

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Luglio 2013

Giurisdizione – Risarcimento del danno

Cass. Sez. Un. 5 luglio 2013, n. 16883, Pres. Rovelli – Est. Vivaldi

Rientra nella giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di urbanistica ed edilizia, prevista dall'art. 34 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, nel testo modificato dall'art. 7 l. 21 luglio 2000 n. 205 (applicabile "ratione temporis"), la controversia concernente il risarcimento dei danni lamentati da un consorzio di bonifica in relazione all'esecuzione dei lavori di realizzazione della linea ferroviaria ad alta velocità, ricorrendo i presupposti oggettivi e soggettivi per l'applicazione della norma, quali la natura pubblicistica del procedimento preordinato allo svolgimento di tale attività, il carattere soprattutto pubblico degli interessi coinvolti, le scelte discrezionali della p.a., il ricorso da parte di essa a strumenti autoritativi, la manifesta incidenza sul territorio del progetto e della sua attuazione e, soprattutto, il nesso esistente tra atti e provvedimenti delle p.a. o soggetti ad esse equiparati (tale dovendosi ritenere la società T.A.V. s.p.a. in quanto strumento per la realizzazione di un fine pubblico, il trasporto ferroviario, qualificato come servizio pubblico essenziale dall'art. 1, comma 2, lett. b, l. 12 giugno 1990 n. 146) ed uso del territorio.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente, il ricorso è dichiarato ammissibile sotto il seguente profilo.

Il tribunale amministrativo regionale, trovatosi a pronunciare nel vigore della L. 18 giugno 2009, n. 69, ha dichiarato il ricorso in riassunzione inammissibile, declinando la propria giurisdizione in favore di quella del giudice ordinario, che aveva già affermato di esserne privo, ma non ha ritenuto di sollevare d'ufficio la questione di giurisdizione davanti alle sezioni unite di questa Corte.

Una tale circostanza dimostra che la disciplina dettata dalla L. n. 69 del 2009, art. 59, non è in grado di coprire l'intero arco delle situazioni processuali provocate da una dichiarazione di difetto di giurisdizione e, dunque, non ha prodotto l'abrogazione della disposizione dettata dall'art. 362 c.p.c. (v. anche S.U. 5.5.2011, n. 9841; S.U. 10.3.2011, n. 5681). A ciò non può, allora, sopperire se non il ricorso per conflitto negativo, che, d'altra parte, si presta a far fronte anche ai casi in cui, pur nell'ambito processuale presupposto dalla L. n. 69, art. 59, il secondo giudice manchi di sottoporre la questione alle sezioni unite della Corte di cassazione e declini, invece, la sua giurisdizione.

E' principio consolidato, infatti, che nell'ipotesi in cui il giudice ordinario ed il giudice amministrativo abbiano entrambi negato, con sentenza, la propria giurisdizione sulla medesima controversia, si è in presenza, non di un conflitto virtuale di giurisdizione (risolvibile con istanza di regolamento preventivo di cui all'art. 41 c.p.c.), ma di un conflitto reale negativo di giurisdizione che, ai sensi dell'art. 362 c.p.c., comma 2, n. 1, può essere denunciato alle Sezioni Unite della Suprema Corte - con atto soggetto agli stessi requisiti formali del ricorso per cassazione - in ogni tempo e, quindi, indipendentemente dalla circostanza che una delle due pronunzie in contrasto sia o meno passata in giudicato (S.U. 7.1.2013 n. 150; S.U. 20.6.2012 n. 10139; S.U. 18.6.2008 n. 16540; S.U. 20.6.2007 n. 14290; S.U. 20.10.2006 n. 22521).

Per la L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 59 infatti, il passaggio in giudicato della sentenza che ha dichiarato la giurisdizione serve a vincolare le parti alla statuizione adottata ed a far salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda, come se fosse stata fin dall'inizio proposta davanti al giudice di cui è dichiarata la giurisdizione (comma 2).

Il passaggio in giudicato non condiziona, invece, il potere del giudice dichiarato competente di sollevare di ufficio davanti alle Sezioni unite della Corte di cassazione la questione di giurisdizione (comma 3).

L'espressione "restano ferme le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione", che chiude l'art. 59, comma 3, non incide su tale potere, avendo essa lo scopo di precisare che la nuova disciplina nulla innova in punto di regolamento preventivo di giurisdizione (art. 41 c.p.c.) (v. anche S.U. ord. 25.11.2011 n. 24904).

Tempestiva, poi, è la pronuncia declinatoria della giurisdizione da parte del giudice amministrativo, posto che la stessa è stata adottata a seguito di riassunzione, senza lo svolgimento di alcuna attività di trattazione del merito della causa (v. anche S.U. 20.6.2012 n. 10139 in motiv.; S.U. ord. 25.11.2011 n. 24904).

Sulla questione di giurisdizione.

Sono dati di fatto pacifici i seguenti.

Nell'ambito del "Piano per le linee ferroviarie ad alta velocità", l'allora Ente Ferrovie dello Stato affidò alla T.A.V. (Treno Alta Velocità) spa la concessione delle progettazione, costruzione e sfruttamento economico del sistema alta velocità, autorizzandola a conferire la progettazione e la costruzione a General contractors.

Relativamente alla tratta (OMISSIS), in data (OMISSIS), fu conclusa apposita convenzione con il Consorzio Iricav Uno.

Con la conferenza dei servizi del 28.12.1993, indetta, poi, ai sensi della L. 15 dicembre 1990, n. 350, art. 7, fu dichiarata conclusa la procedura relativa alla predetta tratta e, nell'ambito di tale conferenza, il progetto esecutivo depositato dalle Ferrovie dello Stato fu approvato da tutte le Amministrazioni interessate.

L'approvazione del progetto da parte degli invitati alla conferenza di servizi sostituì, ad ogni effetto, gli atti di concerto o di intesa, i pareri, le autorizzazioni, i nulla-osta, le approvazioni e le concessioni previste da leggi statali e regionali, per quanto di competenza degli invitati stessi.

Il complesso procedimento amministrativo cui si è accennato è contrassegnato da atti che costituiscono esemplificazione del potere amministrativo.

Ora, con la sua domanda, il Consorzio di Bonifica Valle del Liri chiede il risarcimento dei danni arrecati ai propri impianti, aree e rete idrografica; la dichiarazione di illegittimità della collocazione dei tralicci dell'elettrodotto a servizio della linea TAV, con condanna dei convenuti "al ripristino dello stato dei luoghi previa rimozione dei detti tralicci, con condanna allo spostamento degli stessi a distanza di salvaguardia dalle rete irrigua consortile...".

E' principio pacifico che la giurisdizione debba essere determinata sulla base della domanda, con la specificazione che, ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo rileva, non già la prospettazione compiuta dalle parti, bensì il petitum sostanziale.

E questo deve essere identificato, non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, quanto, soprattutto, in funzione della causa petendi, ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati (S.U. ord. 11.10.2011 n. 20902; S.U. ord. 25.6.2010 n. 15323).

I danni lamentati dal Consorzio di Bonifica, oggi ricorrente, sono stati cagionati dalla realizzazione delle linee ferroviarie ad alta velocità (OMISSIS), oggetto del complesso procedimento amministrativo descritto, e non possono essere attribuiti soltanto a cattiva esecuzione dei lavori, quindi a meri comportamenti materiali che escludono la giurisdizione amministrativa.

Viceversa, la natura amministrativa del procedimento, il carattere soprattutto pubblico degli interessi coinvolti, le scelte discrezionali operate dalla Pubblica Amministrazione, il ricorso a strumenti anche autoritativi, la manifesta incidenza sul territorio del progetto e della sua attuazione,

ed il carattere decisivo attribuito dal D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 34, al nesso - nella specie ricorrente e già affermato (S.u. ord. 27.7.2005 n. 15660) - tra atti e provvedimenti delle pubbliche amministrazioni, e soggetti ad esse equiparati, da un lato, ed uso del territorio, dall'altro, riconducono oggettivamente la controversia, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo quale prevista dal D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 34, in vigore, nel testo come modificato dalla L. 21 luglio 2000, n. 205, alla data (12.1.2005) di proposizione della domanda, rilevante a tali effetti ai sensi dell'art. 5 c.p.c..

Nè in senso contrario, può invocarsi la sentenza in data 6 luglio 2004 n. 204 della Corte costituzionale - che ha, tra l'altro, dichiarato la parziale illegittimità costituzionale del primo comma del citato art. 34, come sopra modificato - poichè l'uso del territorio consegue, nella specie, ad atti e provvedimenti della pubblica amministrazione, e non a meri comportamenti.

Alla stessa conclusione conduce la valenza tendenzialmente omnicomprensiva, in quanto abbracciante la totalità degli aspetti dell'uso del territorio, dell'espressione materia urbanistica, più volte sottolineata da questa Corte (S.U. ord. 7.12.2004 n. 22890).

Inoltre, nelle materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto.

Così - sulla base della norma della L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 7, comma 3, modif. dalla L. n. 205 del 2000, art. 7, -, il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno che può essere disposto, dal giudice amministrativo, non soltanto se investito della domanda di annullamento dell'atto amministrativo, quale effetto ulteriore della riscontrata illegittimità di esso, ma anche - purchè ricorra la giurisdizione esclusiva o generale di legittimità - nel caso in cui la parte interessata si limiti ad invocare la sola tutela risarcitoria (v. anche S.U. ord. 1.6.2006 n. 13028).

