



REPUBBLICA ITALIANA

N. 1993/06 Reg. Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 1846/06 Reg. Gen.

N. 1877/06 Reg. Gen.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
- Sezione staccata di Catania - Sezione Prima,
composto dai Signori Magistrati:

Dott. Pancrazio Savasta	Presidente
Dott.ssa Maria Stella Boscarino	Giudice
Dott. Salvatore Gatto Costantino	Giudice rel.est.

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sui ricorsi

IN DIRITTO

I due ricorsi sono evidentemente connessi, sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo e pertanto devono essere riuniti.

I) Riuniti i ricorsi, il Collegio deve preliminarmente farsi carico di verificare la propria giurisdizione sulle domande con essi introdotte. Durante la discussione in camera di consiglio, il Collegio ha espressamente sottoposto ad ambedue le parti ricorrenti la questione sollevandola d'ufficio.

A tale proposito, rileva il Collegio che il primo ricorso (nr. 1846/06), è inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice adito.

La ricorrente società *** 4 p.a. lamenta, infatti, che le sarebbe stato ceduto il contratto in essere tra il Comune di Taormina e la società Messinambiente, senza il suo preventivo consenso, ai sensi dell'art. 1406 c.c.

Così formulata, la domanda è evidentemente relativa ad una materia interamente ascritta a rapporti di diritto soggettivo, come tali rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario (laddove non espressamente affidati dalla legge alla giurisdizione esclusiva del G.A.).

In proposito, nella discussione in camera di consiglio, la parte ricorrente nel giudizio nr. 1846/06 ha sostenuto l'ammissibilità del ricorso rilevando che quest'ultimo è rivolto avverso l'atto amministrativo, il quale sarebbe illegittimo per le censure proposte. L'eccezione non coglie nel segno, perché, in tesi, quest'ultimo (ammettendone la natura provvedimento) è meramente strumentale all'esercizio di facoltà o adempimento di obblighi contrattuali derivanti dalla circostanza che il Comune di Taormina, in quanto socio dell'ATO, era obbligato al trasferimento del servizio e detta società era obbligata a riceverlo. Osserva, infatti, il Collegio che il "provvedimento" oggetto di gravame

non è neppure da considerarsi un "atto amministrativo" in senso tecnico, relativamente alla parte in cui dispone il trasferimento del contratto all'*** 4. Si tratta infatti (come si vedrà più avanti) di un atto a valenza meramente ricognitiva, e quindi dichiarativa, avente ad oggetto l'adempimento di una volontà contrattuale già (compiutamente) definita dall'assetto di interessi presupposto dal Commissariamento medesimo, ossia il negozio di costituzione-adesione del Comune all'*** 4 coattivamente imposto. Come tale, manca nel provvedimento ogni valutazione dispositiva in via amministrativa dell'interesse pubblico, che è già assorbita nella su richiamata costituzione (coattiva) dell'organismo di ambito e nell'adesione ad esso (pure coattivamente realizzatasi) del Comune di Taormina. Rispetto ad essa, residuano solamente gli aspetti civilistici di esecuzione del contratto della società d'ambito ed i relativi adempimenti incentrati sulla esatta identificazione dei beni e dei diritti che, per effetto del trasferimento del servizio alla società d'ambito, sono da ricomprendersi nella conseguente "cessione" a quest'ultimo organismo. Il provvedimento impugnato altro non è, dunque, se non la ricognizione di quanto è da trasferirsi alla società d'ambito per effetto del passaggio a quest'ultima delle competenze inerenti la gestione ambientale.

Quest'ultimo aspetto potrebbe rivelarsi sufficiente dunque per affermare la carenza di giurisdizione; tuttavia, il Collegio ritiene di dover effettuare una analisi più approfondita della fattispecie introdotta in giudizio alla luce del secondo ricorso, che aiuterà anche a comprendere meglio come il difetto di giurisdizione in ordine al primo ricorso discenda non solo da come è stata formulata la qualificazione normativa dell'interesse dedotto da parte della ricorrente, ma anche da quella che invece deve considerarsi come la più corretta e completa ricostruzione-qualificazione di essa.

