

Accesso libero	Abbonamenti Standard	Abbonamenti Premium	Contatti	Abbonamenti
----------------	----------------------	---------------------	----------	-------------



CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI - sentenza 20 maggio 2014 n. 11023 - Pres. ff. Rovelli, Rel. Cappabianca - Comune di Massarosa e Comune di Pietrasanta (Avv.ti Galletto e Montaldo) c. Federico T.E.V. s.p.a. (Avv.ti Sanino, Bianchi e Fantappiè) e Regione Toscana e Provincia di Lucca (n.c.) - (dichiara la giurisdizione del giudice ordinario).

1-2. Giurisdizione e competenza - Contratti della P.A. - Concessione di gestione o di costruzione e gestione di opera pubblica - Controversie relative alla fase successiva all'aggiudicazione ed alla stipulazione delle convenzioni - Giurisdizione dell'A.G.O. - Applicabilità del principio anche prima dell'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici.

1. Le controversie relative alla "concessione di gestione o di costruzione e gestione di opera pubblica" - non diversamente da quelle relative alla "concessione di costruzione di opera pubblica" - competono alla giurisdizione ordinaria, ai sensi dell'art. 31 bis L. n. 109 del 1994 ed art. 133 comma 1, lett. e), n. 1 c.p.a., se concernenti la fase successiva all'aggiudicazione ed alla stipulazione delle convenzioni.

2. La nozione normativa di "concessione di lavori", che impone il riconoscimento della giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative alla fase successiva all'aggiudicazione anche per le concessioni "di gestione" o "di costruzione e di gestione" congiunte, è nozione preesistente all'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici (1).

(1) Cfr. Cass., SS.UU., sent. n. 28804/11 e ord. 19391/12 le quali hanno rimarcato in modo del tutto convincente (e tale da indurre a dissentire, sul punto, da Cass., SS.UU., sent. n. 21585/13, resa all'udienza del 20 novembre 2012), che detta nozione non è stata innovativamente introdotta, bensì semplicemente ripresa e confermata dalla Direttiva comunitaria di codificazione n. 2004/18/Ce, poi recepita dal Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 163 del 2006, trovando essa, in realtà, precedente, nella Direttiva comunitaria 93/37/Cee e, la sua fonte originaria, nella Direttiva comunitaria 89/440/Cee.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Nel quadro del rapporto di concessione di costruzione e di gestione di impianti di termoconversione e di selezione e compostaggio dei rifiuti, sorto (in esito a procedura ad evidenza pubblica di scelta dell'affidatario e conseguente aggiudicazione) con convenzione 31 luglio 1997, i Comuni di Massarosa e di Pietrasanta proposero ricorso al T.a.r. della Liguria con atto del 19 settembre 2002.

Instaurato contraddittorio nei confronti della Regione Toscana, di Termomeccanica Ecologia s.p.a. (in proprio e quale mandataria del R.T.I. costituito con il Consorzio Etruria soc. coop. a r.l.) e di Termo Energia Versilia s.p.a., richiesero: la declaratoria del proprio difetto di titolarità passiva rispetto alle obbligazioni ed agli oneri scaturenti dalla convenzione 31 luglio 1997, essendo questa

intercorsa tra il Commissario straordinario della Regione Toscana e il R.T.I. costituito da Termomeccanica Ecologia s.p.a. e Consorzio Etruria soc. coop. a r.l.; la declaratoria del difetto di titolarità di Termo Energia Versilia s.p.a. del diritto alla gestione degli impianti di cui alla citata convenzione; la declaratoria di nullità e/o inefficacia e/o inoperatività della clausola compromissoria di cui all'art. 23 di detta convenzione.

Costituitisi gli intimati, il T.a.r. Liguria richiamandosi all'indirizzo tracciato da Cass., ss.uu., 3518/2008 - ritenne la ricorrenza della giurisdizione del giudice amministrativo su tutte le domande proposte, in quanto incidenti sul momento genetico del rapporto e, peraltro, estranee al tema delle indennità dei canoni e degli altri corrispettivi. Quindi, respinte tutte le altre domande delle amministrazioni ricorrenti, accolse quella tesa alla declaratoria di nullità della clausola compromissoria di cui all'art. 23 della convenzione in rassegna.