Peraltro, deve anche evidenziarsi che, ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, le norme che attribuiscono al giudice amministrativo la giurisdizione in particolari materie vanno interpretate nel senso che non vi rientra ogni controversia che in qualche modo riguardi una materia devoluta alla giurisdizione esclusiva, non essendo sufficiente il dato della mera attinenza della controversia con la materia, ma soltanto le controversie che abbiano ad oggetto, in concreto, la valutazione di legittimità di provvedimenti amministrativi che siano espressione di pubblici poteri (S.U. 25.2.2011 n. 4614).

Ora, nella specie, ricorrono, sia il presupposto oggettivo, sia quello soggettivo della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Da un lato, infatti, la progettazione e la realizzazione della tratta ferroviaria in questione - manifestamente incidenti sul territorio - risulta inserita nel complesso procedimento amministrativo di cui si è detto.

Dall'altro, alla TAV, anche alla luce dell'evoluzione della nozione di P.A. correlata ai mutamenti del quadro normativo, va riconosciuta almeno la veste di soggetto equiparato alle amministrazioni pubbliche, quale strumento cui si è fatto ricorso per la realizzazione di fini pubblici (nella specie, il trasporto ferroviario, qualificato come servizio pubblico essenziale dalla L. 12 giugno 1990, n. 146, art. 1, comma 2, lett. b)) e con mezzi finanziari riferibili, direttamente o indirettamente, alla Pubblica Amministrazione in senso proprio (così S.U. ord. 27.7.2005 n. 15660).

Si tratta, quindi, di attività funzionale all'esercizio di potestà pubbliche, svolta secondo le regole del procedimento amministrativo o dei moduli convenzionali sostitutivi previsti dalla L. n. 241 del 1990.

Nè va sottovalutato che il Consorzio di Bonifica, nella specie, agisce quale Ente gestore di un pubblico servizio di cui era titolare la Regione Lazio, ed in questa veste fa valere la lesione di un proprio diritto in conseguenza della violazione, sia di obblighi convenzionali, sia del generale principio del *neminem laedere*, che si è tradotto, in concreto, nel malfunzionamento o nel pregiudizio ad un servizio pubblico del quale il Consorzio era gestore (linea ferroviaria ad alta velocità).

Si tratta, quindi, anche sotto questo profilo di un servizio pubblico in materia di urbanistica.

Le conclusioni cui si è giunti poggiano anche sul concetto di accordo o convenzione sostitutiva di cui la Pubblica Amministrazione può servirsi per il perseguimento di interessi pubblici e che nulla toglie, sotto il profilo del riconoscimento della giurisdizione esclusiva, anche oggi, pur essendo stato abrogato la L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 11, comma 5 - applicabile *ratione temporis* nella specie -, ad opera del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 4, comma 1, Allegato 4.

Il giudizio in esame, infatti, attiene anche all'esecuzione (od alla mancata esecuzione) di accordi da qualificare come integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo concessorio, ai sensi dell'art. 133, lett. A), n. 2, del citato decreto legislativo, che individua tali controversie tra quelle riservate al giudice amministrativo (v. anche S.U. ord. 17.5.2013 n. 12111; S.U. ord. 24.1.2013 n. 1713; S.U. ord. 9.3.2012 n. 3689).

Con riferimento, poi, alla affermata giurisdizione del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, va rilevato che il presente giudizio non attiene direttamente alla tutela delle acque pubbliche, nè ha un'incidenza immediata e diretta sulle stesse; e neppure si discute in via diretta, di diritti correlati alle derivazioni e utilizzazioni di acque pubbliche, ma si tratta di controversia relativa ad atti solo strumentalmente finalizzati ad incidere sul regime delle acque pubbliche; di qui la giurisdizione del giudice amministrativo (v. anche S.U. ord. 19.4.2013 n. 9534).

Quanto al profilo relativo al supposto deferimento ad arbitri della controversia sollevato da uno dei resistenti, deve rilevarsi che il ricorso all'arbitrato, previsto dalla L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 6, comma 2, nelle controversie concernenti materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, secondo il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 34, è possibile solo per le controversie da risolvere mediante arbitrato rituale di diritto.

Ma l'esame sulla deferibilità ad arbitri della controversia devoluta per legge alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, costituisce questione non di giurisdizione in senso tecnico, ma di merito, in quanto inerente alla validità del compromesso o della clausola compromissoria (v. anche S.U. 3.8.2000 n. 527; S.U. 5.12.2000 n. 1251; S.U. 30.11.2006 n. 25508; S.U. 1.7.2008 n. 17934).

Il suo esame, pertanto, potrà formare oggetto di esame nel giudizio di merito.

Conclusivamente, è dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo.

La sentenza emessa dal TAR Lazio è cassata, e la causa è rimessa allo stesso TAR Lazio.

La complessità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese del giudizio di cassazione.

Giurisdizione – Urbanistica

Cass. Sez. Un. 19 luglio 2013, n. 17764, Pres. Rovelli – Est. Botta

Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo il giudizio relativo al servizio di sostegno scolastico a favore di minori diversamente abili (ai sensi dell'art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, e successive modificazioni, come inciso dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale e finalizzato alla condanna di un Comune all'esecuzione di interventi edilizi di tipo strutturale per l'eliminazione delle barriere architettoniche impeditive dell'accesso a locali pubblici, appartenendo tale controversia al novero di quelle «aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio», che a norma dell'art. 133, comma 1, lettera f), del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

MOTIVAZIONE

1. Il ricorso è fondato e va dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo alla luce di quanto disposto dall'art. 133, comma 1, lett. c), del codice del processo amministrativo.

2. Per quanto riguarda il servizio di sostegno scolastico e la congruità della relativa assistenza queste Sezioni Unite hanno già affermato il principio, che deve essere ribadito, secondo cui: "Le controversie relative al servizio di sostegno scolastico a favore di minori diversamente abili spettano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 33, (e successive modificazioni), come inciso dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale, concernendo provvedimenti adottati dalla P.A. nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali in materia di pubblici servizi, come nella ipotesi (ricorrente nella specie) in cui, chiedendo l'aumento del numero delle ore di supporto concesse al minore, si mette in discussione la correttezza del potere amministrativo esercitato nell'organizzazione del servizio" (Cass. S.U. n. 7103 del 2009; v. anche Cass. S.U. n. 1144 del 2007, secondo la quale "appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo la domanda avente ad oggetto il servizio di sostegno scolastico ai minori portatori di handicap (e l'eventuale risarcimento del danno alla persona derivante da un servizio insufficiente); lo stesso, infatti, non costituisce l'oggetto di un contratto di utenza di diritto privato tra l'istituto scolastico, obbligato alla prestazione, e i genitori del minore, ma è previsto dalla legge e consegue direttamente al provvedimento di ammissione alla scuola dell'obbligo"). Nel senso indicato si sono espresse anche Cass. S.U. n. 1147 del 2007 e Cass. S.U. n. 9954 del 2009.

3. Alle medesime conclusioni deve pervenirsi in ordine agli interventi edilizi di tipo strutturale (per l'eliminazione delle barriere architettoniche impeditive dell'accesso a locali pubblici) che gli attori hanno sollecitato nei confronti del Comune.

3.1. Si tratta, infatti, di controversie "aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio", che a norma dell'art. 133, lett. f), del codice del processo amministrativo sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Peraltro, queste Sezioni Unite hanno già avuto modo di precisare che: "Anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute (art. 32 Cost.) - allorchè la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della P.A. di cui sia denunciata l'illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi, come quella della gestione del territorio - compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie in ordine alla sussistenza in concreto dei diritti vantati, al contemperamento o alla limitazione di tali diritti in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre, nonchè all'emissione dei relativi provvedimenti cautelari che siano necessari per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie e

eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti" (Cass. S.U. n. 27187 del 2007).

4. Il ricorso deve essere, pertanto, accolto e va dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo, con rimessione delle parti innanzi al TAR competente per territorio, che provvederà anche in ordine alle spese della presente fase del giudizio.

Processo amministrativo – Esecuzione del giudicato

Cass. Sez. Un. 19 luglio 2013, n. 17654, Pres. Trifone – Est. Bucciante

Il giudice dell'ottemperanza non risulta carente di giurisdizione in relazione all'esecuzione di una sentenza avente natura meramente dichiarativa dell'obbligo, gravante su di un Comune, di provvedere al pagamento di una retta di degenza in favore di un ente ospedaliero, atteso che la funzione del giudizio di ottemperanza è proprio quella di integrare il giudicato amministrativo, essendo il giudice amministrativo munito, in tale sede, di ampi poteri integrativi delle statuizioni adottate nel giudizio pregresso, esercitabili per adeguare la situazione al proprio comando definitivo rimasto inexecuto.

RITENUTO

che:

- si è proceduto nelle forme di cui all'art. 380-bis c.p.c.;
- la relazione depositata in cancelleria è del seguente tenore:

"In esito a una annosa vicenda giudiziaria, attinente all'individuazione dell'ente tenuto al versamento delle rette di degenza per il ricovero di S.A. nell'ospedale di Sospiro dal 1984 al 2008, con sentenza n. 1466/2009 il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia - sezione staccata di Brescia ha posto il pagamento a carico del Comune di Serravalle a Po e dell'Azienda sanitaria locale di Mantova, rispettivamente per i periodi con prevalenza di prestazioni sanitarie e per quelli con prevalenza di prestazioni socio-assistenziali.

La pronuncia è stata confermata dal Consiglio di Stato con decisione n. 7317/2010, passata in giudicato.

