

17830/07



ESENTE REGISTRAZIONE - ESENTE DOLL - ESENTE DIRITTO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

oggetto: appalto raccolta

SEZIONI UNITE CIVILI

e smaltimento rifiuti,

composta dai Magistrati:

esecuzione e giurisdizione.

dr. Alessandro Criscuolo

Primo Presidente f.f. R.G. N. 1726/06

dr. Roberto Preden

Presidente di sezione

dr. Francesco Trifone

Consigliere

dr. Giovanni Settimj

Consigliere

dr. Salvatore Salvago

Consigliere

Cron. 17830

dr. Fabrizio Forte

Consigliere rel.

Rep.

dr. Saverio Toffoli

Consigliere

dr. Francesco Tirelli

Consigliere

dr. Bruno Balletti

Consigliere

ha pronunciato la seguente:

Ad. 10.07.2007

O R D I N A N Z A

sul ricorso iscritto al n. 1726 del Ruolo Generale dell'art. 41 c.p.c., per regolamento preventivo di giurisdizione proposto:

DA

COMUNE DI ACIREALE (CT), in persona del sindaco p.t., autorizzato a stare in giudizio da delibera n. 142 della G.M. n. 142 del 18 novembre 2005 e elettivamente domiciliato in Roma, alla Via Germanico n. 12 int. 4, presso lo studio dell'avv. Franco Di Lorenzo,

rappresentato e difeso dall'avv. Nunzio Manciangli, per procura a margine del ricorso.

RICORRENTE

CONTRO

S.I.E.T. s.p.a. (d'ora in avanti SIET), con sede in Catania, in persona dell'amministratore, rappresentata e difesa, per procura a margine del controricorso, dall'avv. Antonino Mirone Russo, del foro di Catania, con studio ivi, alla Via Vecchia Ognina, n. 142/B.

CONTRORICORRENTE

nel processo iscritto al n. 12598/04 del R.G. degli affari civili del Tribunale di Catania, promosso dalla SIET nei confronti del Comune di Acireale, per far dichiarare non dovute ovvero ridurre le penali applicate all'attrice dal convenuto con determinazione dirigenziale n. 321 del 19 ottobre 2004, anche per nullità della clausola di cui all'art. 15 del capitolato speciale di appalto per la raccolta e il trasporto di rifiuti solidi urbani, sottoscritto dalle parti il 30 dicembre 2002.

Udita la relazione del cons. Fabrizio Forte, all'adunanza in camera di consiglio del 10 luglio 2007 e lette le conclusioni scritte, del 30 ottobre 2006, del sostituto Procuratore Generale dr. Raffaele



Cenniccola, che ha chiesto di dichiarare la giurisdizione del giudice ordinario, con ogni statuizione consequenziale, avendo la controversia ad oggetto la esecuzione del rapporto di appalto e la nullità di una clausola in esso prevista e non l'esercizio d'un potere autoritativo della pubblica amministrazione.

PREMESSO IN FATTO

Con atto di citazione notificato il 24 novembre 2004, la SIET, appaltatrice del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani e speciali assimilati per il Comune di Acireale, conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Catania, detto ente locale, chiedendo di accertare la insussistenza dei presupposti, procedurali e sostanziali, di debenza delle penali applicate a suo carico dal convenuto nell'espletamento del servizio oggetto del capitolato speciale di appalto di cui sopra, con determinazione dirigenziale del 19 ottobre 2004 n. 321 o, in subordine, di ridurre le stesse, con condanna dell'ente locale a restituire le somme indebitamente trattenute a tale titolo.

Secondo l'attrice, il contratto d'appalto, all'art. 15, contiene una clausola penale che regola uno



specifico procedimento per applicare le penalità in caso di irregolarità contrattuali, imponendo la immediata contestazione degli addebiti, con il termine ridotto di tre giorni per le controdeduzioni dell'appaltatore e quello di sette giorni successivi concesso al comune per "adottare il provvedimento definitivo e irrogare la sanzione" (comma 5), che il comma 7 definisce "forfettaria" e applicata con provvedimento motivato, per il verificarsi di gravi disservizi, ferme restando le inadempienze specificamente sanzionate per condotte individuate in contratto e quelle conseguenti a infrazioni del capitolato non specifiche, per le quali la penale è di €. 200.000.