II) Nel secondo ricorso, nr. 1877/06, è la società Messinambiente "contraente ceduta" del servizio di igiene ambientale, ad impugnare l'atto di trasferimento e/o, comunque, ad opporsi alla cessione del contratto, deducendo la mancata prestazione del proprio consenso in proposito. La difesa di quest'ultima parte, di fronte alla proposizione da parte del Collegio della questione relativa al difetto di giurisdizione, ha opposto che, mentre l'obiezione potrebbe ritenersi condivisibile in relazione al primo ricorso, non altrettanto dovrebbe ritenersi ove riferita al secondo, in quanto in quest'ultimo giudizio la lite verte tra due soggetti parti di una concessione di servizio (il Comune di Taormina, dante causa, e la società ricorrente, avente causa dell'affidamento in concessione del

servizio di igiene ambientale). Come tale, quindi, risulterebbe attratta la controversia alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo per l'effetto dell'art. 7 della legge 205/2000 nella parte "riscritta" per effetto della nota sentenza nr. 204/2005 della Corte Costituzionale.

Ad analisi approfondita, tale prospettazione è fondata.

Si deve premettere a tale scopo che, in giurisprudenza, un primo orientamento riconosce al rapporto tra Comune e società mista natura concessoria, con la conseguenza che risulterebbero affidate al giudice amministrativo tutte le eventuali controversie, tranne quelle inerenti indennità, canoni ed altri corrispettivi che invece rimarrebbero affidate al giudice ordinario (Cass. Civ. SS.UU. 18.11.2004, nr.21773; Consiglio di Stato, V, 6 ottobre 2003, nr. 5803). Altre pronuncie, invece, negano tale qualificazione considerando l'istituto come un "tertium genus" tra concessione ed appalto, da alcuni recentemente definito come "*affidamento in house*" (ex multis, TAR Lazio, II-ter, 15 aprile 2005, nr. 2762; TAR Toscana, II, 4 ottobre 2002, nr. 2366; Consiglio di Stato, V, 30 aprile 2002, nr. 2297).

Ai fini della giurisdizione, tuttavia, questo Tribunale ha già avuto modo di chiarire che "*L'art. 33 d.lg. n. 80 del 1998, riscritto per effetto della sentenza C. cost. n. 204 del 2004, impone che in tema*

dei servizi pubblici si conduca una duplice verifica ai fini della sussistenza della giurisdizione esclusiva del g.a. La prima è l'analisi della natura della potestà amministrativa "a monte", ossia in riferimento alla causa del potere esercitato ed è volta ad accertare se, nel caso di specie, l'amministrazione sia titolare di un potere autoritativo (ovvero se la lite inerisca ad una fattispecie formatasi in seno all'esercizio di un potere connotato di autoritatività in radice); il secondo livello di indagine è da svolgersi "a valle" ossia in relazione alla concreta fenomenologia del potere amministrativo ed è volta ad accertare se esso si sia tradotto in una delle fattispecie tipiche che la Corte ha riscritto come ipotesi concrete e generali di giurisdizione esclusiva (ossia accordi sostitutivi, affidamento a terzi, concessione, controllo del gestore)" (TAR Sicilia, Catania, II, 15 settembre 2005, nr. 1384; 13 maggio 2005 nr. 812; 21 marzo 2005 nr. 466; di questo metodo di indagine è stata fatta coerente applicazione nella pronuncia della Corte Costituzionale nr. 191/2006, in materia espropriativa).

In tal senso, pertanto, non è necessario risolvere la questione se la fattispecie in esame sia da qualificarsi o meno come un fenomeno concessorio (che sembrerebbe da escludersi in concreto, atteso che,

come si evince dalla delibera del Comune di Taormina del 13 marzo 1998 nr. 15 di approvazione dello Statuto e di adesione alla società Messinambiente, non sono assegnate alla medesima società né funzioni amministrative propriamente intese, né rischi di impresa, né costi da corrispondere dalla società al Comune e né autonomi poteri di rivalsa sull'utente di questi ultimi - cfr. Consiglio di Stato, VI, 15 novembre 2005, nr. 6368), in quanto la fattispecie risulterà comunque attratta alla giurisdizione del giudice ordinario per effetto della norma di cui all'art. 33 del dlgs 80/98 per come riscritto dall'art. 7 della legge 205/2000 e dalla pronuncia della Corte Costituzionale nr. 204/2004 a norma della quale *"sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative (...)* *all'affidamento di un pubblico servizio (...)*". Nel caso in esame, infatti (con riferimento sempre al secondo ricorso), sussistono tutti i requisiti da apprezzarsi nell'esercizio del potere ai fini dell'applicazione del citato art. 33, in quanto "a monte" l'esercizio delle funzioni di tutela ambientale sono connotate da chiaro carattere di supremazia e, "a valle", la vicenda attiene agli elementi strutturali di un affidamento del servizio a

terzi, anche se in termini, in questo caso, negativi (ossia di cessazione di tale affidamento o, meglio, di mutamento di titolarità dell'affidante).