La Fondazione istituto ospedaliero di Sospiro ONLUS ha promosso giudizio di ottemperanza davanti al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia - sezione staccata di Brescia, per ottenere dal Comune di Serravalle a Po quanto le è dovuto in forza della suddetta sentenza dello stesso Tribunale.

Il Comune di Serravalle a Po ha presentato istanza di regolamento preventivo, chiedendo che sia dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. La Fondazione istituto ospedaliero di Sospiro ONLUS si è costituita con controricorso, contestando la fondatezza degli assunti del ricorrente, del quale ha chiesto la condanna per responsabilità processuale aggravata, ai sensi dell'art. 96 c.p.c..

A sostegno della tesi del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo il Comune di Serravalle a Po adduce due ragioni:

l'appartenenza al giudice ordinario della cognizione della controversia decisa con la sentenza oggetto del giudizio di ottemperanza; il carattere puramente dichiarativo della stessa sentenza, come tale insuscettibile di esecuzione.

Nessuno di questi argomenti appare condivisibile. Non il primo, poichè in sede di ottemperanza non possono avere ingresso questioni attinenti alla giurisdizione, relativamente al giudizio a quo (v.

Cass. s.u. 8 marzo 1975 n. 851, ormai remota ma non contraddetta, per quanto consta, da successive decisioni diverse).

Non l'altro, per l'assorbente ragione che l'accertamento e la determinazione degli effetti del giudicato amministrativo compete comunque al giudice dell'ottemperanza, il quale peraltro ha poteri integrativi delle statuizioni adottate nel giudizio pregresso (v., tra le più recenti, Cass. 9 giugno 2006 n. 13431).

Si ritiene quindi possibile definire il giudizio ai sensi dell'art. 375 c.p.c., n. 5, seconda ipotesi";

- sono state presentate memorie dall'una parte e dall'altra;

- sono comparsi e sono stati sentiti in camera di consiglio sia i difensori del ricorrente e della resistente, che hanno ribadito le loro rispettive richieste, sia il pubblico ministero, che ha concluso in conformità con la relazione; considerato che:
- il collegio concorda con le argomentazioni svolte nella relazione e le fa proprie, rilevando che non sono efficacemente contrastate dalle obiezioni formulate nella memoria del ricorrente;
- non è infatti fondato l'assunto secondo cui sulle questioni di giurisdizione, stante il disposto dell'art. 37 c.p.c., non può mai formarsi il giudicato, sicchè esse possono essere sollevate senza limiti di tempo; la norma richiamata dal ricorrente, nel consentire il rilievo del difetto di giurisdizione "in qualunque stato e grado del processo", presuppone la perdurante pendenza di questo (nè peraltro impedisce, anche nello stesso giudizio, la formazione del giudicato interno, in mancanza di impugnazione sul punto, relativamente alla implicita affermazione della sussistenza della propria giurisdizione da parte del giudice che abbia pronunciato nel merito: Cass. s.u. 9 ottobre 2008 n. 24883); ne consegue che nel distinto successivo giudizio di ottemperanza è preclusa ogni eccezione attinente alla carenza di giurisdizione del giudice amministrativo che ha emesso la decisione sulla cui esecuzione si controverte;
- neppure si può aderire alla tesi del Comune di Serravalle a Po, secondo cui la materia del contendere esula nella specie dall'ambito del giudizio di ottemperanza, poichè attiene all'adempimento di una (presunta) obbligazione pecuniaria; la natura - di accertamento o di condanna, come rispettivamente sostengono il ricorrente e la resistente - della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia è ininfluyente, poichè l'esecuzione forzata in sede civilistica nei confronti della pubblica amministrazione è bensì consentita in base a un titolo giudiziale amministrativo per un credito certo, liquido ed esigibile, ma anche in tal caso costituisce comunque uno strumento alternativo al giudizio di ottemperanza, il quale invece può unicamente essere utilizzato quando occorre integrare il giudicato, nel quadro degli ampi poteri che il giudice amministrativo può esercitare per adeguare la situazione al proprio comando definitivo rimasto ineficace: Cass. s.u. 15 luglio 2008 n. 19345;
- deve pertanto essere dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo;
- la domanda della Fondazione istituto ospedaliero di Sospiro ONLUS, diretta ad ottenere la condanna del Comune di Serravalle a Po al risarcimento dei danni per responsabilità processuale aggravata, ai sensi dell'art. 96 c.p.c., va disattesa, stante la mancata allegazione di un particolare concreto pregiudizio che la proposizione del ricorso possa aver cagionato alla resistente;
- le spese di questo giudizio vengono compensate tra le parti per giusti motivi, ravvisabili nella circostanza che l'obbligazione di cui si tratta deriva dalla residenza che S.A. aveva in Serravalle a Po all'epoca del suo ricovero nell'ospedale di Sospiro, risalente al lontano 1953; pronunciando sul ricorso.

Giurisdizione – Appalto

Cass. civ. Sez. Un. 23 luglio 2013, n. 17858, Pres. Preden – Est. Di Plama

Nelle procedure a evidenza pubblica, aventi ad oggetto l'affidamento di lavori da parte di un ente pubblico (un Comune) a un soggetto privato (una cooperativa edilizia) per l'edificazione di immobili da assegnare a privati, la cognizione di comportamenti e atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula dei singoli contratti, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre nella successiva fase contrattuale riguardante l'esecuzione del rapporto la giurisdizione è attribuita al giudice ordinario.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Con l'unico motivo (con cui deduce: "In relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1. Erronea applicazione degli articoli 6 e 7 della L. 21 luglio 2000, n. 205. Violazione della L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 5"), la ricorrente critica la sentenza impugnata e - richiamati i fatti di cui all'atto introduttivo del giudizio - sostiene che la fattispecie oggetto del giudizio è correttamente qualificabile - non già come affidamento di lavori pubblici e neppure come concessione di lavori pubblici, con conseguente inapplicabilità degli artt. 6 e 7 della menzionata L. n. 205 del 2000, ma - come concessione di beni pubblici: la costituzione del diritto di superficie in questione è, infatti, analoga alla fattispecie disciplinata dalla L. 24 marzo 1989, n. 122, art. 9, comma 4, con la conseguenza che alla fattispecie in esame è applicabile, *ratione temporis*, la L. n. 1034 del 1971, art. 5, con l'ulteriore conseguenza che "la presente controversia rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, e ciò sia nel caso in cui si riconduca la fattispecie da cui essa ha avuto origine all'ipotesi (considerata dalla sentenza impugnata) di comportamenti ed atti assunti prima della aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra quest'ultima e la stipula del contratto (...), compresa la responsabilità precontrattuale (...), sia nel caso in cui la si riconduca ad un comportamento comunque successivo alla fase della chiusura delle trattative (e quindi oltre la fase di evidenza pubblica), consistente nell'introito di corrispettivi o canoni non dovuti" (cfr. Ricorso, pag. 15).

2. - Il controricorrente sostiene, invece, che - come correttamente affermato dalla sentenza impugnata -, nella specie, si verte in ipotesi di appalto di lavori pubblici, in quanto il testo della convenzione allegato alla deliberazione di Giunta n. 842 del 9 ottobre 1997 prevede espressamente che "oggetto della concessione è la realizzazione di n. 100 box sotterranei da assegnare ai privati e nella sistemazione della relativa superficie in conformità a quanto previsto dal progetto, dal capitolato, allegati, parti integranti della presente convenzione", sicchè la controversia appartiene alla cognizione del Giudice amministrativo, "visto che coinvolge un soggetto pubblico, il Comune di Abbiategrasso, un bene pubblico, (sottosuolo) che viene concesso per realizzare dei box che, una volta scaduta la concessione, diverranno di proprietà dell'Amministrazione comunale" (cfr. Controricorso, pag. 11).

3. - Il ricorso non merita accoglimento, con la conseguenza che deve essere dichiarata la giurisdizione del Giudice amministrativo a conoscere la presente controversia.

E' noto che, secondo l'orientamento di queste Sezioni unite, in materia di appalti pubblici, la L. 21 luglio 2000, n. 205, artt. 6 e 7 - pacificamente applicabile alla fattispecie, *ratione temporis* -, hanno attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alla procedura di affidamento dell'appalto, mentre quelle concernenti la fase di esecuzione del contratto sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, dato che esse concernono i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto (cfr., *ex plurimis*, l'ordinanza n. 4425 del 2007 e la sentenza n. 2634 del 2009).

La fattispecie in esame - quale descritta nell'atto introduttivo del presente giudizio e qual è sostanzialmente incontestata tra le parti - è caratterizzata dalla circostanza che, successivamente all'aggiudicazione delle due gare alla Cooperativa odierna ricorrente, non si è mai pervenuti alla

stipula delle previste convenzioni di disciplina dei rapporti Comune di Abbiategrasso- Cooperativa, di concessione del diritto di superficie del sottosuolo di due aree standard al fine di edificare 160 box da assegnare ai privati. Infatti, dopo l'aggiudicazione e su esclusivo impulso della Cooperativa, si è aperta una fase interlocutoria - volta alla eventuale rinegoziazione dell'oggetto degli instaurandi rapporti, recisamente contrastata dal Comune - pacificamente conclusasi con la deliberazione giuntale di decadenza della Cooperativa dalla già dichiarata aggiudicazione. Sicchè, nella specie, mancando addirittura la condivisa volontà di concludere i contratti - le mai stipulate "convenzioni", di cui alle lettere di invito -, si è rimasti indubbiamente nella fase del procedimento ad evidenza pubblica connotato, si ribadisce, da una deliberazione di aggiudicazione degli appalti seguita da altra deliberazione di decadenza dalla stessa aggiudicazione.