Per l'applicazione di tali penali, il capitolato speciale regola un procedimento, da iniziare con l'immediata contestazione dalla stazione appaltante degli addebiti all'appaltatrice, con obbligo delle parti di tentare la risoluzione della controversie eventuali dapprima in sede amministrativa, poi mediante arbitrato e, in caso di diniego del giudizio arbitrale, dinanzi al giudice competente.

Dopo avere, con nota del 24 agosto 2004 n. 5577, comunicato l'inizio del procedimento per l'irrogazione



delle sanzioni conseguenti a vari disservizi, a seguito delle controdeduzioni della SIET del 14 settembre successivo, il Comune, con determinazione del 19 ottobre 2004 n. 321 del proprio dirigente del settore Solidarietà sociale, ha applicato penali alla SIET per complessivi euro 40.081,61, per i disservizi accertati tra l'11 febbraio e il 16 giugno 2004, rigettando le difese della società e declinando poi la competenza degli arbitri aditi dall'appaltatrice.

La SIET, quindi, con la citazione di cui sopra, ha dedotto la decadenza del Comune di Acireale dal diritto di applicare le penali, per decorrenza dei termine fissato in contratto di dieci giorni dalle contestazioni e, in subordine, la inesistenza del diritto di irrogare la sanzioni per inadempienze a lei imputate non comprensibili o generiche (ad es. quelle contestate con i numeri 14 e 15) e, in altri casi, non effettivamente sussistenti e accertate comunque senza sopralluoghi e senza contraddittorio con il delegato della società all'uopo designato.

L'esistenza di verbali di accertamento incompleti, perché mancanti degli orari in cui si erano rilevati i disservizi, esclude la stessa prova delle pretese inadempienze della SIET; comunque il breve termine



previsto in contratto per la denuncia delle "irregolarità contrattuali", di cui al comma 5 dell'art. 15 del capitolato speciale, secondo il ricorrente, è previsto proprio per consentire all'appaltatore la verifica della contestazione e porvi eventualmente rimedio tempestivo e quindi la violazione dei termini rende di per sé inapplicabili le penali irrogate dal Comune.

Infine la citazione, oltre a denegare il rispetto dei termini contrattuali per la irrogazione delle sanzioni o penali, deduce la nullità della penale prevista per le infrazioni non specifiche, contestando i fatti a base delle penalità (mancato svuotamento di cassonetti al centro della città, omesso spazzamento e lavaggio dei cassonetti, di cui a due note dell'ente locale, svolgimento parziale del servizio di spazzamento meccanizzato, mancata sostituzione dei cassonetti e rimozione del materiale ingombrante e di quello inerte, oltre che mancata raccolta di rifiuti, con omesso diserbamento di alcune strade) e rilevando pure lo sfondamento del limite massimo della penale per il giorno 11 giugno 2004; in subordine, la SIET ha domandato la riduzione delle penali.

Si è costituito il Comune di Acireale, che ha eccepito



preliminarmente il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, ai sensi dell'art. 33 del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80, come sostituito dall'art. 7 della L. 21 luglio 2000 n. 205, trattandosi di controversia relativa ad un rapporto avente ad oggetto un'attività qualificabile come pubblico servizio di natura concessoria, riservata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Nel merito, l'ente locale ha denegato la natura perentoria del termine fissato per le contestazioni, deducendo che la applicazione delle penali sopra indicate, costituisce espressione d'un proprio potere autoritativo, spettante al Comune non solo in base alle clausole contrattuali, ma anche nell'interesse pubblico alla tutela dell'ambiente e alla salubrità collettiva, nell'ambito di un rapporto non avente natura paritetica, espressione di un potere esercitato con un accertamento dell'ente locale realizzato in contraddittorio con il concessionario, delle inadempienze di questo, avente valore di prova legale, perché compiuto da un funzionario, delegato del sindaco responsabile dell'igiene pubblica e che ha operato in qualità di pubblico ufficiale.