IIA) Ritenuta la giurisdizione in ordine al ricorso nr. 1877/06, si osserva che, per come risulta agli atti, il Comune di Taormina ha aderito alla società mista d'ambito *** 5 giusta deliberazione del Commissario Regionale ad acta nr. 2 del 19 dicembre 2002, con la quale è stato approvato l'allegato Statuto della Società d'Ambito, da costituirsi tra tutti gli enti dell'A.T.O.4 (pure individuati dal Commissario Regionale per l'Emergenza Rifiuti con decreto nr. 280 del 19 Aprile 2001).

Con il medesimo provvedimento, inoltre, sono stati disposti la spesa necessaria alla acquisizione delle quote azionarie spettanti all'Ente ed i provvedimenti organizzativi necessari alla sottoscrizione dell'Atto costitutivo ed al conferimento alla costituenda società delle necessarie risorse; e, soprattutto, è stato previsto che dalla data di piena operatività della medesima società, *"tutte le attività di competenza del Comune nel campo della gestione dei rifiuti, comprese le funzioni amministrative e fiscali, vengono delegate alla stessa, ivi compresi l'affidamento dei relativi servizi, con le modalità previste dalla vigente normativa, la riscossione della tariffa nei confronti dei cittadini e l'attribuzione della titolarità delle risorse per la*

gestione dei rifiuti;...dalla data di comunicazione, da parte della società, dell'avvio dell'espletamento del servizio da parte del soggetto affidatario, cessano le attività di gestione del servizio da parte del Comune restando in capo allo stesso affidatario i contributi dovuti dai consorzi di filiera associati al CONAI secondo le modalità specificate nel contratto di servizio".

Oggetto della "delega" sono dunque il trasferimento delle "funzioni amministrative e fiscali", l'"affidamento dei relativi servizi", la riscossione della tariffa e, soprattutto, l'attribuzione della titolarità delle risorse per la gestione dei rifiuti. L'approvazione del suddetto schema di statuto ad opera del Comune commissariato è avvenuta in applicazione di quanto stabilito dal Commissario delegato per l'Emergenza rifiuti nella Regione Sicilia che, in merito, ha previsto come obbligatoria la gestione dei rifiuti in A.T.O. a mente dell'art. 23 del dlgs 22/97, secondo le modalità ivi pure stabilite (ordinanza nr. 488 dell'11 giugno 2002 e n. 1069 del 28 novembre 2002).

La responsabilità della gestione, quindi, con gli atti in esame, è stata affidata alla società d'ambito, che è organismo avente propria personalità giuridica, costituito per effetto obbligatorio di norme di legge e provvedimenti commissariali adottati in regime di emergenza di protezione civile, tra Enti

pubblici locali territoriali ed è deputato alla cura di predominanti interessi pubblici.

Alla luce di queste premesse, il Collegio deve osservare che il termine "delega" utilizzato nella deliberazione del Commissario regionale ad acta nr. 2 del 19 dicembre 2002 è un termine improprio.

Nella fattispecie in esame, infatti, non si è in presenza di una "delega" amministrativa di funzioni o di esercizio di funzioni, ossia di una modalità di esercizio dell'azione amministrativa rientrante nell'ambito di ordinari rapporti tra Amministrazioni.

Le richiamate disposizioni realizzano, invece, un vero e proprio trasferimento di funzioni con relativo mutamento nella titolarità del potere, che dal Comune "trasla", in via amministrativa, in capo all'Ente pubblico appositamente costituito. A riprova di ciò si consideri che il Comune non ha la possibilità giuridica di "riacquisire" il servizio, sottraendosi alla società d'ambito e gestendolo in proprio; non ha più funzioni impositive e non può determinare la tariffa del servizio; non ha poteri di regolamentazione autonoma dello stesso, disponendo per il proprio territorio una eventuale organizzazione difforme da quella dell'ambito; tutte le funzioni residuali che gli permangono per effetto dell'art. 23 del dlgs. 22/97 il Comune li esercita obbligatoriamente "nella" società d'ambito, come socio nell'Assemblea.

Ed infatti l'art. 23 del dlgs 22/97 stabilisce che:
"salvo diversa disposizione stabilita con legge regionale, gli ambiti territoriali ottimali per la gestione dei rifiuti urbani sono le Province. In tali ambiti territoriali ottimali le Province assicurano una gestione unitaria dei rifiuti urbani e predispongono piani di gestione dei rifiuti, sentiti i Comuni, in applicazione degli indirizzi e delle prescrizioni del presente decreto.