In una fattispecie parzialmente analoga a quella in esame, queste Sezioni unite - correttamente richiamate dai Giudici a quibus - hanno precisato che nelle procedure ad evidenza pubblica, aventi ad oggetto l'affidamento di servizi pubblici, la cognizione di comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula dei singoli contratti, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre nella successiva fase contrattuale riguardante l'esecuzione del rapporto la giurisdizione è attribuita al giudice ordinario (Ordinanze nn. 6068 del 2009 e 19391 del 2012).

Sulla base degli ora richiamati precedenti, è pertanto del tutto evidente che la controversia de qua - avente ad oggetto la domanda della Cooperativa, volta ad ottenere l'accertamento dell'inadempimento del Comune agli obblighi contrattuali e la condanna dello stesso alla restituzione delle versate cauzioni oltre rivalutazione ed interessi, nonché al risarcimento del danno patito nel corso della "trattativa precontrattuale" - appartiene alla giurisdizione del Giudice amministrativo, in quanto la fattispecie si è svolta e si è esaurita (con la deliberata decadenza dalla aggiudicazione degli appalti precedentemente dichiarata) proprio nella fase compresa tra l'originaria aggiudicazione e la stipula delle convenzioni, mai avvenuta.

4. - Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate nel dispositivo.

Giurisdizione – Giurisdizione in genere

Cass. civ. Sez. Un. 24 luglio 2013, n. 17935, Pres. Miani Canevari – Est Ceccherini

È devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, stante la carenza di entrambi i requisiti, oggettivo e soggettivo, per l'attribuzione a quella esclusiva del giudice amministrativo, la controversia sull'asserita illegittimità di un "contratto di investimento" riguardante l'acquisto di un terreno e l'obbligo di realizzarvi un impianto di recupero di rifiuti in vetro - come tale non riconducibile alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi o forniture svolte da soggetti tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale - concluso, senza previo esperimento di gara pubblica, da una società per azioni, controllata per una quota di maggioranza da due comuni (peraltro non tenuti a ripianarne le perdite) quotata in borsa, con previsione statutaria di conseguimento di utili da distribuirsi anche ai soci privati e la cui attività è soggetta al rischio di impresa.

FATTO E DIRITTO

Premesso che:

- davanti al T.A.R. della Lombardia pende il procedimento instaurato dalla Tecno Recuperi s.p.a. e dalla Eurovetro s.r.l. nei confronti di AMSA s.p.a.;
- oggetto del procedimento è l'illegittimità, asserita dalle ricorrenti, degli atti stipulati da AMSA s.p.a. con la O-I Manufacturing Italy s.p.a. (nel seguito: O-I) nell'ambito di un accordo di programma, sul presupposto di deliberazioni con le quali l'AMSA ha individuato il contraente senza previo esperimento di gara ad evidenza pubblica;
- con gli atti in questione l'AMSA si è obbligata: a comprare dalla predetta O-I e da alcuni privati un terreno (prossimo alla vetreria della stessa O-I; acquisto perfezionato il 13 gennaio 2012); a realizzarvi un impianto per il recupero del vetro; a trattare il vetro; a rivendere il vetro trattato a O-I;
- nell'ambito di tale procedimento AMSA s.p.a. ha notificato regolamento preventivo di giurisdizione, per far accertare la giurisdizione del giudice ordinario, ma non lo ha depositato;
- le società Tecno Recuperi e Eurovetro hanno tuttavia depositato il relativo controricorso con ricorso incidentale, chiedendo accertarsi la giurisdizione del giudice amministrativo;
- a seguito di ciò, AMSA ha depositato controricorso con ricorso incidentale, giustificando l'omesso deposito del suo ricorso principale con il sopravvenuto provvedimento cautelare del TAR che, richiamando la sentenza n. 16/2011 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ha rigettato un'istanza cautelare presentata dalle controparti, e ha fatto venir meno il suo interesse al regolamento; eccependo l'improcedibilità del regolamento medesimo;
- e, nel merito, concludendo per la giurisdizione del giudice ordinario;
- è stato inoltre depositato il controricorso di F.I.S.E. e U.N.I.R.E., intervenuti nel procedimento amministrativo ad adiuvandum di Tecno Recuperi e Eurovetro;
- il P.G. ha depositato un motivato parere scritto, che conclude per la giurisdizione del giudice ordinario;
- Tecno Recuperi s.p.a., Eurovetro s.r.l. e F.I.S.E.-UNIRE hanno depositato memorie;

Considerato che:

- secondo la ricorrente AMSA, i contratti in questione hanno ad oggetto un servizio svolto a favore di terzi dietro corrispettivo, e non sono regolati dal D.Lgs. n. 163 del 2006, nè ricadono nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, comma primo, lett. e), n. 1 c.p.a.; la compravendita del terreno, esclusa dalla disciplina del citato D.Lgs. n. 163 del 2006 ex art. 19, non è neppure soggetta all'art. 27 del medesimo decreto, che si riferisce ai servizi finanziari; i contratti esulano dal campo di applicazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, e non sono soggetti a procedure di evidenza pubblica;

- ancora secondo AMSA, e con riferimento al profilo soggettivo, essa è deputata statutariamente a svolgere, con finalità di profitto e nell'interesse degli investitori, numerose attività, comprendenti la gestione dei rifiuti, a favore di un'indistinta pluralità di soggetti pubblici e privati; pur essendo il suo capitale posseduto da un unico azionista, e cioè da una società il cui capitale è per il 55% posseduto dai comuni di Milano e di Brescia, essa reperisce le risorse utili sul mercato borsistico, senza finanziamento maggioritario dei soggetti pubblici, non tenuti peraltro a ripianarne le perdite; la sua gestione non è controllata dai citati comuni, essendo il consiglio di amministrazione nominato da una società quotata in borsa;
 - in conclusione, secondo AMSA, l'art. 133 comma primo lett. p) del c.p.a. è inapplicabile nella fattispecie, occupandosi essa solo dell'affidamento, attività meramente preparatoria e strumentale alla gestione dei rifiuti;
 - secondo Tecno Recuperi e Eurovetro, alla fattispecie in esame non sono applicabili i principi enunciati nelle sentenze n. 16 del 2011 del Consiglio di Stato e n. 8511 del 2012 di questa corte, riguardanti esclusivamente i settori speciali, mentre i principi dei trattati comunitari devono trovare applicazione in tutti quei casi in cui, essendovi occasione di guadagno, può essere suscitato l'interesse concorrenziale delle imprese; nella fattispecie i contratti sono onerosi e finalizzati a rapporti di servizio e di fornitura di trattamento, tra le parti come tali soggetti al R.D. n. 2440 del 1923, art. 3; essi, se esclusi, rientrano nella previsione dell'art. 27 cit., quanto meno per il contratto d'investimento relativo all'acquisto del terreno;
 - sempre secondo Tecno Recuperi e Eurovetro, AMSA, dotata di personalità giuridica, persegue interessi generali non aventi carattere industriale o commerciale, ed è soggetta all'influenza dominante dei comuni di Milano e di Brescia; in ogni caso ricorrerebbe l'ipotesi di cui all'art. 32, comma 1, lett. c) del codice dei contratti;
 - le due società sostengono pertanto che sarebbe nella fattispecie applicabile il D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 133, comma 1, lett. p), essendo l'AMSA incaricata della gestione dei rifiuti dal Comune di Milano;
- ritenuto:
- in via pregiudiziale, che l'improcedibilità dell'istanza di regolamento preventivo di giurisdizione non depositata nel termine stabilito dall'art. 369 c.p.c., non osta all'ammissibilità di una successiva richiesta di regolamento che può essere avanzata anche dalla controparte nella stessa fase processuale; e a tal fine non è rilevante che il regolamento sia stato richiesto con (controricorso e) ricorso incidentale, stante l'irrilevanza dell'adozione di una forma processuale non utilizzabile nell'ambito del procedimento per regolamento di giurisdizione, ove quell'atto possa convertirsi in un ricorso autonomo per regolamento di giurisdizione, presentandone i prescritti requisiti e contenendo la richiesta di una pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione sulla questione di giurisdizione (Cass. S.U. 17 ottobre 2002 n. 14767 n. 14767);
 - nel merito, che:
 - il requisito oggettivo dell'affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture (art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 c.p.a.), pur inteso estensivamente, non può essere esteso fino a comprendere tutti i contratti onerosi; il principio della soggezione ai principi generali della normativa comunitaria di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, e proporzionalità non soltanto per i contratti pubblici che rientrano nell'ambito della disciplina delle direttive comunitarie in materia, ma anche (art. 27) in quelle fattispecie che, avendo ad oggetto prestazioni di attività economiche e costituendo, quindi, un'occasione di guadagno, sono tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti, attiene alla disciplina sostanziale della concorrenza, e non alla giurisdizione che è riservata al giudice amministrativo in via esclusiva solo per le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a "procedure di affidamento" di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale;

- il "contratto di investimento" riguarda nella fattispecie solo l'acquisto di un terreno, che è escluso dall'area di applicazione del D.Lgs. n. 163 del 2006 dall'art. 19, e l'obbligo di AMSA di realizzare l'impianto, operazione non riconducibile a quelle passive;
in ogni caso, l'acquisto del terreno e la realizzazione dell'impianto, se considerati nel contesto dell'accordo quadro, come è doveroso, costituiscono operazioni strumentali allo svolgimento da parte di AMSA di un'attività produttiva (dunque, "attiva" e non passiva), e pertanto idonei ad alterare il profilo dei contratti stipulati in esecuzione dell'accordo;
- per il requisito soggettivo occorre considerare che AMSA è società per azioni, controllata per una quota di maggioranza da due comuni ma quotata in borsa, e che il conseguimento di utili, nello svolgimento dell'attività produttiva sul mercato, è contemplato nello statuto che ne disciplina la distribuzione, cui partecipano i soci privati; che non v'è obbligo di copertura delle perdite da parte degli enti pubblici, e che l'attività è quindi soggetta al rischio d'impresa;
- difettano in conclusione entrambi i requisiti, oggettivo e soggettivo, per l'attribuzione della controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e deve affermarsi la giurisdizione del giudice ordinario;
- il regolamento delle spese è rimesso al giudice della pronuncia definitiva.