Lo stesso convenuto si è pure opposto alla riduzione



delle penali, inapplicabile in rapporti come quello oggetto di causa, nel quale la P.A. non ha una posizione paritaria con l'altra parte del contratto. Con ricorso alla Corte di cassazione a sezioni unite civili notificato alla SIET il 3 gennaio 2006, il Comune di Acireale ha chiesto in via preventiva di accertare a quale autorità giudiziaria appartenga la giurisdizione della controversia di cui sopra e la società intimata ha resistito con controricorso, notificato all'amministrazione istante a mezzo posta il 10 - 15 febbraio 2006 e illustrato da memoria, con il quale ha domandato di affermare la giurisdizione, nella fattispecie, del giudice ordinario.

OSSERVA

1. Il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione del Comune di Acireale deduce che, dal sorgere del rapporto contrattuale, l'amministrazione ha sempre provveduto alla vigilanza e al controllo del servizio, per assicurare il rispetto delle norme sulla tutela ambientale e sulla salubrità pubblica.

In attuazione dei principi generali sull'azione amministrativa, il personale del Comune addetto alla vigilanza ha comunicato alla SIET, con nota dell'8 gennaio 2003, che i controlli sarebbero stati

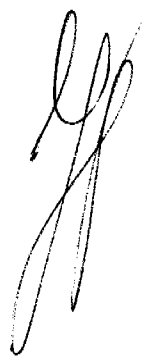


giornalieri e che un delegato della società doveva presentarsi ogni giorno alle 8,30, presso l'ufficio di igiene ambientale dell'ente locale, per contraddire nell'attività di controllo.

Per effetto di tali controlli, il Comune di Acireale, con varie note tra il febbraio e il giugno 2004, ha invitato la SIET a provvedere ad alcuni adempimenti mancati nell'esecuzione del contratto e ha contestato all'appaltatrice varie irregolarità, accertate in contraddittorio con la controparte.

All'esito di tali contestazioni l'ente locale ha irrogato, con la citata determinazione dirigenziale n. 321 del 2004, le sanzioni oggetto della controversia sorta con la citazione sopra richiamata.

Ad avviso dell'ente locale, il servizio di smaltimento dei rifiuti solidi urbani costituisce "attività di pubblico interesse", ai sensi dell'art. 1 del D.P.R. n. 915 del 10 settembre 1982 (abrogato dall'art. 56 del D.Lgs. 5 febbraio 1997 n. 22 e dal D.Lgs. 3 aprile 2003 n. 152); il successivo art. 3 dello stesso citato D.P.R. ha riservato ai comuni lo smaltimento dei rifiuti urbani e la gestione del servizio, esercitato con diritto di privativa, "direttamente o mediante aziende municipalizzate ovvero mediante concessioni a



enti o imprese specializzate" (così l'art. 8 dell'abrogato D.P.R. n. 915 del 1982).

L'art. 2 del D.Lgs. 5 febbraio 1997 n. 22, attuativo delle Direttive CEE n. 156 del 1991, n. 689 del 1991, e n. 62 del 1994, abrogato dall'art. 264 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti relativi a lavori, servizi e forniture), ad avviso del ricorrente, ribadisce l'affermazione del D.P.R. n. 915 del 1982, che la gestione dei rifiuti costituisce attività di pubblico interesse e che il rapporto tra comune e SIET è di concessione, potendo la gestione del servizio pubblico di smaltimento dei rifiuti essere solo delegata dal comune a aziende e imprese specializzate, come accaduto nel caso.

Secondo il ricorrente, come rilevato da S.U. 27 novembre 2002 n. 16831, lo smaltimento dei rifiuti ordinari costituisce un servizio pubblico oggetto di giurisdizione del giudice amministrativo, a differenza della raccolta dei rifiuti pericolosi o speciali e il T.A.R. della Campania, già prima della sentenza della Corte Costituzionale 26 luglio 2004 n. 204, ha ritenuto devoluta a tale giurisdizione anche la controversia sulla risoluzione dell'appalto del servizio di smaltimento rifiuti.



Non vi è un rapporto paritetico tra comune e SIET nell'espletamento del servizio oggetto del capitolato speciale, nel quale il concessionario deve adeguarsi alle norme regolamentari e ai provvedimenti della P.A., che devono assicurare la tutela igienica e sanitaria in tutte le fasi relative alla raccolta dei rifiuti nel territorio dell'ente locale.

