto pubblico da parte dell'amministrazione concedente, in conseguenza di un'assunta violazione delle disposizioni regolanti il servizio, atteso che la relativa imposizione, ancorché prevista in un atto qualificato "contratto", non costituisce espressione di una facoltà improntata ad un rapporto paritario, ma attiene all'esplicazione di specifici poteri di vigilanza e controllo sulla corretta gestione del medesimo servizio pubblico, equivalendo, in quanto tale, all'irrogazione di una vera e propria sanzione, senza che rilevi che la riscossione di detta penale sia operata dall'amministrazione mediante detrazione dal corrispettivo, trattandosi soltanto di una modalità attuativa della pretesa, e non di circostanza che collochi l'ente concedente nella posizione di creditore di prestazione insita in un vincolo sinallagmatico.

Il CO.TRA.B., Consorzio Trasporti Aziende Basilicata, gestore del servizio pubblico locale in virtù di contratto L. n. 448 del 2001, ex art. 35 stipulato il 19.12.2008 con la Provincia di Potenza, con atto notificato il 9.1.2011 citò quest'ultima al giudizio del locale Tribunale, contestando per improcedibilità ed illegittimità la "sanzione" di Euro 10.000,00 che l'ente territoriale, così qualificandola, gli aveva irrogato con determinazione dirigenziale del 1.2.2010, ai sensi dell'art. 15 del suddetto contratto, per un'assunta violazione delle disposizioni regolanti il servizio, consistita nell'aver utilizzato un veicolo non immatricolato allo scopo. Essendosi l'amministrazione costituita ed avendo la stessa pregiudizialmente eccepito il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, sostenendo che l'impugnazione avrebbe dovuto essere proposta innanzi al competente T.A.R., in quanto diretta contro un provvedimento di natura autoritativa, emesso nell'ambito delle funzioni amministrative di sorveglianza da essa esercitate sul servizio pubblico, il CO.TRA.B., con ricorso del 28.2.2012, notificato il 2.3.2012 ha chiesto a queste S.U. regolarsi la giurisdizione ed affermarsi la sussistenza di quella del giudice ordinario sostenendo la natura paritaria del rapporto negoziale, instaurato con il contratto di servizio, nell'ambito del quale la contestata "sanzione" altro non sarebbe che una penale contrattuale, così come espressamente qualificata nelle disposizione pattizia che la prevede. Si è costituita la Provincia di Potenza con memoria, resistendo al ricorso e chiedendo a sua volta affermarsi la giurisdizione del giudice amministrativo, ribadendo la tesi sopra esposta, già sostenuta nel giudizio a quo. Il P.G., con articolata requisitoria, ha concluso per la dichiarazione della giurisdizione del giudice ordinario.

E' stata infine depositata una memoria illustrativa dalla resistente amministrazione. Tanto premesso ritengono queste Sezioni Unite che la giurisdizione spetti al giudice amministrativo.

Il quadro normativo di riferimento è costituito dalla L. n. 448 del 2001, art. 35 che ha introdotto l'obbligo del contratto di servizio per la regolazione dei rapporti tra la P.A. ed i soggetti erogatori dei servizi pubblici, in relazione ad ogni ipotesi di affidamento di quelli locali; 2) dal D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 133, comma 1 ("codice del processo amministrativo") che, alla lett. a) n. 2, attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alla "formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo,..", ed alla lettera c) devolve al medesimo giudice "le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, ad eccezione di quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi...ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore...".

Rientrando il contratto di servizio nell'ambito dei c.d. "accordi sostitutivi di provvedimento amministrativo", con i quali vengono disciplinate le modalità di espletamento del servizio

affidato in concessione al gestore, regolando il rapporto instaurato dalla P.A. con lo stesso in tutti i suoi aspetti, dei quali soltanto quelli relativi alla determinazione ed erogazione dei corrispettivi sono impostati su base paritaria e, come tali, nel solco della distinzione a suo tempo introdotta dalla nota sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale, risultano attribuiti ai sensi del comma 1, lett. c) sopra citato alla cognizione del giudice ordinario, mentre tutte le altre controversie, attinenti alla esecuzione di tali negozi di diritto pubblico rimangono riservate alla giurisdizione del G.A., in base alla generale previsione di cui alla precedente lett. a), n. 1.

Tale attribuzione risulta, specificamente, rafforzata dall'espressa menzione, contenuta nella lett. c), delle controversie, attinenti alla vigilanza e controllo dell'attività del gestore, in quanto relative ad aspetti del rapporto nei quali la P.A. concedente non opera sul piano paritario, bensì in evidente posizione di supremazia, giustificata dall'interesse collettivo a salvaguardia del quale esercita le suddette funzioni, dirette alla verifica della corretta esplicazione dei compiti affidati al gestore del servizio, che comunque rimane un'attività di natura pubblica, anche nei casi in cui venga svolto da un soggetto privato.