Giurisdizione – Giurisdizione in genere

Cass. civ. Sez. Un. 24 luglio 2013, n 17929, Pres. Rovelli – Est. Di Cerbo

La giustiziabilità della pretesa dinanzi agli organi della giurisdizione statale costituisce una questione non di giurisdizione, ma di merito, sicché è inammissibile il ricorso straordinario per cassazione col quale un ex tesserato e tecnico di una federazione sportiva chieda non di individuarsi il giudice, ordinario o amministrativo, competente a conoscere della controversia, bensì se quest'ultima, originata dalla decisione della corte federale di infliggergli una determinata sanzione in relazione alla commissione di un illecito sportivo, sia riservata all'autonomia dell'ordinamento sportivo, e, come tale, sottratta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

8. Con l'unico, articolato motivo di ricorso vengono denunciate violazione e falsa applicazione del D.L. n. 220 del 2003, artt. 1, 2 e 3, sopra citato, del D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 133, comma 1, lett. 2) e degli artt. 2, 3, 18, 24, 102, 103 e 113 Cost.. Deduce il ricorrente che il Consiglio di Stato avrebbe dovuto affermare la propria giurisdizione esclusiva non solo in tema di impugnazione dei regolamenti dedotti in giudizio, ma anche sulla sanzione disciplinare atteso che questa non aveva carattere sportivo, correlata cioè all'infrazione di regole tecniche dettate a garanzia del regolare svolgimento dell'attività consentita all'associato bensì endoassociativa, correlata cioè a doveri di contegno imposti nelle relazioni tra i tesserati e gli organi federali al di fuori del contesto sportivo. Deduce in sostanza che dalla lettura del citato D.L. n. 220 del 2003, art. 2, comma 1, lett. a) e b), si evince che è riservata all'ordinamento sportivo la potestà precettiva e sanzionatoria esclusivamente nell'ambito dello svolgimento delle attività sportive. Nel caso in esame la sanzione impugnata resta estranea, ad avviso del ricorrente, alla riserva sportiva sia perchè non ha nè genesi nè effetti tecnico-sportivi afferenti alle regole del gioco in campo, sia perchè coinvolge diritti personalissimi, morali e patrimoniali rilevanti, per loro natura, nell'ordinamento statale. Ad avviso del ricorrente l'interpretazione accolta dalla Corte Costituzionale e dal Consiglio di Stato nella sentenza impugnata comporta, con riferimento alla giurisdizione in materia di sanzioni disciplinari, il sospetto di illegittimità costituzionale in quanto esclude, irragionevolmente e in violazione del principio di uguaglianza, la possibilità di agire dinanzi agli organi della giustizia amministrativa per avere piena ed effettiva tutela dei diritti e degli interessi legittimi. Il vizio di legittimità costituzionale è anche ravvisabile, ad avviso del ricorrente, nel privilegio della autodichia concessa alle federazioni sportive, privilegio che l'ordinamento statale nega ad altre associazioni anche dotate di rilievo costituzionale come sindacati e partiti. Chiede pertanto che, previa sospensione del processo, gli atti vengano rimessi alla Corte Costituzionale affinché decida sulla questione di legittimità costituzionale del citato D.L. n. 220 del 2003, artt. 1, 2 e 3, convertito in L. n. 280 del 2003 e del D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 133, comma 1, lett. 2).

9. Nei controricorsi di FIT e CONI la tesi del ricorrente viene contestata sotto vari profili. In entrambi i controricorsi viene preliminarmente eccepita l'inammissibilità del ricorso in quanto esso ha ad oggetto non già una questione di giurisdizione, ma riguarda la questione della configurabilità, o meno, di una situazione giuridicamente rilevante e tutelabile. Ed infatti col ricorso si richiede non già l'individuazione del giudice competente a conoscere della controversia bensì di stabilire se la controversia sia o meno sottratta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria in quanto originata da una decisione di una federazione sportiva. Nel controricorso FIT si eccepisce inoltre l'inammissibilità del ricorso anche sotto un diverso profilo: l'invocata giurisdizione statale per le controversie aventi ad oggetto atti del CONI o delle Federazioni Sportive Nazionali sussiste solo dopo che sono stati esauriti i gradi della giustizia sportiva e fatte salve le eventuali clausole compromissorie; nel caso di specie il P. non aveva esaurito, prima della presentazione del ricorso al TAR, i rimedi previsti dalla giustizia sportiva (art. 59, comma 2, dello statuto della FIT).

10. L'eccezione di inammissibilità del ricorso proposta da entrambi i controricorrenti deve essere accolta.

11. Come è noto la materia è regolata dal D.L. n. 220 del 2003, convertito in L. n. 280 del 2003; in particolare l'art. 1 garantisce, da un lato, l'autonomia dell'ordinamento sportivo e, dall'altro, consente la piena tutela delle situazioni giuridiche soggettive che, sebbene connesse con quell'ordinamento, sono rilevanti per l'ordinamento giuridico della Repubblica; l'art. 2 riserva all'ordinamento sportivo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto: a) l'osservanza dell'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni; b) i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione e applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive (Cass. S.U. 23 marzo 2004 n. 5775 ha parlato in proposito di "vincolo sportivo", in base al quale le società, le associazioni, gli affiliati ed i tesserati hanno l'onere di adire, secondo le previsioni degli statuti e regolamenti del Coni e delle federazioni sportive indicate nel D.Lgs. n. 242 del 1999, artt. 15 e 16, gli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ai sensi del secondo comma del citato art. 2); l'art. 3 stabilisce che esauriti i gradi della giustizia sportiva e ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario in materia di rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti, ogni altra controversia avente ad oggetto atti del Comitato Olimpico Nazionale Italiano o delle federazioni sportive non riservata agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ai sensi dell'art. 2 è disciplinata dal codice del processo amministrativo. La Corte costituzionale (Corte cost. n. 49 del 2011) ha precisato che le norme sopra citate prevedono tre forme di tutela:

a) per i rapporti di carattere patrimoniale tra le società sportive, le associazioni sportive, gli atleti e i tesserati la tutela è demandata alla cognizione del giudice ordinario; b) per le questioni aventi ad oggetto le materie di cui all'art. 2 del citato decreto legge n. 220 del 2003 la tutela non è apprestata da organi dello Stato ma da organismi interni all'ordinamento sportivo; c) in via tendenzialmente residuale è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la tutela relativa a tutto ciò che, per un verso, non concerne i rapporti patrimoniali e, per altro verso non rientra nell'esclusiva cognizione degli organi della giustizia sportiva. La stessa Corte costituzionale ha quindi precisato che, laddove il provvedimento adottato dalle federazioni sportive o dal CONI abbia incidenza anche su situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento giuridico statale, la domanda volta a ottenere non già la caducazione dell'atto, ma il conseguente risarcimento del danno, debba essere proposta innanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, non operando alcuna riserva a favore della giustizia sportiva, dinanzi alla quale la pretesa risarcitoria nemmeno può essere fatta valere.

12. Nel caso di specie, come si evince chiaramente dal ricorso proposto dal P., il problema che viene sottoposto all'esame di queste Sezioni Unite non è quello di individuare il giudice (ordinario o amministrativo) competente a conoscere della controversia de qua, bensì, a ben vedere, quello di stabilire se la controversia, originata dalla decisione della Corte Federale FIT di infliggere ad un tesserato una determinata sanzione - pecuniaria e di contenuto inibitorio (divieto di ricoprire cariche federali e di svolgere attività di tecnico per un anno e sei mesi) - in relazione alla commissione di un illecito sportivo, sia riservata, o meno, all'autonomia dell'ordinamento sportivo e, in quanto tale, sia sottratta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria, in un contesto nel quale la domanda di risarcimento del danno, originariamente formulata e rigettata in primo grado, non è più materia controversa.

13. Queste Sezioni Unite (Cass. S.U. 4 agosto 2010 n. 18052), pronunciandosi su una fattispecie analoga (nella specie era stato dedotto il difetto assoluto di giurisdizione di qualsiasi giudice statale a conoscere della legittimità dell'estromissione dall'attività di un arbitro decisa dalla Associazione Italiana Arbitri e dalla Federazione Gioco Calcio) hanno affermato il principio che la giustiziabilità della pretesa dinanzi agli organi della giurisdizione statale costituisce una questione non di giurisdizione, ma di merito ed hanno conseguentemente dichiarato l'inammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione, col quale il ricorrente aveva allegato che né il giudice amministrativo, né quello ordinario, né alcun altro giudice statale erano competenti a conoscere della controversia. Tale principio di diritto, al quale ha fatto esplicito riferimento anche la Corte costituzionale nella più volte citata sentenza n. 49 del 2011, si pone in piena coerenza con

precedenti pronunce di queste Sezioni Unite secondo le quali la questione della configurabilità, o meno, di una situazione giuridicamente rilevante e tutelabile non rientra tra le questioni di giurisdizione, costituendo, invece, questione di merito, che deve essere pertanto rimessa alla valutazione del giudice del merito (Cass. S.U. 15 giugno 1987 n. 5256, Cass. S.U. 23 marzo 2004 n. 5775). Il principio è stato sviluppato, in particolare, con riferimento alle federazioni sportive ed è stato dichiarato che la censura diretta ad escludere ogni forma di tutela giurisdizionale nei confronti di provvedimenti della FIGC, costituisce questione di merito (Cass. S.U. 29 settembre 1997 n. 9550).