In ordine alla sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004, il Comune ricorrente rileva che la giurisdizione esclusiva è comunque di legittimità, anche se ha ad oggetto un'attività della P.A., essendo escluso che il mero coinvolgimento di pubblici interessi possa imporre in ogni caso la devoluzione della lite relativa al giudice amministrativo ed essendo presupposto di tale cognizione giurisdizionale solo il fatto che la P.A. agisca nel caso concreto, esercitando i suoi poteri autoritativi, anche se adotta "*strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo*", come rileva il giudice delle leggi nella citata sua pronuncia.

Quando lo strumento negoziale opera in sostituzione dell'atto di esercizio del potere, come sarebbe accaduto nella fattispecie secondo il Comune di Acireale, la controversia è rimessa al giudice

amministrativo, ai sensi dell'art. 33 D.Lgs. n. 30 del 1998, come modificato successivamente e manipolato dalla sentenza additiva della Corte costituzionale sopra citata.

Secondo l'ente locale, che sul punto richiama alcune decisioni della giurisprudenza amministrativa, è la qualità di gestore del pubblico servizio, indipendentemente dal titolo giuridico in base al quale la gestione avviene, che comporta la devoluzione della controversia al giudice amministrativo; nella fattispecie, secondo il ricorrente, l'atto applicativo della sanzione e/o penale, pur se nella fase esecutiva del rapporto, esprime un potere autoritativo del Comune di Acireale nella gestione del servizio, incidente su posizioni di interesse legittimo della appaltatrice.

Ad avviso dell'ente locale, confermerebbe l'esistenza di detto potere il fatto stesso che esclusivamente il comune può irrogare le sanzioni (o penali) di cui all'art. 15 del capitolato speciale d'appalto, nell'irrilevanza invece dell'inadempimento eventuale dell'ente locale; pertanto, con detta irrogazione, si esprime il potere di vigilanza e controllo sul servizio dalla P.A. e quello di impartire direttive,



espressione della sua discrezionalità nella stessa valutazione dell'inadempimento della concessionaria, in rapporto all'interesse pubblico, perseguito con il capitolato, di una corretta esecuzione del servizio di smaltimento dei rifiuti nell'interesse pubblico.

Comunque il carattere vincolante dell'accertamento delle inadempienze della società e la esecutorietà della irrogazione della sanzione, che consegue al potere del Comune di decurtare, dal corrispettivo dovuto per il servizio, le somme pretese come penale, evidenzia che, con le penalità applicate, si è esercitato un potere autoritativo della P.A. sul quale non può affermarsi la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

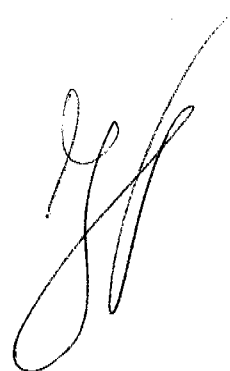
La questione è allo stato controversa nella stessa giurisprudenza amministrativa e appare quindi opportuno, secondo l'ente locale ricorrente, la pronuncia preventiva delle Sezioni unite della cassazione, potendosi denegare la giurisdizione del giudice ordinario, pure a ritenere la presente causa qualificabile come controversia in materia di affidamento di pubblico servizio.

La SIET, con le sue difese, deduce anzitutto che, come ammette lo stesso comune, la controversia attiene



all'esecuzione del rapporto sorto per effetto del contratto concluso dalle parti, da qualificare di appalto del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani e che la stessa, in base alla prevalente giurisprudenza, è riservata alla cognizione del giudice ordinario.

Tale conclusione deve confermarsi, anche dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, che ha rilevato l'illegittimità dell'art. 33, 1° comma, del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80 come sostituito dall'art. 7, lettera a, della legge 21 luglio 2000 n. 205, nella parte in cui assegna alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la materia dei pubblici servizi e non limita la stessa alle sole "...controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990 n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, e alla vigilanza e controllo, nei confronti del gestore" (così espressamente la sentenza



della Corte Costituzionale).

Se potevano esservi dubbi sulla giurisdizione prima della sentenza citata del giudice della legge, dopo quest'ultima, non è dubbio che, dell'esecuzione dei rapporti di appalto di pubblici servizi, deve occuparsi il giudice ordinario, perché le domande che hanno come causa petendi le situazioni conseguenti all'esecuzione del capitolato speciale di appalto, di cui alla citazione, si basano sui diritti sorti dalla convenzione di cui si chiede la tutela in sede giurisdizionale e, riguardando i corrispettivi dovuti per il servizio svolto, non possono che essere oggetto della giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, così come accadeva prima della novella del D.Lgs. n. 80 del 1998.