4. I Comuni provvedono alla gestione dei rifiuti urbani mediante le forme, anche obbligatorie, previste dalla legge 8 giugno 1990, n. 142, come integrata dall'articolo 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498. Decorso inutilmente il predetto termine le Regioni e le province autonome provvedono in sostituzione degli enti inadempienti".

La società d'ambito, quindi, è una modalità di gestione di un servizio attribuito in forma associativa e collettiva in capo a tutti gli Enti dell'ambito ottimale, con modalità avente natura e carattere obbligatorio, per via dell'avvenuto commissariamento emergenziale della Regione e degli Enti locali regionali in materia dei rifiuti.

A riprova di tale ricostruzione, si osserva che sono state infatti trasferite alla società d'ambito anche le risorse e le funzioni amministrative dell'Ente, nonché (soprattutto) la titolarità dei poteri

coattivi di imposizione e riscossione della tariffa, come visto sopra (i quali a loro volta riflettono i costi di gestione e quindi sono il prodotto della traslazione tariffaria dei costi organizzativi dell'ente deputato al servizio sugli utenti); ed infine si è previsto espressamente che alla data di attivazione del servizio da parte della società d'ambito, le funzioni comunali in ordine al servizio vengono a cessare.

Tale fattispecie, in punto di giurisdizione, concorre a confermare che questo Tribunale ha giurisdizione sulla domanda introdotta con il secondo ricorso e non con il primo. Infatti, il rapporto tra Comune e Messinambiente può essere ricondotto allo schema dell'art. 33 cit., ma non quello tra Comune ed ATO, poiché in questo caso **viene meno l'elemento principale comune sia alla figura dell'affidamento che a quello della concessione, ossia il permanere della funzione in capo al Comune che poi la esercita nelle due diverse modalità** (ossia affidando l'esecuzione di prestazioni anche complesse al terzo, nel primo caso, oppure trasferendo su quest'ultimo anche il rischio di impresa ed il rapporto di utenza nel secondo). Tra Comune ed ATO si deve quindi considerare il rapporto come una vera e propria successione tra Enti, sia pure permanendo in capo all'originario titolare della funzione una ridotta potestà (avente soprattutto natura partecipativa

all'esercizio del potere da parte del nuovo titolare).

IIA) Alla luce di questa ricostruzione della fattispecie in termini di potestà pubbliche, il Collegio ritiene che - sotto il profilo civilistico - il medesimo rapporto tra Comune ed ATO non possa che essere, a questo punto, ricondotto alla cessione di (ramo di) azienda, disciplinata dall'art.2558 del codice civile.

Il Comune di Taormina e gli altri Comuni rientranti nell'ATO hanno infatti trasferito alla società d'ambito, costituita per obbligo imposto dal Commissario regionale, l'intero compendio "aziendale" costituito da poteri e potestà amministrative, risorse e mezzi economici, finanziari, tecnici e di personale, prima destinati all'esercizio della "funzione" amministrativa preordinata alla tutela della igiene ambientale.

La prova di questa ricostruzione è, in primo luogo, normativa: il primo indicatore è offerto dall'art. 31 del d.lgs. 165/01 che disciplina il *"Passaggio di dipendenti per effetto di trasferimento di attività"* a norma del quale: *"Fatte salve le disposizioni speciali, nel caso di trasferimento o conferimento di attività, svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti si applicano*

l'articolo 2112 del codice civile e si osservano le procedure di informazione e di consultazione di cui all'articolo 47, commi da 1 a 4, della legge 29 dicembre 1990, n. 428".

In merito a ciò è stato affermato che "in caso di trasferimento di attività di cui all'art. 31 d.lg. n. 165 del 2001, il passaggio del dipendente a seguito del trasferimento a soggetti pubblici o privati, costituisce conseguenza automatica del trasferimento di attività, in analogia con quanto disposto dall'art. 2112 c.c., in particolare valorizzando la "ratio" di tutela della norma che impone di considerare il passaggio come effetto automatico del trasferimento di attività, onde impedire che tale vicenda spieghi effetti negativi sul rapporto di lavoro dei dipendenti addetti all'attività, creando, ad esempio, eccedenze di personale non assorbibili in dotazione organica; non sussiste pertanto alcun diritto dei dipendenti interessati ad optare per la permanenza in capo alla p.a. cedente l'attività e, di converso" (Tribunale Parma, 19 maggio 2005).