14. Sulla base del suddetto principio, che deve essere pienamente ribadito in questa sede, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile, come correttamente eccepito dai controricorrenti, con l'ulteriore conseguenza che non possono essere esaminate le eccezioni di illegittimità costituzionale formulate dal ricorrente.

15. Tenuto conto della complessità della materia esaminata si ritiene conforme a giustizia compensare integralmente fra tutte le parti costituite le spese del giudizio di cassazione.

Giurisdizione – Appalto

Cass. Sez Un. 29 luglio 2013, n. 18190, Pres. Miani Canevari – Est. Ceccerini

L'attrazione della giurisdizione contemplata dall'art. 113, comma 1, lett. e), n. 1, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, in ordine alla dichiarazione di inefficacia del contratto nel giudizio instaurato per l'annullamento dell'aggiudicazione, suppone che al giudice amministrativo sia chiesto di pronunciarsi sulla dedotta invalidità dell'aggiudicazione e sulla connessa consequenziale domanda di annullamento del contratto stipulato in forza dell'aggiudicazione medesima, investendo l'oggetto della cognizione non il vizio, in sé considerato, del contratto (al quale il concorrente vittorioso nel giudizio di impugnazione è estraneo), bensì il rapporto sostanziale, che è di responsabilità extracontrattuale, tra il concorrente impugnante che la fa valere e l'amministrazione resistente, con l'aggiudicatario controinteressato, dall'altro. Laddove, invece, debba decidersi solo sul rapporto contrattuale costituitosi tra l'aggiudicatario, all'esito di una gara viziata, e l'amministrazione, torna applicabile il principio per cui competono al giudice ordinario le controversie rivolte ad accertare l'intero spettro delle patologie negoziali, anche quando su di esse incidano di riflesso i vizi del procedimento amministrativo presupposto dal contratto medesimo.

RAGIONI DELLA DECISIONE

9. Con il ricorso, la società Drees & Sommers, già aggiudicataria dell'appalto in forza di atto annullato con sentenza del TAR passata in cosa giudicata, invoca la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla validità della nota con la quale la società appaltante l'ha invitata a voler cessare ogni attività oggetto del contratto, richiamando l'intervenuta sentenza di annullamento dell'aggiudicazione e la mancanza di un requisito richiesto per la partecipazione alla gara, prendendo atto dell'intervenuta caducazione del contratto di appalto, e rifacendosi al contenuto dell'art. 22 del contratto regolante la risoluzione per perdita dei requisiti da parte dell'affidatario.

La ricorrente, nel censurare l'opposta decisione del Consiglio di Stato, attribuisce al giudice amministrativo - laddove nella motivazione della sua decisione richiama l'espressa volontà della committente manifestata alla parte di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa di fonte contrattuale - la volontà di riproporre, ai fini del riparto di giurisdizione, la teoria della prospettazione, e si richiama, di contro a ciò, al principio che l'individuazione del giudice cui spetta la cognizione della controversia postula l'esatta qualificazione del rapporto, prescindendo dalla definizione della parte attrice. Tanto premesso, la ricorrente indica nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, contemplata nell'art. 133, comma 1 lett. e), n. 1 del c.p.a., il criterio applicabile alla fattispecie, vertendosi in tema di dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione, vale a dire in un caso in cui l'inefficacia del contratto d'appalto pubblico è affermata in correlazione con - o in dipendenza da - vizi originari del presupposto procedimento amministrativo di evidenza pubblica, culminato in un'aggiudicazione annullata dal giudice amministrativo.

Il carattere esclusivo di tale giurisdizione renderebbe non pertinente ogni richiamo alla distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi, come pure alla distinzione tra atti della pubblica amministrazione paritetici, e atti espressione di poteri autoritativi, unico valido criterio essendo quello della connessione tra le domande di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto di appalto concluso a seguito dell'illegittima aggiudicazione. Da ciò la ricorrente trae la conseguenza che nella fattispecie si dovrebbe adottare, come criterio della decisione sulla giurisdizione in ordine alla predetta nota dell'appaltante, esclusivamente il fatto che, in essa, si facciano valere vizi del contratto connessi o non connessi obiettivamente a vizi del presupposto procedimento amministrativo di gara.

La ricorrente prosegue ricordando le ragioni che - nella Direttiva 2007/66/CE - hanno portato ad attribuire la declaratoria d'inefficacia del contratto come conseguenza della caducazione dell'aggiudicazione a un'autorità indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, che deve

esaminare tutti gli aspetti pertinenti per stabilire se esigenze imperative legate a un interesse generale impongano gli effetti del contratto siano mantenuti.

Su questa premessa si baserebbe pertanto la riserva al giudice amministrativo della competenza esclusiva a pronunciare l'efficacia o l'inefficacia del contratto, indicandone i parametri nell'art. 121 c.p.a.. Il principio di legalità imporrebbe che ogni potere unilaterale e autoritativo attribuito alla pubblica amministrazione in deroga alla regola del consenso propria del diritto civile trovi la sua fonte in un'espressa previsione di legge: per questa ragione il D.Lgs. n. 163 del 2006, non attribuisce alla pubblica amministrazione un tale potere.

La ricorrente deduce quindi che la clausola contrattuale, richiamata nella nota, disciplina la risoluzione del contratto, e, facendo riferimento ad un vizio funzionale non può essere utilizzata per far valere un vizio genetico, qual è quello del procedimento amministrativo di individuazione del contraente. L'unica sede in cui questo vizio è accettabile sarebbe quella del giudizio amministrativo sull'aggiudicazione.

10. Il ragionamento, così sintetizzato, non può essere condiviso.

Si rendono opportune due premesse:

a) La prima concerne il metodo di accertamento della giurisdizione.

Non si ravvisa alcuna ragione per discostarsi dalla consolidata giurisprudenza, che esclude la teoria della prospettazione, e si basa sul *petitum* sostanziale: nella specie, questo è costituito dalla manutenzione, richiesta dalla ricorrente, o dalla risoluzione, intimata dalla resistente, del contratto, e in entrambi i casi è certamente di per sé compreso nella giurisdizione del giudice ordinario, salvo quanto si dirà circa la giurisdizione esclusiva prevista dall'art. 133 comma 1 lett. e) n. 1 del c.p.a..

b) La seconda premessa verte sul titolo della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che, alternativamente alla giurisdizione del giudice ordinario, viene in considerazione nella specie, e che è stato indicato nel 133 primo comma lett. e) n. 1 c.p.a.. Nel ricorso, correttamente, non si fa riferimento né alla giurisdizione di merito del giudizio di ottemperanza (art. 134 lett. a), né a quella esclusiva sull'elusione del giudicato (art. 133, comma 1, lett. a) n. 5). Infatti la ricorrente non ha agito in ottemperanza del giudicato, né vi era un giudicato sulla manutenzione del contratto tra appaltante e aggiudicataria, essendosi il TAR Lazio pronunciato, con la sentenza in precedenza ricordata, esclusivamente sulla tutela risarcitoria richiesta nei confronti dell'ente aggiudicante dal concorrente ingiustamente privato dell'aggiudicazione.

11. I punti decisivi, che giustificano il rigetto del ricorso, sono i seguenti.

Il criterio di attrazione della giurisdizione, nel caso contemplato dall'art. 133, comma 1 lett. e) n. 1 c.p.a., è costituito bensì dalla connessione, ma non già tra i vizi del contratto e quelli dell'aggiudicazione, bensì tra le domande risarcitorie del concorrente terzo e la domanda di annullamento dell'aggiudicazione da lui proposta. La giurisdizione esclusiva, in altre parole, suppone che il giudice amministrativo sia chiamato a pronunciarsi sulla dedotta invalidità dell'aggiudicazione, e, in connessione con questa domanda, con quella consequenziale di annullamento del contratto stipulato in forza dell'aggiudicazione medesima. Laddove non sia in discussione il vizio dell'aggiudicazione, sia pure perché sul punto il giudice amministrativo si sia pronunciato con una precedente sentenza passata in cosa giudicata, si è fuori dell'ipotesi invocata dalla società ricorrente. Trattandosi allora di decidere, come nella fattispecie in esame, soltanto sulla questione della manutenzione del contratto stipulato a seguito dell'aggiudicazione annullata, si è al di fuori dei casi in cui l'ordinamento attribuisce espressamente al giudice amministrativo la giurisdizione sulla sorte del contratto che si pone a valle della conclusione di un procedimento amministrativo viziato; e deve farsi riferimento all'ordinario criterio di riparto di giurisdizione, secondo il quale, mentre spetta al giudice amministrativo di conoscere dei vizi del procedimento amministrativo, spetta al giudice ordinario di conoscere della sorte del contratto, anche quando su di essa incidano di riflesso i vizi del procedimento amministrativo presupposto dal contratto medesimo, e la domanda deve essere proposta davanti al giudice avente giurisdizione sull'atto negoziale (è conseguentemente corretto il richiamo, nell'impugnata sentenza del Consiglio di Stato, della sentenza di questa corte n. 27169/2007).