La controversia ha ad oggetto l'accertamento di condotte delle parti da accertare in sede giudiziaria e che si assumono lesive solo di diritti soggettivi e non di interessi legittimi e, ai sensi degli artt. 102 e 113 della Costituzione, spettano alla cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, ove non possano rientrare nella giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi.

Nel caso di specie, con la citazione si è chiesto di

dichiarare non dovute le penali irrogate con la determinazione dirigenziale n. 321 del 2004, in difetto dei presupposti di fatto e di diritto a base delle stesse e, in subordine, di ridurre tali penali e infine di condannare il Comune alla restituzione di quanto indebitamente trattenuto in danno della controricorrente.

Il procedimento amministrativo per la irrogazione delle penali è disciplinato dall'art. 15 del capitolato speciale che, come si rileva dalla stessa comparsa di risposta del comune, è una vera e propria clausola penale e non, come affermato in ricorso, la *"espressione di un potere sostanzialmente autoritativo dell'Amministrazione"*.

L'art. 15 del capitolato speciale prevede infatti che *"accertata l'irregolarità contrattuale"*, questa sia comunicata all'appaltatrice per le controdeduzioni e per applicare eventualmente la penalità nei dieci giorni dalla contestazione; nella stessa clausola contrattuale, sono tipizzate alcune forme di disservizio, prevedendosi, per ciascuna di esse, una misura distinta di penalità e infine stabilendosi una misura di sanzione, anche per ogni infrazione non indicata tra le prescrizioni del capitolato la cui violazione comporti penali specifiche.



Ad avviso della SIET, si tratta di una clausola penale nella quale è irrilevante la mancata reciprocità della previsione delle penali per gli inadempimenti previsti, non avendo rilevanza di atto pubblico gli accertamenti dei disservizi o delle inadempienze di cui alle contestazioni dell'ente locale, come accertato da più sentenze dei giudici amministrativi, tra le quali assume rilievo peculiare, perché relativa ad una clausola penale analoga a quella di cui è causa, la sentenza del TAR Napoli n. 6845 del 2003, la quale ritiene che, nel caso in cui la controversia attenga all'ipotesi di sanzioni applicate a seguito di contestazioni di inadempienze specificamente previste nel contratto, con indicazione delle penali concordate per ciascuna di esse, si versa comunque in una controversia che deve esaminare il giudice ordinario. Secondo la citata sentenza del TAR della Campania, deve escludersi, quando vi sia un capitolato speciale di appalto del tipo di quello a base della presente causa, che vi sia una concessione e non un mero appalto, in cui la previsione delle penali incide in sostanza sui corrispettivi dovuti, non potendosi ritenere che il comune eserciti i suoi poteri di vigilanza e controllo in rapporto a inadempimenti contrattuali, per i quali trattiene quale penale le



somme previste in contratto da quelle maggiori da esso dovute alla SIET come corrispettivo.

Escluso che nella fattispecie ricorra una ipotesi di concessione, anche alla luce delle Direttive CEE nella materia, dovendosi ritenere sussistente un mero appalto e denegato l'esercizio di un qualsiasi potere amministrativo del Comune di Acireale, trattandosi di facoltà di questo previste dal contratto stipulato tra le parti il 30 dicembre 2002, in cui l'unica parola utilizzata è appunto quella privatistica di "appalto" e non quella di "concessione", tanto che l'atto si è definito capitolato speciale di appalto, va negato si sia avuta una concessione, mancando comunque un trasferimento di poteri pubblici alla SIET, che chiede quindi di affermare la giurisdizione nella presente azione del giudice ordinario.

2. Non può dubitarsi anzitutto che, allorché venne stipulata la convenzione a base della presente azione della SIET (30 dicembre 2002), risultavano già regolati normativamente, dall'art. 3 del D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 157 (abrogato poi con l'art. 256 del D.Lgs. n. 163 del 2006) "gli appalti pubblici di servizi", definiti dalla norma "contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto tra un prestatore di servizi e una amministrazione... aventi ad oggetto i



servizi elencati negli allegati 1 e 2", tra i quali il n. 16 dell'allegato 1 espressamente comprende quello della "eliminazione di rifiuti".