Il secondo indicatore normativo, più importante, si ritrova nell'art. 36 della legge 448/2001, che dispone : "In conseguenza delle attività poste in essere ai sensi del presente capo, le pubbliche amministrazioni apportano, con le modalità previste dai rispettivi ordinamenti, le relative variazioni in

diminuzione alle proprie dotazioni organiche. Ai fini dell'individuazione delle eccedenze di personale e delle conseguenti procedure di mobilità, si applicano le vigenti disposizioni, anche di natura contrattuale" Si precisa che le "disposizioni di cui al presente capo" sono quelle relative all'art. 113 del dlgs 267/2000 che è stato riformulato, per l'appunto, dall'art. 35 della legge 448/2001.

Per effetto, in particolare, di queste ultime disposizioni, l'Ente locale che procede all'"affidamento" di servizi per come descritto sopra, è tenuto alla rimodulazione dell'organico (in diminuzione), poiché le relative funzioni non sono più allo stesso riferibili e quindi non trova causa giustificativa il permanere di quella parte di "organizzazione aziendale" che era deputata alle funzioni cedute o delegate.

Se la considerazione normativa dell'assimilazione delle fattispecie descritte al novero della cessione di azienda appare quindi inequivoca sul piano del rapporto di lavoro del personale interessato ai servizi ceduti e su quello della organizzazione dell'Ente (intesa sia come dotazione organica che come più generale criterio di funzionamento, con riferimento alle risorse finanziarie e tariffarie), con richiamo agli istituti in esame dell'art. 2112 c.c., non si vede come a diversa conclusione potrebbe pervenirsi con riferimento all'altra e più importante

(per il presente caso) fattispecie che si viene a costituire quando l'organizzazione amministrativa del Comune è a sua volta "esternalizzata" ossia in *outsourcing*, compendiando (essenzialmente) un rapporto d'affidamento a terzi come quello del contratto esistente tra Comune di Taormina e Messinambiente. Il rapporto di affidamento è sicuramente parte del patrimonio dell'Ente, rappresentando esso la fonte di precise situazioni giuridiche che hanno l'Ente come titolare di crediti e debiti non solo ovviamente economici, ma prima ancora prestazionali ed aventi a loro volta ad oggetto esercizio delle funzioni pubbliche con rilievo esterno verso l'utenza (ossia non rivolte esclusivamente all'Ente per il suo funzionamento). Inoltre, appare evidente che ciò obbliga a considerare che non di cessione di contratto si può trattare, ma di una fattispecie ben più ampia, è il tenore della delibera commissariale nr. 2/2002 si cui sopra si è riportato l'oggetto, la quale ha riguardo a tutte le funzioni amministrative con una qualificazione chiaramente unitaria e omnicomprensiva.

Sul punto vale la pena di osservare, infine, che l'istituto della cessione del contratto si inserisce nell'ambito di un fenomeno circolatorio che può trovare il proprio titolo in negozi del tutto diversi tra loro. Esso può essere l'effetto di un negozio di

compravendita, può avere funzioni solutorie, può essere a causa donativa e così via; tra queste varie ipotesi, la cessione del contratto costituisce specifico effetto naturale della "cessione di azienda".

In quest'ultima ipotesi, l'"azienda" è oggetto omnicomprensivo ed unitario dell'interesse delle parti e quindi diviene oggetto del negozio qualificandosi come "universalità di diritto": ciò proprio in quanto l'unico negozio di trasferimento produce l'effetto tipico di fare subentrare il cessionario nella posizione giuridica del cedente, quindi nella titolarità dei rapporti attivi e passivi nei confronti dei debitori, dei creditori, degli eventuali contraenti ceduti (che altro non saranno se non debitori e creditori del cedente) nonché dei dipendenti dell'azienda.

In tal senso, pertanto, l'istituto può essere utilmente applicato anche ad una fattispecie quale quella in oggetto, in quanto di esso ricorrono tutti gli estremi costitutivi. Rimangono, infatti, inalterati l'oggetto delle attività aziendali, l'organizzazione ed i mezzi destinati allo scopo, la pubblica causa del servizio e l'interesse tutelato. Muta la titolarità soggettiva di esso e dei relativi poteri di tutela, nonché possono mutare (ma non è detto che ciò avvenga) in tutto o in parte le modalità specifiche di erogazione del servizio e

null'altro. In proposito, si confronti il 5° comma dell'art. 2112 ai sensi del quale *"Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento"*.