Con appello principale, Termomeccanica Ecologia s.p.a. e Termo Energia Versilia s.p.a. impugnarono, davanti al Consiglio di Stato, la decisione del T.a.r., limitatamente alla declaratoria di nullità della clausola compromissoria succitata.

Costituitesi, le Amministrazioni comunali, chiesero il rigetto dell'appello principale e proposero appello incidentale avverso tutti i capi della sentenza non oggetto dell'appello principale, riproponendo, nella sostanza, tutte le domande, estese anche alla Regione Liguria, già promosse in primo grado. La Regione, a sua volta costituitasi, riaffermò il proprio difetto di legittimazione sostanziale.

Con la sentenza qui impugnata, il Consiglio di Stato, in accoglimento dell'appello principale delle società concessionarie, ha ritenuto l'inammissibilità del ricorso introduttivo delle Amministrazioni comunali, per difetto di giurisdizione e, conseguentemente, rilevato l'improcedibilità dell'appello incidentale.

Avverso detta sentenza, i Comuni di Pietrasanta e di Massarosa, illustrando le proprie ragioni anche con memoria, propongono ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 362 c.p.c., per motivi attinenti alla giurisdizione.

Resistono con controricorso Termomeccanica Ecologia s.p.a. (in proprio e quale mandataria del sopra citato R.T.I.) nonchè Termo Energia Versilia s.p.a. (unitamente a Gestioni ambientali s.n.c. di Tee s.p.a.). Gli altri intimati non svolgono difese.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - In merito all'affermato difetto di giurisdizione del giudice amministrativo su tutte le domande proposte nel ricorso introduttivo dei Comuni di Massarosa e di Pietrasanta, l'impugnata decisione del Consiglio di Stato si riporta dichiaratamente ai canoni ermeneutici enucleati da Cass., ss.uu., 28804/11 e, poi, ribaditi da Cass., ss.uu., ord. 19391/12, in funzione di detti canoni desumendo il carattere contrattuale delle situazioni soggettive fatte valere in giudizio e, da questo, le consequenziali ricadute in tema di giurisdizione.

Le decisioni richiamate hanno disatteso il criterio di riparto delle giurisdizioni precedentemente invalso e condiviso da Cass., ss.uu., 3518/2008, cui, nella fattispecie concreta, si è ispirato il primo giudice (nello stesso senso, v. peraltro, Cass., ss.uu., 19808/08, 17926/08, 11132/97). Criterio per il quale, nell'ambito delle opere pubbliche compiute a mezzo concessione, le "concessioni di sola costruzione" (di soli lavori) vanno distinte dalle "concessioni di gestione dell'opera" o "di costruzione e gestione congiunte"; ciò, perchè le prime - equiparate agli appalti di opera pubblica quanto a tutela giurisdizionale, in forza del previgente L. n. 109 del 1994, art. 31 bis, comma 4, - implicano la giurisdizione del giudice ordinario per tutte le controversie incidenti sulle fasi successive all'aggiudicazione ed alla stipula delle convenzioni; mentre le seconde - in considerazione della preminenza del profilo autoritativo immanente alla traslazione delle pubbliche funzioni

concernenti l'organizzazione e la direzione dell'opera - vanno riferite, ai sensi della L. n. 1034 del 1971, art. 5 alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (salvo i limiti sanciti da Corte cost. 204/04, in merito alle questioni attinenti ad indennità, canoni ed altri corrispettivi).