Il successivo riferimento, contenuto nell'art. 5 del D.Lgs. n. 22 del 1997 allo smaltimento rifiuti, contestuale all'abrogazione del D.P.R. n. 915 del 1982 previsto dall'art. 56 dello stesso decreto, conferma che, alla data dell'atto costitutivo del rapporto a base dell'azione della SIET, nessun obbligo vi era di dare solo in concessione il servizio relativo, che resta di interesse pubblico e di competenza degli enti locali, i quali peraltro possono anche concludere meri "appalti pubblici", per realizzare il servizio di pubblico interesse dello smaltimento e trasporto dei rifiuti solidi urbani e speciali assimilati, come, ad avviso di questa Corte, è avvenuto nella fattispecie. Il capitolato speciale stipulato dalle parti viene infatti definito in premessa "contratto" ed è così qualificato anche negli artt. 3, 6 e 8, tipizzandosi poi come "appalto", relativo al servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti; nello stesso atto (nella premessa oltre che negli artt. 1, 2, 3, 4, 5 e 7) è indicata la SIET come "appaltatore" e tale qualifica è usata in più clausole (artt. 4, 10 e 11), con espressione inequivocabilmente usata nel senso



indicato.

La lettera del capitolato speciale conferma la natura di contratto della convenzione oggetto della presente controversia, escludendo che possa ritenersi mero disciplinare di una concessione di pubblico servizio che è da negare vi sia stata nel caso, mancando ogni indicazione in rapporto alla causa concreta dell'atto stesso, che possa portare ad una diversa conclusione ermeneutica.

Pertanto la controversia oggetto della presente causa, pur vertendo in materia di pubblici servizi, non è relativa ad una concessione di pubblici servizi ma ai corrispettivi di un appalto pubblico del servizio di raccolta e smaltimento di rifiuti solidi urbani e, per tale profilo, deve negarsi che essa rientri tra quelle di cui all'art. 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998, come poi novellato e modificato, dovendosi inquadrare come vertenza relativa alla esecuzione di un rapporto, effetto di un appalto pubblico di servizi e non di concessione di servizio di pubblico interesse.

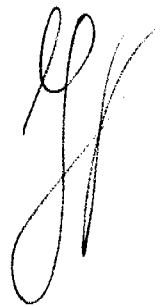
Tale qualificazione giuridica del capitolato speciale di cui sopra, può essere anche confermata dalla attuale definizione normativa delle concessioni di pubblico servizio, di cui all'art. 30 del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, che ha dato attuazione alle



direttive CEE n. 17 e 18 del 2004.

Tale definizione chiarisce ormai che, a differenza che nell'appalto, nella concessione "la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e sfruttare economicamente il servizio", tanto che "il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare" (così testualmente la norma citata).

Nel caso, non solo non vi è stata alcuna delega traslativa di poteri dal Comune di Acireale alla SIET ma quest'ultima non poteva pretendere, in base al contratto, alcun prezzo dagli utenti per il servizio prestato e, anche per tale profilo, deve quindi escludersi che, a prescindere dalla lettera del contratto che è di certo in senso contrario come già detto, si sia avuto comunque un rapporto concessorio e che la presente controversia verta sullo stesso



(sulla differenza tra appalto e concessione ancora attuale appare Cass. 25 maggio 1966 n. 1354)

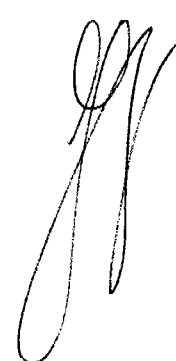
Se in passato era sufficiente tale accertamento a rilevare una domanda fondata sui diritti soggettivi sorti con l'esecuzione del contratto e in rapporto al petitum sostanziale la conseguente giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, allo stato, in ragione della materia su cui verte che è quella dei pubblici servizi, sui quali vi è di regola la giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi, tale conclusione non è più accettabile nei termini riportati, dovendosi accertare pure se la presente causa non sia relativa a provvedimenti "adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990 n. 241", ovvero riguardi "l'affidamento di un pubblico servizio e la vigilanza e controllo nei confronti del gestore", in rapporto alle altre ipotesi di cui all'art. 33, lett. e, del D.Lgs. n. 30 del 1998, come novellato nel 2000 e manipolato dalla più volte citata sentenza del giudice della legge del 2004, come sembra dedurre invece l'ente locale istante con il presente regolamento.