Deve, per completezza, richiamarsi l'importante distinzione, ben chiara alla migliore dottrina che si è occupata dell'istituto, tra i contratti relativi ai "beni aziendali" e quelli stipulati dall'imprenditore "nell'esercizio dell'azienda"; mentre il trasferimento di questi ultimi è solo un effetto naturale del negozio, che, come tale, le parti possono escludere con apposita pattuizione, il trasferimento dei primi è invece l'oggetto necessario

della cessione, in quanto attiene in via immediata e diretta agli elementi costitutivi dell'universalità di diritto che viene trasferita.

Ai fini della giurisdizione, il Collegio osserva, quindi, che la cessione dell'azienda opera - tra le parti Comune di Taormina e società Messinambiente - come un modo tipico di estinzione del rapporto di servizio ed in quanto tale attiene dunque al momento genetico di tale rapporto, non all'aspetto dinamico di esso. Solo in quest'ultimo caso potrebbe porsi il dubbio sulla giurisdizione del giudice amministrativo, mentre, trattandosi in effetti di un "*contrarius actus*" dell'affidamento la vicenda rimane attratta alla giurisdizione esclusiva del G.A. secondo la disciplina degli artt.6 e 7 della legge 205/2000, come ridisegnata dalla Sentenza della Corte Costituzionale nr. 204/2004.

IIC) Dalla ricostruzione della fattispecie in termini di cessione di azienda, deriva che il "trasferimento" del contratto è atto obbligato tra il Comune e la società ***.

Esso è, intanto, conseguenza necessaria dell'avvenuta adesione del Comune di Taormina alla società d'ambito e non vi si potrebbe derogare, per l'assorbente motivo che il Comune di Taormina non ha più alcuna titolarità del servizio e delle relative funzioni, quindi non potrebbe "trattenere" la convenzione di affidamento del servizio alla società Messinambiente

di cui, pure, è socio. L'unica alternativa alla cessione- trasferimento del contratto, sarebbe in questo senso la risoluzione del medesimo: da ciò consegue che la società Messinambiente non ha interesse alla impugnazione dell'atto in epigrafe, perché il suo rapporto convenzionale continua con la società cessionaria, *** 4, fino alla scadenza del contratto, naturale o legale e se così non fosse la stessa contraente del negozio si vedrebbe esposta ad una ipotesi di risoluzione del rapporto concessorio che deriverebbe necessariamente dalla perdita del potere amministrativo in capo al Comune (la perdita di titolarità del potere inciderebbe su elementi essenziali del negozio, ossia la parte pubblica e la stessa causa della concessione o affidamento a seconda della sua qualificazione).

In realtà, a giudizio del Collegio, *** 4 s.p.a., non solo è subentrato nella convenzione di affidamento in concessione del servizio, ma dovrebbe anche (e prima ancora) subentrare nella titolarità delle quote di Messinambiente che il Comune di Taormina ha sottoscritto e detiene. Anche il contratto associativo di adesione tra il Comune e la Società mista è infatti strumentale alla gestione del servizio di igiene pubblica, tanto che ha consentito al Comune di affidare il servizio medesimo alla società in quanto dallo stesso partecipata e quindi è

parte del patrimonio del Comune e delle relative funzioni trasferite.

*** 4 è chiamata, quindi, a rendersi parte negoziale del trasferimento dell'azienda per effetto della medesima fonte che ha imposto al Comune di Taormina di cedere il servizio. L'unica cosa che resta impregiudicata è la questione dell'accertamento concreto della consistenza dei beni oggetto dell'azienda ceduta: ma la relativa questione (che in ogni modo non è stata sollevata nel primo dei due ricorsi riuniti e né si rende comunque prospettabile nel secondo ricorso) è soggetta alla giurisdizione del giudice ordinario.

Dunque, ai soli fini ricostruttivi della presente fattispecie (ossia per evidenziare come, in atto, la società Messinambiente ha impugnato un atto per sé non lesivo), il Collegio rileva che, al fine di impedire il passaggio del contratto alla società *** 4 (e determinarne così la risoluzione, come detto sopra), si potrebbe (astrattamente) eccepire solo che, sulla scorta della su richiamata distinzione tra beni aziendali e contratti stipulati nell'esercizio della impresa, il contratto di affidamento del servizio di igiene alla società Messinambiente dovrebbe rientrare tra i secondi e non tra i primi; ma, nel titolo (ossia la delibera di adesione alla società d'ambito nr. 2/2002 più volte richiamata) non si fa alcuna espressa menzione di rapporti o