In tal senso la più recente giurisprudenza di queste S.U. ha avuto modo di precisare che "anche a seguito dell'abrogazione della L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 11, comma 5, per effetto del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 4, comma 1, all. 4, resta devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto il rispetto degli obblighi nascenti da una convenzione stipulata tra un Comune o altro ente pubblico concedente ed un privato, volta a disciplinare il contenuto di una concessione ...trattandosi di una causa inerente all'esecuzione di accordo da qualificare come integrativo o sostitutivo di provvedimento amministrativo concessorio, ai sensi dell'art. 133, lett. a), n. 2, del citato D.Lgs., che individua tali controversie tra quelle riservate al giudice amministrativo (v. ord. n. 1713 del 24.1.2013); tale principio costituisce conferma di quello analogo, precedentemente affermato (v. ord. n. 3689 del 9.3.2012), sotto la vigenza della L. n. 241 del 1990, art. 11, comma 5.

Alla luce dei suesposti principi e della specifica previsione di cui alla già citata lett. c) dell'art. 133, comma 1 cit. D.Lgs., deve ritenersi che l'applicazione al gestore del trasporto pubblico di una "penale" da parte dell'amministrazione concedente, ancorché il relativo potere sia previsto in un atto qualificato "contratto", non costituisca espressione di una facoltà improntata ad un rapporto paritario, ma attenga all'esplicazione di quegli specifici poteri di vigilanza e controllo sulla corretta gestione del servizio pubblico, come tale costituente l'irrogazione di una vera e propria sanzione.

Nè vale ad attrarre nella giurisdizione del G.O. la considerazione che tale "penale" sia recuperata dall'amministrazione concedente mediante detrazione dal corrispettivo, trattandosi soltanto di una modalità attuativa della pretesa sanzionatoria, la cui previsione risponde a finalità chiaramente agevolative della relativa riscossione da parte dell'ente concedente, che in tale veste non opera in qualità di creditrice di una prestazione prevista nell'ambito di un rapporto sinallagmatico, bensì nel ruolo suo proprio di P.A., in posizione sovraordinata al gestore, che sia incorso, come nella specie gli è stato contestato nell'inosservanza delle disposizioni, di interesse generale, regolanti l'esercizio del pubblico servizio in questione.

Pronunziando, infine, sulle spese del presente regolamento di giurisdizione, si ritiene equo compensarle interamente, non risultando, in tema di applicazione di "penali" previste in contratti regolanti il trasporto pubblico in concessione, precedenti giurisprudenziali in termini.

Giurisdizione – Urbanistica

Cass. Sez. Un. 24 maggio 2013, n. 12899, Pres. Luccioli – Est. Segreto

La giurisdizione sulla domanda di restituzione di quanto indebitamente pagato a titolo di sanzione pecuniaria ex art. 38 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, proposta da chi abbia giudizialmente ottenuto il definitivo annullamento del provvedimento demolitorio, reso in autotutela, del permesso di costruire precedentemente rilasciatogli e sul quale ultimo si fondavano il procedimento di cui alla citata norma e la sanzione irrogatagli, appartiene al giudice ordinario, alla stregua di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'indicata disposizione, al pari dell'art. 34, primo comma, del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7, lett. b), della legge 21 luglio 2000, n. 205, e quale risultante dalla sua parziale illegittimità costituzionale sancita dalla Consulta con le sentenze nn. 204 e 281 del 2004, che impedisce di ricomprendere nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in tema di sanzioni pecuniarie, le liti in cui - essendo la P.A. priva di potere discrezionale, una volta esauritosi il descritto procedimento sanzionatorio, in ordine ai tempi ed ai modi dell'invocata restituzione - le parti vengono a trovarsi in posizione sostanzialmente paritaria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso, proposto ex art. 362 c.p.c., comma 1 il Comune ricorrente lamenta la violazione degli artt. 103 e 111 Cost. per avere la sentenza impugnata statuito su materia rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario. Assume il ricorrente che l'Impresa F. con il ricorso per ottemperanza della sentenza n. 2177/2010 del Consiglio di Stato ha richiesto la restituzione degli importi versati al Comune a titolo di asserito indebito oggettivo, in quanto, essendo stato accertato dalla sentenza ottemperanda che nessun eccesso di cubatura era stato realizzato, l'importo pagato al Comune a titolo di sanzione pecuniaria ai sensi del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 38 risultava indebitamente versato, essendo venuta meno la causa di irrogazione della sanzione.