Trattandosi di "penalità", delle quali il comune chiede il pagamento per le "irregolarità contrattuali"

di cui all'art. 15 del capitolato speciale di appalto, l'espressione "sanzione" usata in contratto per definire dette penali, da ritenersi previste nella clausola contrattuale inquadrabile nell'art. 1384 c.c., non assume rilievo alcuno per considerare la determinazione dirigenziale a base della pretesa dell'ente locale come attività provvedimento dell'amministrazione, nell'esercizio dei suoi poteri di vigilanza e controllo sul servizio, da ritenere riservata alla cognizione dei giudici amministrativi. Certamente gli accertamenti consentiti all'ente locale in contraddittorio con la controparte non possono qualificarsi atti facenti prova piena o di fede pubblica, e le penalità applicate, per il principio di legalità sancito anche in rapporto alle sanzioni amministrative (art. 1 della legge 24 novembre 1981 n. 689) non esprimono assolutamente il potere autoritativo pubblico dell'ente locale di accertare violazioni e irrogare sanzioni amministrative. Nessun rilievo ha la previsione della clausola penale in favore di una sola delle parti del contratto, per ritenere che con essa si sia in realtà esercitato un potere pubblico dello stesso ente locale; il Comune di Acireale, che ha predisposto lo schema di contratto pubblico con la previsione della penale, ha in effetti utilizzato uno strumento tipico dell'autonomia

privata, servendosi di facoltà regolata dalla legge, che impone particolari tutele a favore della parte più debole che, anche nel caso, dovevano adottarsi (art. 1341 e ss. c.c.) e, di conseguenza, deve negarsi che oggetto di questa causa sia un atto autoritativo della P.A. o un provvedimento di vigilanza e controllo del servizio, che, anche ai sensi del nuovo art. 244, 2° comma, del citato D.lgs. n. 163 del 2006, dovrebbe ritenersi riservato alla cognizione esclusiva della giustizia amministrativa in materia di pubblici servizi.

Essendo palese che non si verte nel caso in una fattispecie relativa all'affidamento del servizio, trattandosi di causa relativa alla sua esecuzione ed essendo pacifico tra le parti che lo stesso è stato già espletato, in conclusione, deve negarsi che la controversia rientri tra quelle di cui all'art. 33 del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80, come sostituito dall'art. 7 della L. 21 luglio 2000 n. 205 e novellato dalla sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004 n. 204 pur se relativa a pubblici servizi, e competa alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Deve invece dichiararsi la giurisdizione nella presente causa dell'autorità giudiziaria ordinaria in applicazione del seguente principio di diritto: "Quando vi sia una controversia relativa alla



esecuzione di un contratto di appalto di pubblici servizi e ai corrispettivi dovuti per la prestazione di essi, la stessa non rientra nella fattispecie di cui all'art. 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998, come modificato successivamente, che attiene solo alle concessioni e agli affidamenti di pubblici servizi ovvero ad attività provvedimentali relative al servizio stesso, e deve quindi ritenersi applicabile il principio generale di cui all'art. 113 della Cost., per il quale la tutela dei diritti soggettivi deve chiedersi al giudice ordinario, in conformità alla giurisprudenza costante di questa Corte (così S.U. ord. 5 aprile 2007 n. 8519, ord. 27 febbraio 2007 n. 4425, sent. 26 luglio 2006 n. 16990 e ord. 18 ottobre 2005 n. 20116, tra molte altre) e a quella più recente degli stessi giudici amministrativi (Cons. St., sez. V, 25 settembre 2006 n. 5617)".

Le spese della presente fase possono compensarsi tra le parti, in considerazione delle incertezze ancora sussistenti nella fattispecie.

P.Q.M.

La Corte dichiara la giurisdizione del giudice ordinario e compensa le spese tra le parti.

Così deciso nella camera di consiglio delle sezioni unite della Corte suprema di cassazione il 10 luglio 2007.

Depositata in Cancelleria

-25-



oggi, **22 AGO, 2007**
IL CANCELLIERE C1
Giovanni Giambattista

Il presidente

[Handwritten signature]
IL CANCELLIERE C1
Giovanni Giambattista