situazioni non trasferite e quindi, ex art. 2558 c.c., si deve intendere che le parti non hanno escluso alcunché, nel trasferimento del compendio aziendale del Comune dante causa alla società mista *** 4 (che è stata formata sulla scorta non solo della delibera commissariale nr. 2/2002, ma anche delle altre delibere di identico contenuto adottate dagli altri enti dell'Ambito, in conformità alle precise disposizioni in tal senso dettate dal Commissario delegato dell'emergenza rifiuti). Maggiore rilievo potrebbe (sempre astrattamente) rivestire la distinzione ai fini in esame, se la si riferisse al limite della non cedibilità dei rapporti relativi a contratti "personali" dell'imprenditore, che, appunto, non si trasferiscono ex art. 2558: come la dottrina ha infatti chiarito, questo limite vale solamente per i contratti stipulati nell'esercizio dell'impresa (in dottrina si avanza l'esempio dell'adesione dell'imprenditore ad una associazione sindacale o ad un patto di non concorrenza stipulato con altro imprenditore e simili), ma non a quelli "aziendali" veri e propri (come ad esempio il contratto di agenzia, di spedizione o di commissione) l'esclusione dei quali verrebbe a compromettere l'unitarietà del fenomeno e la tutela dell'interesse aziendale che il legislatore ha avuto di mira (e che prevale sull'interesse del contraente ceduto, il quale non è chiamato ad accettare la cessione, come

nell'ordinaria disciplina di cui all'art. 1406 c.c., ma ha solo una limitata facoltà di recesso da esercitarsi entro un termine di decadenza).

Sotto questo profilo, la partecipazione ad una società mista appositamente costituita o partecipata ed il relativo affidamento del servizio, potrebbero infatti considerarsi elementi soggettivi del contraente che hanno determinato il consenso dell'"imprenditore" pubblico dante causa; tuttavia, senza pretesa di definire l'ambito della questione che, all'evenienza, lo si ripete, potrà essere sottoposta alla cognizione del giudice ordinario, pare al Collegio che questo argomento "provi troppo", in quanto qualsiasi modalità amministrativa, normativamente prevista, di affidamento del servizio, in appalto o in concessione o per il tramite delle c.d. "esternalizzazioni", rende "infungibile" entro determinati limiti, la parte del gestore del servizio. La procedura di evidenza pubblica che ne determina la scelta, o le forme legalmente previste di "affidamento diretto", conseguono infatti tutte il medesimo fine di ritenere (o di far presumere) che quel soggetto individuato dalla P.A. come contraente, abbia particolari e peculiari caratteristiche che sono determinanti del consenso. In realtà, considerato il tipo di contratto posto in essere (negozio di affidamento del servizio in concessione a società partecipata), pare più convincente al

Collegio che tale modalità organizzativa sia la parte essenziale e predominante dei "beni aziendali" che - nel Comune di Taormina - erano deputati all'assolvimento del servizio e ne consentivano lo svolgimento, quindi è la stessa qualificazione di contratto rientrante tra i negozi "personalissimi" che non sembra accettabile. Ma, in ogni caso, qualsiasi di queste ipotesi fino a che non formi oggetto di una decisione giudiziale nella necessaria sede, resta mera teoria. Pertanto, in assenza di qualsiasi pronuncia del giudice civile, allo stato l'effetto contrattuale tipico dell'avvenuta adesione del Comune di Taormina alla società mista d'ambito non può prescindere dall'avvenuto trasferimento del contratto di igiene ambientale in esame.

Conclusivamente, il ricorso proposto dalla società Messinambiente è infondato, perché il trasferimento della convenzione dal Comune di Taormina alla società *** 4 è atto dovuto e vincolato, basato causalmente sull'intervenuta adesione del Comune alla società d'ambito non impugnata dalla società Messinambiente (la quale ha solo proposto ricorsi straordinari contro l'affidamento da parte della società d'ambito del servizio ad altra società e quindi, a rigore conferma la coincidenza dell'interesse della società al mantenimento del rapporto in essere con la società d'Ambito), giustificato normativamente dalle regole sulla cessione di azienda; come tale non presupponeva

alcun consenso da parte di quest'ultima. Inoltre, la società cessionaria non ha ancora efficacemente opposto alcun diniego alla cessione e qualsiasi questione in merito sarà dunque attratta alla cognizione del giudice ordinario.

Prima che infondato, il ricorso è inammissibile, in quanto rivolto avverso un atto non lesivo per la società ricorrente, la quale per effetto di esso è chiamata a continuare a gestire il servizio di cui si ritiene (ed è) titolare avendo come propria controparte non più il Comune di Taormina, originario dante causa, ma la società d'ambito, alle medesime condizioni convenzionali originarie (sotto questo profilo, non rilevano le ritenute ipotesi di minore solvibilità dell'organismo rispetto al Comune di Taormina, come prospettato dalla ricorrente Messinambiente, perché per effetto dei meccanismi di ripiano delle perdite delle società del genere di quello in esame e del tipo di rapporto esistente tra essa ed gli Enti che l'hanno costituita e/o partecipata, questi ultimi sono esposti con le loro risorse alle eventuali situazioni debitorie delle prime e quindi ne garantiscono comunque l'adempimento).