Il dissenso di Cass. 28804/11 e 19391/12 dal precedente indirizzo è ricollegato all'esigenza di prendere atto (traendone le necessarie conseguenze in tema di riparto di giurisdizioni) dell'avvenuta affermazione, nell'ambito dell'ordinamento comunitario (ove l'art. 1, sub 3, Direttiva 04/18/Ce recita: "La concessione di lavori pubblici è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo") e dal suo recepimento nell'ordinamento nazionale (esplicitato, sul piano sostanziale, dal D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 143 e, con specifico riferimento al tema del riparto di giurisdizioni, dall'art. 244 del medesimo testo normativo poi trasfuso nell'art. 133 c.p.a.) di una nozione di "concessione dei lavori pubblici", riducendo ad unità la dicotomia, tralaticciamente tramandata con riferimento all'ordinamento nazionale, tra "concessione di costruzione di opera pubblica" e "concessione di gestione o di costruzione e gestione di opera pubblica".

Tale nozione - cui sono estranei profili di autoritarità del potere pubblico nella fase di gestione ed esecuzione del rapporto - include infatti, in unitaria categoria (a sua volta ricompresa insieme con quella degli appalti pubblici nella più generale categoria dell'affidamento di lavori pubblici), non solo i contratti attinenti alla progettazione ed esecuzione dell'opera pubblica, ma, altresì, quelli concernenti anche la relativa gestione funzionale ed economica, che, presentando tutte le caratteristiche dell'appalto pubblico di lavori, sono pienamente assimilabili ai primi, giacché l'affidamento al concessionario della gestione funzionale ed economica dell'opera, non altera l'essenziale natura del rapporto, inserendosi nel relativo sinallagma quale controprestazione principale e tipica a favore del concessionario (cfr. artt. 1 sub 3 Dir. 04/18/Ce e D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 143).

Ne consegue che le controversie relative a "concessione di gestione o di costruzione e gestione di opera pubblica" - non diversamente da quelle relative a "concessione di costruzione di opera pubblica" - competono alla giurisdizione ordinaria, ai sensi della L. n. 109 del 1994, art. 31 bis e art. 133 c.p.a., comma 1, lett. e), n. 1, se concernenti la fase successiva all'aggiudicazione ed alla stipulazione delle convenzioni.

2. - Le Amministrazioni comunali ricorrenti non contestano la fondatezza del principio richiamato dal Consiglio di Stato, ma denunciano la violazione del criterio della *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c. La censura si basa sul rilievo che il rapporto contrattuale che ha dato vita alla lite è sorto il 31 luglio 1997 e, soprattutto, che la domanda introduttiva del giudizio davanti al T.ar. è stata proposta il 19 settembre 2002, e, dunque, anteriormente sia all'emanazione del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) sia a quella delle Direttive di codificazione nn. 17 e 18 del 2004, richiamati da Cass., ss.uu., 28804/11 e Cass., ss.uu., ord. 19391/12 ad attestazione del mutato quadro normativo di riferimento; con l'aggiunta della considerazione che dette sentenze sono intervenute su fattispecie sviluppatasi nella vigenza del ed. Codice dei contratti pubblici.

In diversa prospettiva, i Comuni ricorrenti assumono, poi, che, nella specie, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si radicherebbe, ai sensi della normativa previgente e di quella attuale, in funzione del fatto che, per la strumentalità dell'attività di costruzione rispetto a quella di gestione, il rapporto dedotto in controversia verrebbe, in realtà, a configurare una "concessione di servizio pubblico", assoggettata, quanto alla giurisdizione, alle regole di cui alla L. n. 1034 del 1971, art. 5 e art. 133 c.p.a., comma 1, lett. e.

3.- Con controricorsi sostanzialmente identici, le intimate Termomeccanica Ecologia s.p.a. e Termo Energia Versilia s.p.a. negano la lamentata violazione del criterio della *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c. e sostengono, peraltro, che, le domande introduttive dei Comuni andrebbero ascritte alla giurisdizione del giudice ordinario anche nell'ottica dell'orientamento ermeneutico poi

superato delle decisioni di queste Sezioni unite richiamate dalla sentenza impugnata.

Rilevano, inoltre, che la natura soggettiva delle situazioni fatte valere in giudizio esclude ogni possibilità di ipotizzarne la devoluzione alla giurisdizione del giudice amministrativo.

2) - Il ricorso dei Comuni di Massarosa e di Pietrasanta è infondato.