Secondo il ricorrente, vertendosi in materia di indebito soggettivo, la giurisdizione si appartiene al giudice ordinario e non al giudice amministrativo, peraltro in sede di ottemperanza.

2.1. Il motivo è fondato.

Va, anzitutto, premesso che la sentenza impugnata (depositata il 15.12.2011) del Consiglio di Stato, adito in sede di ottemperanza della sentenza n. 2177/2010, da atto che questa sentenza non ha statuito espressamente sulla restituzione delle somme pagate al Comune dal F.U., quale sanzione per eccesso di cubatura risultato poi infondato nell'accertamento della sentenza; che il Comune avrebbe dovuto propria sponte rimuovere il detto atto di irrogazione della sanzione (in quanto avente causa nulla) e provvedere alla restituzione dell'indebito; che, non avendo ciò fatto, la detta azione di restituzione poteva essere esercitata in sede di ottemperanza.

2.2. Senonchè, essendo quello sopra indicato il dictum della sentenza del Consiglio di Stato n. 2177/2010, non poteva disporsi la restituzione della somma, non oggetto della predetta sentenza, con un giudizio di ottemperanza della stessa.

Infatti l'oggetto del giudizio di ottemperanza consiste nella verifica dell'effettivo adempimento da parte dell'amministrazione pubblica dell'obbligo di conformarsi al comando impartito dal giudice di cognizione ed il giudice dell'esecuzione è chiamato a enucleare e precisare il contenuto degli obblighi nascenti dalla sentenza passata in giudicato.

E' vero che - quando emergano problemi interpretativi la cui soluzione costituisca l'indispensabile presupposto della verifica dell'esattezza dell'esecuzione - il giudice del giudizio di ottemperanza può adottare una statuizione analoga a quella che potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione, ma rimane ben fermo il principio che detto potere incontra il limite esterno della giurisdizione propria del giudice amministrativo, con la conseguenza che, quante volte la cognizione della questione controversa, la cui soluzione sia necessaria ai fini della verifica dell'esatto adempimento dell'amministrazione obbligata, risulti devoluta ad altro giudice, soltanto questi può provvedere al riguardo (Cass. S.U. n. 27277 del 19/12/2011).

2.3. Ritiene, quindi, questa Corte che con il giudizio di ottemperanza il Consiglio di Stato non poteva disporre la restituzione delle somme detenute dal Comune a titolo di indebito, essendo

venuto meno il titolo, invece rientrando ciò nella giurisdizione del Giudice ordinario, così dando continuità al principio affermato già da S.U. 29291 del 15/12/2008, in fattispecie simile.

Secondo tale arresto, la giurisdizione sulla domanda di restituzione dell'oblazione corrisposta per la sanatoria di un immobile abusivo ai sensi della L. 28 febbraio 1985, n. 47, nel caso in cui l'istanza di sanatoria sia stata respinta, non è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, a norma dell'art. 35, comma 16, della medesima legge, che concerne le controversie sulla regolarità del procedimento di sanatoria e sul rimborso delle somme in eccedenza rispetto alla conclusiva determinazione dell'oblazione da parte del sindaco, bensì, in virtù di un'interpretazione costituzionalmente orientata della predetta norma, al giudice ordinario. Infatti, in tale caso, la P.A., avendo esaurito il procedimento, stante la definitività del diniego, non esplica alcun potere autoritativo e le parti si trovano in posizione sostanzialmente paritaria. A tali principi si è espressamente conformata anche Cassazione S.U. n. 31.5.2011, n. 11965, sia pure ancora in relazione all'oblazione di cui alla L. n. 47 del 1985, art. 35.

Tuttavia, poichè nell'ultima fattispecie la controversia era relativa ad una procedura andata a buon fine, e quindi, in buona sostanza "in vita" ed atteneva all'entità della somma, era affermata la giurisdizione del giudice amministrativo, essendo in presenza di un'attività discrezionale della p.a. sia pure strettamente connessa con diritti soggettivi dell'interessato.

3. La fattispecie in esame attiene ad ipotesi di provvedimento di annullamento in autotutela del permesso di costruzione, a sua volta successivamente annullato in sede giurisdizionale. Dal combinato disposto delle norme di cui alla L. n. 241 del 1990, art. 21 nonies ed al T.U. n. 380 del 2001, art. 38 emerge che, a seguito della riscontrata illegittimità del titolo edilizio, la PA procedente deve operare due distinte e progressive ponderazioni comparate dei contrapposti interessi in gioco: una di primo livello afferisce direttamente alla normativa generale sul procedimento, condizionando la caducazione dell'atto illegittimo; nel caso di scelta affermativa, una seconda e definitiva fase di valutazione riguarda più da vicino le concrete modulazioni di ricaduta del deliberato annullamento sulla sfera giuridica del destinatario, in attuazione del citato articolo 38 del TU sull'edilizia. In buona sostanza, l'annullamento del permesso di costruire non postula di per sè in via automatica il ripristino di quanto medio tempore costruito, visto che, una volta determinatasi a ravvisare gli estremi dell'autotutela decisoria, l'amministrazione è poi chiamata a modulare (con lo stesso o con altro distinto provvedimento) le misure operative che ne conseguono, senza un sistematico ricorso all'integrale autotutela esecutiva.