L'oggetto della cognizione, che è attratto nella giurisdizione esclusiva, non è dunque il vizio in sé considerato del contratto, al quale, del resto, il concorrente vittorioso nel giudizio d'impugnazione dell'aggiudicazione è sempre rimasto estraneo; è invece il rapporto sostanziale, che è di responsabilità extracontrattuale tra il concorrente impugnante, che la fa valere, da un lato e l'amministrazione resistente, con l'aggiudicatario contro interessato, dall'altro. Laddove oggetto della cognizione sia invece esclusivamente - come nel caso in esame - il rapporto contrattuale costituitosi tra l'aggiudicatario all'esito di una gara viziata e l'amministrazione, torna applicabile il principio per il quale rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie rivolte ad accertare l'intero spettro delle patologie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto sociale, siano esse estranee, siano sopravvenute e derivanti da irregolarità - illegittimità della procedura amministrativa a monte, ivi comprese le fattispecie di radicale mancanza del procedimento a evidenza pubblica, sia di sopravvenuta mancanza provocata dall'annullamento dell'aggiudicazione, oltre ai profili di illegittimità degli atti consequenziali compiuti dalla società già istituita, costituendo gli stessi espressione non di potestà amministrativa, bensì del sistema d'invalidità efficacia del contratto sociale e delle relative conseguenze (cfr. Cass. sez. un. 30 dicembre 2011 n. 30167).

Quanto alla ratio legis della giurisdizione esclusiva sull'inefficacia del contratto, prevista nell'art. 133, comma 1, lett. e) n. 1, essa non deve essere vista come deroga al potere autoritativo della p.a. di sciogliersi unilateralmente in danno dell'altro contraente, come si sostiene nel ricorso; essa è invece intesa a contrastare il potere dell'amministrazione di mantenere in vita il contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione nulla, in forza di valutazioni di convenienza che tradizionalmente si traducevano in un comportamento inerte della pubblica amministrazione, e costringevano il vincitore, per non vedere vanificate le sue buone ragioni, pur riconosciute dal giudice amministrativo, a intraprendere un nuovo giudizio davanti al giudice ordinario. E' la vanificazione, attraverso la manutenzione del contratto, della tutela risarcitoria reale del vincitore nell'annullamento dell'aggiudicazione, dunque, ciò che si è voluto sottrarre alla p.a., in quanto parte unilaterale, e non la risoluzione, che sarebbe conforme ai principi generali, e che consentirebbe la successiva soddisfazione (pur senza necessariamente realizzarla) dell'avente diritto con la successione nel contratto o con la stipula di un nuovo contratto. Il contraente illegittimamente aggiudicatario, qui ricorrente, non è dunque il destinatario della protezione della norma speciale in deroga al riparto generale della giurisdizione nella norma più volte citata, contenuta nell'art. 133 comma 1, lett. e), n. 1. I principi della semplificazione, della concentrazione in un unico processo e dell'effettività della tutela, invocati dal ricorrente, giocano a favore del terzo concorrente che ottiene l'annullamento dell'aggiudicazione, e non dell'aggiudicatario perdente, che proprio sotto questo profilo non potrebbe vantare una speciale protezione. Ciò risulta tanto più evidente nel caso di specie, in cui l'annullamento dell'aggiudicazione fu dovuto a cause imputabili alla stessa società oggi ricorrente.

La nota dell'amministrazione impugnata nel presente giudizio, peraltro, fa valere anche una causa di risoluzione specificamente pattuita, e che incide sull'efficacia del contratto, indipendentemente dalla sua originaria invalidità. Questo rilievo basterebbe anche da solo a far concludere per la giurisdizione del giudice ordinario, essendo stato esercitato un potere contrattuale, non importa se in forza di un'interpretazione del contratto la cui validità deve essere accertata dal giudice munito di giurisdizione.

12. In conclusione deve affermarsi la giurisdizione del giudice ordinario, in applicazione del principio per il quale la giurisdizione esclusiva, prevista dal D.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104, art. 113, comma 1, lett. e), n. 1, in ordine alla dichiarazione d'inefficacia del contratto nel giudizio instaurato per l'annullamento dell'aggiudicazione, non si estende alla controversia successivamente instaurata tra l'aggiudicatario e l'ente aggiudicante in relazione alla manutenzione del contratto.

Il ricorso è pertanto respinto. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

Giurisdizione – Accordi sostituti di provvedimenti

Cass. Sez. Un. 29 luglio 2013, n. 18192, Pres. Rovelli – Est. Forte

È devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni, od in subordine l'ingiustificato arricchimento, derivanti dall'inosservanza da parte di una società privata agli obblighi di un accordo di programma stipulato tra enti pubblici, cui la prima aveva successivamente aderito, finalizzato alla bonifica ed al recupero di un'intera zona industriale, trattandosi di causa inerente all'esecuzione di un accordo da qualificarsi come integrativo o sostitutivo di provvedimenti amministrativi di tali enti, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, che ricomprende tali controversie tra quelle riservate al giudice amministrativo, senza che alcun rilievo possa attribuirsi alla clausola sulla competenza territoriale contenuta in detto accordo, non potendo essa derogare alla giurisdizione circa gli effetti del menzionato accordo sostitutivo.

- La causa in cui s'è proposto il regolamento di giurisdizione nasce dal ricorso al TAR Venezia Giulia dell'Ezit, con la domanda di condannare la Teseco al risarcimento del danno in forma specifica e in subordine per equivalente, per non avere adempiuto agli obblighi assunti da essa nei confronti dell'ente attore, di bonificare e risanare le aree inquinate dalla loro pregressa destinazione a raffineria, cedute alla società Teseco a prezzo di vantaggio, con l'onere di riqualificarle solo in parte adempiuto, impegno comunque assunto anche con l'adesione all'accordo di cui sopra.

Poichè le superfici disinquinata sono divenute a destinazione commerciale, la Teseco ha ricavato dalla loro vendita utili rilevanti ed ha ommesso di bonificare e rendere utilizzabili le altre aree di sua proprietà che non avevano la medesima destinazione atta a renderle appetibili per il mercato, per le quali però essa aveva assunto analogo obbligo di riqualificazione e risanamento. Invero, con l'accordo di programma del 28 dicembre 2005, gli enti pubblici che lo hanno concluso hanno concordato pure le modalità dell'esercizio dei loro poteri per eseguire il recupero della intera zona industriale di Trieste, in precedenza inquinata dalla utilizzazione delle aree destinate a sede di raffineria e da bonificare quindi integralmente.

Gli enti pubblici che lo hanno concluso hanno accettato la sottoscrizione prevista dalla L.R. Friuli n. 7 del 2000, dell'accordo di cui sopra, da parte del soggetto privato Teseco, che ha comprato parte delle aree oggetto di detto atto convenzionale, per risanarle e riqualificarle, con obbligo poi di trasferirle, dopo il disinquinamento, per una parte ad EZIT e nel resto a terzi interessati ad utilizzarle per scopi di commercio, con i connessi utili e vantaggi economici di tali operazioni.

Con l'accordo si è coinvolta anche la società Teseco nel perseguimento dell'interesse pubblico sotteso al risanamento dei terreni concordato dai soggetti pubblici, consentendo a tale parte il raggiungimento anche di scopi commerciali propri; al risanamento cui si era impegnata la società aveva solo in parte provveduto, non adempiendo a tutti gli obblighi assunti, pur avendo ricavato rilevanti vantaggi e guadagni da tale operazione, senza adempiere a tutti gli obblighi di risanare altre parti delle aree per le quali era obbligata.

Per tale inadempimento la società è stata convenuta dinanzi al Tar per il Friuli Venezia Giulia con richiesta di risarcimento in forma specifica per realizzare quindi i fini pubblici dell'accordo stesso o, in subordine, per equivalente in favore di EZIT, titolare del diritto di chiedere l'esecuzione dell'accordo cui aveva partecipato, non avendo la società Teseco adempiuto a parte degli accordi che, in quanto tesi a realizzare fini di natura pubblica, erano da qualificare sostitutivi di provvedimenti dei soggetti pubblici che avevano sottoscritto l'atto e riservati,

anche nei loro effetti, alla sola cognizione del G.A., per l'art. 133, 1 comma, lett. a, n. 1 del c.p.a..

Non si tratta, come nella già citata S.U. n. 15871 del 2011, di un accordo tra comune e privato con cui il primo si obbliga a sollecitare altri enti pubblici a concludere un futuro accordo, correttamente ritenuto oggetto della giurisdizione del giudice ordinario perchè privo della natura di atto sostitutivo di provvedimento autoritativo della P.A..

Nel caso è invece chiaro il nesso funzionale dell'accordo con l'esercizio dell'attività autoritativa per realizzare il fine pubblico dei soggetti, che lo hanno sottoscritto e per la inerenza dell'atto concordato alle potestà pubbliche di quanti lo hanno concluso (S.U. 15 dicembre 2000 n. 1282). Si versa quindi, nella fattispecie, in un caso di accordo integrativo o sostitutivo di cui all'art. 133 del nuovo processo amministrativo, la cui esecuzione già la L. n. 241 del 1990, art. 11, riservava al giudice amministrativo.

Il fine da realizzare con l'accordo concluso dagli enti che lo hanno sottoscritto e dalla società che vi ha aderito, è comunque quello pubblico di risanare e disinquinare le aree oggetto di causa.