In primo luogo, va disattesa la prospettazione, in ultimo sviluppata dai Comuni ricorrenti, secondo cui la giurisdizione del giudice amministrativo andrebbe, in concreto, ravvisato in funzione della natura di "concessione di servizio pubblico" del rapporto dedotto in giudizio.

Al riguardo, appare sufficiente rilevare che il rapporto controverso risulta paradigmaticamente rispondente alle caratteristiche proprie della nozione di "concessione di costruzione e gestione di opera pubblica" sopra delineata e che, in tali termini, mai contrastati dalle parti nei pregressi gradi, esso è stato espressamente qualificato da entrambi i giudici del merito.

Tanto premesso, deve escludersi che l'impugnata sentenza è incorsa in violazione del criterio della *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c..

Invero - così come, del resto, non ha mancato di evidenziare anche la sentenza impugnata - dalle stesse decisioni Cass., ss.uu., 28804/11 e ord. 19391/12 ivi richiamante emergono sicure indicazioni circa il fatto che la nozione normativa di "concessione di lavori", che impone il riconoscimento della giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative alla fase successiva all'aggiudicazione anche per le concessioni "di gestione" o "di costruzione e di gestione" congiunte, è nozione preesistente all'instaurazione di questa controversia e anche alla convenzione che ha dato origine al rapporto.

Le decisioni in oggetto (v., in particolare, Cass., ss.uu., ord. 19391/12, p. 4 e s.) rimarcano infatti, in modo del tutto convincente (e tale da indurre a dissentire, sul punto, da Cass., ss.uu., 21585/13, resa all'udienza del 20.11.2012), che detta nozione non è stata innovativamente introdotta, bensì semplicemente ripresa e confermata dalla Direttiva comunitaria di codificazione n. 2004/18/Ce, poi recepita dal Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 163 del 2006, trovando essa, in realtà, precedente, nella Direttiva comunitaria 93/37/Cee e, la sua fonte originaria, nella Direttiva comunitaria 89/440/Cee.

A tale conclusione conduce univocamente la previsione dell'art. 1, lett. d, di tale ultima Direttiva, che recita "la concessione di lavori pubblici è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di quelle contemplate alla lettera a (appalti di lavori pubblici: n.d.e.), ad eccezione del fatto che la controprestazione di lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera oppure in questo diritto accompagnato da un prezzo", e che, in sede di recepimento, trova rispondenza nella L. n. 109 del 1994, art. 19, comma 2, che, alla nozione di "contratto di appalto di lavori pubblici", contrappone quella di "concessione di lavori pubblici", concepita quale categoria unitaria comprendente tutti i "contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore e una amministrazione aggiudicatrice, aventi a oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici, o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica".

Atteso che dunque - sia con riguardo all'ordinamento comunitario (il che sarebbe già di per sé sufficiente in funzione del "primato" della relativa disciplina) sia con riguardo all'ordinamento nazionale - il presupposto normativo della giurisdizione del giudice ordinario risulta antecedente all'instaurazione della presente controversia (risalente al settembre 2002), nessuna violazione del principio della *perpetuatio iurisdictionis* può ascriversi al giudice a quo.

3) - Alla stregua delle considerazioni che precedono, s'impongono il rigetto del ricorso e l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario.

Per la natura della controversia, tutte le peculiarità della fattispecie e le pregresse incertezze interpretative, si ravvisano le condizioni per disporre l'integrale compensazione delle spese, in relazione ai rapporti processuali intercorsi con gli intimati costituiti.

Si dà atto della sussistenza dei presupposti di cui al D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, introdotto dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17.

P.Q.M.

la Corte, a sezioni unite, rigetta il ricorso e dichiara la giurisdizione del giudice ordinario; compensa le spese relativamente ai rapporti processuali intercorsi con gli intimati costituiti.

Sussistono i presupposti di cui al D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 *quater*, introdotto dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 25 marzo 2014.

Depositata in Cancelleria il 20 maggio 2014.



*** Inizio pagina**