In particolare il D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 38, prescrive, in caso di annullamento del permesso di costruire, una nuova valutazione da parte del dirigente del competente ufficio comunale riguardo la possibilità di restituzione in pristino; qualora la demolizione non risulti possibile, il Comune dovrà irrogare una sanzione pecuniaria, nei termini fissati dal D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, stesso art. 38, (Cons. Stato, Sez. 6, 13/06/2011, n. 3571).

4.1. Sennonchè una volta intervenuta la sentenza di annullamento del provvedimento demolitorio del permesso di costruzione, emesso in sede di autotutela, ove il Comune abbia adottato a norma dell'art. 38 cit.

l'irrogazione della sanzione pecuniaria, essendo venuto meno l'illecito edilizio, questa rimane senza causa, con la conseguenza che, se la somma di denaro è stata effettivamente già versata, essa integra un indebito.

4.2. Applicando alla fattispecie suddetta i principi già esposti da S.U. 29291 del 15/12/2008, per quanto con riferimento alla diversa ipotesi di cui alla L. n. 47 del 1985, art. 35, ne consegue che l'interpretazione costituzionalmente orientata (alla luce dell'art. 103 Cost., comma 1, il quale richiede che la P.A. abbia agito nella veste di autorità) del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 38, al pari di quella del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 34, comma 1, che ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto l'attività delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica ed edilizia (come sostituito dalla L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 7, lett. b), e quale risulta dalla declaratoria della sua parziale illegittimità costituzionale con sentenza n. 204/04, oltre che per altro verso con

sentenza n. 281/04), non consente di ricomprendere nella giurisdizione esclusiva attribuita al Giudice amministrativo in tema di sanzione pecuniaria le controversie nelle quali, essendo assente ogni profilo riconducibile all'esercizio di poteri autoritativi, le parti vengono a porsi in una posizione sostanzialmente paritaria.

In particolare, mentre rientrano nella giurisdizione esclusiva quelle concernenti la regolarità del procedimento di sanatoria dell'abuso edilizio, e quelle aventi ad oggetto il diritto dell'interessato a giovare del procedimento ex art. 38 cit. e ad ottenere il rimborso delle somme di cui risulta creditore a seguito della determinazione definitiva dell'importo della sanzione pecuniaria da parte del dirigente dell'ufficio competente, diversamente deve essere affermato quanto alle somme versate, nel caso in cui sia divenuta definitiva la sentenza di annullamento del provvedimento in autotutela, che annullava il permesso di costruzione, e sul quale ultimo si fondava il procedimento di cui al T.U. n. 380 del 2001, art. 38 e la conseguente sanzione pecuniaria irrogata.

4.3. In detta ipotesi, come correttamente rilevato dal Consiglio di Stato, l'atto di irrogazione della sanzione è sine causa (sia pure non originaria ma sopravvenuta) e quindi è nullo, con la conseguenza che l'interessato ha diritto di ripetere a titolo di indebito la somma versata.

4.4. Senonchè alla parte che agisce per la restituzione dell'indebito si contrappone una pubblica amministrazione che, esaurito il procedimento sanzionatorio di cui all'art. 38 cit., non è qualificata in ordine ai tempi ed ai modi del pagamento delle somme richieste da alcun residuo potere, che valga a ricomprendere la controversia relativa al diritto alla restituzione nella materia attribuita alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo soltanto in ragione dell'originario esercizio rispetto ad essa di una attività discrezionale dell'amministrazione, coinvolgente anche i diritti soggettivi dell'interessato.

Nè, in senso contrario, rileva l'ovvio accertamento rimesso al Giudice ordinario in ordine alla sussistenza dei fatti che costituiscono il fondamento della pretesa fatta valere in giudizio.

5. Va, quindi, accolto il primo motivo di ricorso.

Tale accoglimento comporta l'assorbimento del secondo motivo. Va cassata l'impugnata sentenza, va affermata la giurisdizione del giudice ordinario e vanno rimesse le parti, anche per le spese di questo giudizio di legittimità, davanti al Tribunale ordinario competente.