Si versa in una fattispecie di accordo integrativo o sostitutivo dei provvedimenti amministrativi dei soggetti pubblici, apparendo certo il nesso funzionale dell'accordo alle potestà pubbliche di quasi tutti i soggetti che lo hanno concluso per fini generali o collettivi, alla cui realizzazione i privati hanno comunque interesse per ottenere vantaggi anche propri (in tal senso su tale tipo di accordo, con la citata S.U. n. 1282/2000 cfr., di recente, S.U. ord. 17 maggio 2013 n. 12111, ord. 17 aprile 2009 n. 9151 e per l'ipotesi di accordo tra parte pubblica concedente e privato concessionario S.U. ord. 16 gennaio 2013 n. 1713).

In realtà, come risulta chiaro dagli atti, nell'accordo, sono assunti oneri dei soggetti pubblici partecipanti, cioè Regione, Ezit ed enti locali, per procedere alla bonifica delle aree oggetto dell'atto; a tal fine, i soggetti pubblici che sottoscrivono l'accordo, sono obbligati a svolgere tutte le attività accessorie all'esercizio dei loro poteri e al rilascio eventuale delle autorizzazioni necessarie per l'uso concordato del territorio da bonificare, per cui è palese che, il c.d. accordo sostituisce più provvedimenti ed atti dei singoli soggetti che lo hanno sottoscritto.

Pertanto, la domanda di risarcimento del danno come quella subordinata di ingiustificato arricchimento sono state proposte correttamente dinanzi al giudice amministrativo, perchè l'azione ha ad oggetto l'inadempimento di obblighi sorgenti dall'esecuzione di un accordo di programma sostitutivo di provvedimenti dei più soggetti pubblici che lo hanno stipulato, cui ha aderito anche la società convenuta.

Questa è quindi tenuta, per realizzare i propri interessi commerciali in ordine alle aree acquistate, a dare esecuzione agli obblighi assunti con l'accordo per la bonifica delle aree inquinate, obblighi il cui inadempimento corrisponde alla inosservanza di provvedimenti adottati per riconvertire le aree in passato destinate a raffineria e rimaste inquinate, risanandole a cura dei più soggetti pubblici e privati che hanno stipulato detto accordo.

La vendita alla Toseco di aree da risanare e bonificare, per realizzare tale scopo anche nell'interesse proprio, potendole in parte alienare a terzi, ricavando guadagni da tale operazione, è compatibile con l'attuazione degli interessi degli enti e dei soggetti pubblici, che sono la causa dell'accordo, cui la società ha aderito, surrogandosi anche in attività che spettano in astratto ai soggetti pubblici che hanno concluso l'accordo per realizzare interessi generali e pubblici, oltre che quelli propri.

Con tale atto le attività di bonifica eseguite nell'interesse pubblico sono state in parte delegate a soggetto privato che con esse ha perseguito anche fini e interessi propri, come del resto è consentito nella Regione Friuli Venezia Giulia dalla L.R. n. 7 del 2000, artt. 18 e 19.

Si versa in una ipotesi di giurisdizione esclusiva di cui al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 133, comma 1, lett. a, o c.p.a., trattandosi di una controversia sulla esecuzione di un accordo di programma tra enti pubblici cui ha aderito una società privata, per soddisfare, con l'interesse pubblico al disinquinamento e al risanamento delle aree già utilizzate come raffineria nella zona

industriale di Trieste, anche quello economico-commerciale della Teseco, che ne ha acquistato una parte, obbligandosi a risanarla per commercializzarla e che in parte sono rimaste nello stato precedente all'acquisto, per il preteso inadempimento degli obblighi assunti dalla ricorrente.

L'obbligo della società di disinquinare le aree risulta assunto anche per la realizzazione dell'interesse pubblico alla bonifica di tutte le aree acquistate da Teseco, per consentire la utilizzazione commerciale di parte di esse e, per quanto assunto in domanda, s'è chiesto al giudice amministrativo di accertare l'inadempimento di tale accordo, equiparabile alla mancata osservanza di quanto disposto da provvedimento amministrativo per disinquinare un'area di privati, nell'interesse generale e pubblico.

L'accordo cui ha aderito la s.p.a. Teseco è stato concluso da più soggetti pubblici (Regione, Provincia, Comuni, Ente gestore della zona industriale di Trieste) per il risanamento e la riqualificazione delle aree della zona industriale, una parte delle quali è stata ceduta alla s.p.a. Teseco, che ha sottoscritto l'accordo, al fine di cooperare all'attuazione dell'interesse pubblico di bonifica delle aree inquinate dal precedente uso di esse e poi non ha adempiuto interamente a tali obblighi da essa assunti, con danno dell'Ezita alla quale restituirà le aree inquinate da essa non utilizzate.

Nessun rilievo ha la clausola del ed. accordo sulla competenza territoriale del tribunale di Trieste, che non può derogare alla giurisdizione; l'accordo, come già accennato, ha nel caso il solo effetto di dar luogo alla bonifica delle aree già utilizzate come raffineria nella zona industriale di Trieste, con quello della Teseco a cedere a terzi, dopo il risanamento da lei eseguito, parte delle aree acquistate, ricavando utili da tali alienazioni e trasferendo le aree disinquinare che non dovevano venderli ai soggetti pubblici autori dell'accordo, che potevano utilizzare le stesse per i propri fini istituzionali.

L'obbligo di bonifica dalla società risulta assunto per la realizzazione, pure nell'interesse pubblico, della c.d. riconversione di tutte le aree acquistate da Teseco, tenuta a disinquinare interamente, anche se per una utilizzazione commerciale solo parziale di esse.

La EZITA, con il ricorso al Tar, ha chiesto di accertare l'inadempimento di tale accordo dalla Teseco, equiparabile alla mancata osservanza di quanto disposto da uno o più atti amministrativi e di soggetti pubblici emessi per disinquinare un'area privata unitamente a quelle pubbliche.

Il fine da realizzare, con l'accordo concluso dai soggetti pubblici e dalla società, è stato quello del risanamento e della riqualificazione delle aree inquinate, anche se una parte di queste poteva essere venduta dalla Teseco a terzi, con i connessi utili, dovendo nel resto trasferirsi le superfici risanate agli enti partecipanti all'accordo, per realizzare l'interesse pubblico della riqualificazione ambientale della intera zona.

La Teseco non ha adempiuto a tutti i suoi obblighi per la bonifica delle aree in parte da immettere sul mercato e nel resto da trasferire ai vari soggetti pubblici che lo hanno stipulato, per realizzare i loro interessi generali, e quelli particolari delle imprese private che vi aderiscono.

Nessun rilievo ha la clausola contenuta nell'accordo che fissa la competenza del tribunale di Trieste sulle controversie che da esse potevano sorgere; tale clausola infatti non può derogare alla giurisdizione, che compete al solo giudice amministrativo, circa gli effetti dell'accordo sostitutivo concluso per realizzare la bonifica di parte delle aree nell'interesse pubblico, che altrimenti si sarebbe dovuta attuare a mezzo di singoli atti o provvedimenti.

Si tratta di un accordo sostitutivo dei vari provvedimenti di pianificazione urbanistica e di bonifica del territorio, vincolanti per i privati e la cui inosservanza equivale all'inadempimento degli obblighi assunti dalla società Teseco, soggetto privato, con l'accordo da essa sottoscritto insieme ai soggetti pubblici che sovrintendono, controllano e provvedono alla riqualificazione delle aree inquinate.

L'inadempimento lamentato dall'Ente per la zona industriale di Trieste degli obblighi assunti dalla società, costituisce atto lesivo anche degli interessi pubblici che l'accordo di programma intendeva realizzare e ha ritardato la loro attuazione e il risanamento delle aree inquinate.

In quanto vi è stato un accordo tra enti pubblici, cui ha aderito la Teseco, per bonificare aree del territorio regionale non più utilizzabili per il livello di inquinamento in cui versavano, appare palese l'interesse pubblico all'attuazione di tale accordo, equivalente ad atto autoritativo vincolante per i privati, la cui inosservanza corrisponde all'inadempimento della società a base dell'azione dell'EZIT dinanzi al Tar Friuli Venezia Giulia.

Deve riconoscersi che, come sull'inosservanza di atti amministrativi in materia di inquinamento ovvero per la loro impugnazione, la cognizione della causa spetta al giudice amministrativo, la giurisdizione sugli inadempimenti di obblighi di privati assunti con accordi con soggetti pubblici, per risanare aree inquinate, spetta comunque in via esclusiva allo stesso giudice da individuare, nel caso, nel Tar Friuli Venezia Giulia.

Dinanzi a tale giudice amministrativo è già pendente con il n.ro di ruolo 184/12 la causa tra le parti indicate in epigrafe, che dovrà essere riassunta, anche ai sensi del richiamato art. 133, comma 1, lett. a, n. 2 c.p.a..

In ordine alle spese del presente procedimento incidentale, dovendosi rigettare il regolamento proposto con il ricorso della Teseco, che chiede erroneamente di dichiarare la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda proposta nei suoi confronti dalla EZIT sulla quale deve pronunciarsi, come già chiarito, il locale Tar, per la soccombenza, la ricorrente in questa sede, dovrà rimborsare le spese del presente procedimento incidentale al solo controricorrente, nella misura che si liquida in dispositivo.

Deve ritenersi inefficace a dar luogo al contraddittorio l'atto di costituzione per partecipare alla discussione orale del Ministero dell'ambiente (Cass. 28 maggio 2013 n. 13183 e 13 maggio 2011 n. 11619), al quale di conseguenza nulla compete a titolo di rimborso spese.