La parte pubblica, cessionaria dell'azienda, a sua volta, dovrà proporre di fronte al giudice civile ogni questione inerente l'accettazione o il rifiuto del contratto ceduto in seno al trasferimento delle

funzioni amministrative che il Comune di Taormina ha posto in essere, in quanto tra le suddette parti sussiste allo stato il tipico rapporto giuridico intercorrente tra Ente-socio e società ed all'interno di tale relazione negoziale la questione dovrà trovare compimento. A sottrarre il ricorso al difetto di giurisdizione non potrebbe comunque soccorrere il tentativo di "riconfigurare" il ricorso medesimo come una censura della funzione accertativa che il Comune nell'atto impugnato ha svolto (considerando le censure proposte come una sorta di contestazione dell'inserimento del contratto in essere nel compendio aziendale ceduto). La strumentalità di questa attività rispetto alle prestazioni contrattuali di adempimento del negozio di cessione è, infatti, evidente (a tacere del fatto che di tale impostazione nel ricorso nr. 1846/06 non si trova alcuna indicazione).

Sotto il profilo strettamente amministrativo, comunque, l'art. 4 dovrà verificare se sussistono i presupposti per ricondurre il servizio affidato alla società Messinambiente, come concretamente regolamentato dal Comune di Taormina, alle previsioni del Piano d'Ambito, integrandolo in esso ed anche eventualmente apportando - autoritativamente o consensualmente - le necessarie modifiche. Qualora ciò non sia possibile, o comunque non sussistano le ragioni di convenienza pubblica, o comunque il

rapporto esistente e le relative modalità di gestione pur modificate, restino irriducibili al Piano d'Ambito, allora dovrà provvedere di conseguenza, con gli ordinari poteri amministrativi e/o con gli strumenti civilistici a sua disposizione.

Quindi, anche sotto questa diversa ottica, si conferma che il ricorso nr. 1846/06 è inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice adito.

In ordine al ricorso nr. 1877/06, resta solo da verificare l'ammissibilità (ed in caso positivo, la eventuale fondatezza) della questione posta dalla ricorrente Messinambiente in ordine alla scadenza del contratto in essere con il Comune di Taormina (o meglio della *** 4) che nel provvedimento impugnato sarebbe indicata al 31 dicembre 2006, per effetto dell'art.113 comma 15 bis della legge 267/2000, come modificato dall'art. 14 del D.L. 269/2003, conv. in legge 350/2003.

Sulla questione della scadenza del contratto il Collegio non può palesemente pronunciarsi, in quanto la domanda è relativa ad una fattispecie futura, non ancora verificatasi, neppure meramente "enunciata" nell'atto impugnato, ma solo prospettata nelle difese in atti, quindi in ogni caso senza alcuna efficacia vincolante e dispositiva da parte dell'Autorità emanante. Pertanto, la questione dovrà essere riproposta quando si verificheranno atti concreti che

dispongano in merito ed in tal senso, pertanto, il ricorso è inammissibile allo stato.

Conclusivamente, anche il secondo ricorso deve ritenersi inammissibile e comunque infondato, per le ragioni espresse; tra queste due diverse soluzioni, il Collegio preferisce una pronuncia di inammissibilità, rispetto a quella della infondatezza della domanda, considerato che appaiono prevalenti gli aspetti sopra richiamati relativi alla palese carenza di interesse della società ricorrente avverso un provvedimento alla stessa favorevole o comunque non lesivo.

Stante la complessità della soluzione offerta dal Collegio alle questioni proposte, sussistono evidenti ragioni per la compensazione integrale delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - Sezione staccata di Catania - Sezione prima, riuniti i ricorsi in epigrafe:

- **dichiara inammissibile** il ricorso nr. 1846/06 **per difetto di giurisdizione** del giudice adito e
- **dichiara inammissibile** il ricorso nr. 1877/06 **per carenza di interesse.**

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Catania, nella Camera di consiglio del
20.07.2006.

L'ESTENSORE

Dott. Salvatore Gatto Costantino

IL PRESIDENTE

Dott. Pancrazio M. Savasta

Depositata in Segreteria il 26 ottobre 2006