

Publicato il 21/12/2017

N. 01470/2017 REG.PROV.COLL.
N. 01206/2012 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1206 del 2012, proposto da:
Comune di Mozzo, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli avvocati Pietro Ferraris, Enzo Robaldo,
domiciliato ex art. 25 cpa presso T.A.R. Segreteria in Brescia, via
Carlo Zima, 3;

contro

Provincia di Bergamo, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Giorgio Vavassori, Bortolo Luigi
Pasinelli e Katia Nava, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avv.to Enrico Codignola in Brescia, Via Romanino,16;
Regione Lombardia, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Gianelli, con
domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Donatella Mento in
Brescia, Via Cipro, 30;

per l'accertamento

DELL'OBBLIGO DELLA PROVINCIA DI SOSTENERE GLI ONERI ECONOMICI RELATIVI AL TRASPORTO SCOLASTICO E ALL'ASSISTENZA ALLA PERSONA DEGLI STUDENTI DISABILI CHE FREQUENTANO LE SCUOLE SECONDARIE DI SECONDO GRADO;

e per la condanna

DELLA PROVINCIA DI BERGAMO ALLA RESTITUZIONE DI QUANTO INDEBITAMENTE CORRISPOSTO DAL RICORRENTE COMUNE, OLTRE A RIVALUTAZIONE ED INTERESSI;

e per l'annullamento

DELLA NOTA PROVINCIALE 12/6/2012 E (OVE OCCORRA) DELLA DELIBERAZIONE DELLA GIUNTA PROVINCIALE 16/5/2008 N. 236.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Bergamo e della Regione Lombardia;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2017 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Ente locale ricorrente agisce in giudizio per recuperare dalla Provincia di Bergamo le spese sostenute, a suo avviso indebitamente, per garantire l'assistenza "ad personam" e il trasporto agli alunni delle scuole superiori residenti sul territorio comunale.

Riferisce che il quadro normativo nazionale e regionale è chiaro nell'attribuire alla Provincia l'onere economico (il cui "peso" è attenuato dall'erogazione di finanziamenti regionali), e che tuttavia detto Ente – pur ritualmente sollecitato – ha negato il rimborso delle spese anticipate dal Comune, malgrado sulla questione si sia formato un consolidato orientamento presso i giudici amministrativi di primo e di secondo grado.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione il ricorrente promuove azione di accertamento per l'individuazione del soggetto pubblico tenuto a farsi carico della spesa, esponendo i seguenti profili di censura:

a) Violazione e falsa applicazione dell'art. 139 comma 7 del D. Lgs. 112/98, degli artt. 12, 13 comma 3, 26 comma 2 della L. 104/92, dell'art. 6 comma 1 della L. 328/2000, degli artt. 12 e 13 comma 1 della L.r. 3/2008, dell'art. 6 della L.r. 19/2007, dell'art. 2033 del c.c., eccesso di potere per disparità di trattamento, illogicità e irragionevolezza manifesta, travisamento dei fatti, carenza dei presupposti, difetto di istruttoria e erroneità della motivazione, dato che l'uniforme giurisprudenza identifica la Provincia quale Ente obbligato a erogare il servizio di trasporto gratuito (e di assistenza *ad personam*) a favore degli studenti diversamente abili che frequentano scuole diverse da quella dell'obbligo;

b) Violazione dell'art. 107 del D. Lgs. 267/2000 per incompetenza dell'Assessore ad adottare il provvedimento di diniego.

Si è costituita in giudizio la Provincia di Bergamo, sostenendo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e sollevando plurime eccezioni in rito. Nel merito, ha concluso per l'infondatezza del ricorso.

In esito all'ordinanza di questo T.A.R. 6/4/2017 n. 459 è stata disposta l'integrazione del contraddittorio nei confronti della Regione Lombardia, la quale si è costituita in giudizio eccependo il difetto di giurisdizione di questo T.A.R.

Alla pubblica udienza del 22/11/2017 il gravame introduttivo è stato chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

DIRITTO

Deve essere preliminarmente affrontata la questione della giurisdizione di questo T.A.R. sulla presente controversia.

Il Collegio ritiene che l'eccezione sollevata in proposito dalla Provincia di Bergamo e dalla Regione Lombardia sia fondata, e pertanto rivede l'indirizzo assunto nelle proprie precedenti decisioni (cfr. per tutte sentenza Sez. II – 13/7/2011 n. 1044).

Il *revirement* è giustificato dalle numerose pronunce, tra loro omogenee, che si sono susseguite sul tema controverso, in epoca successiva a quella in cui questo T.A.R. è intervenuto affermando la propria giurisdizione.

1. Il Consiglio di Stato, sez. V – 3/2/2015 n. 498, ha esaminato proprio una domanda di accertamento delle competenze circa il servizio di trasporto e di assistenza educativa *ad personam* a favore di studenti con disabilità, frequentanti gli istituti di istruzione secondaria di secondo grado (accompagnata dall'istanza di annullamento della nota provinciale recante il diniego di rimborso e di condanna a restituire quanto indebitamente pagato). Premesso che – come nel caso di specie – il servizio era stato assunto dall'autorità comunale “*al di fuori di qualsiasi convenzione o accordo amministrativo tra gli stessi enti*”, il giudice d'appello ha ravvisato la proposizione in concreto di una comune “*azione di indebito arricchimento ai sensi dell'art.*

2041 c.c. che richiede, infatti, come elementi integrativi della fattispecie, una diminuzione patrimoniale di una parte (i Comuni che hanno gestito il servizio), cui fa riscontro un arricchimento dell'altra (la Provincia che non lo ha assunto) che risulta privo di giusta causa (poiché si ipotizza che sia la Provincia ad avere la relativa competenza e non il Comune)". Anche nell'odierna controversia, l'azione intentata – tesa a ottenere il rimborso di quanto indebitamente anticipato – è qualificabile come azione di indebito arricchimento.

1.1 A fronte di detta qualificazione, *“allora deve concludersi esattamente che, a seguito della sentenza della Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 204 non appartiene più alla giurisdizione del giudice amministrativo, neppure nella materia dei pubblici servizi, e rientra dunque in quella del giudice ordinario, la controversia avente ad oggetto l'azione di indebito arricchimento (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 7 giugno 2013, n. 3133). Peraltro, le stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che la giurisdizione sulle azioni di indebito arricchimento spetta al G.O., trattandosi di istituto civilistico che dà luogo a situazioni di diritto soggettivo perfetto anche quando parte sia una P.A., salvo il limite interno del divieto di annullamento e di modificazione dei provvedimenti amministrativi (cfr. Cassazione civile, Sez. Un. 18 novembre 2010, n. 23284)”*. Pertanto, considerato che la domanda riguarda una pretesa che, come affermato anche dal giudice della giurisdizione, ha natura di diritto soggettivo, direttamente discendente dalla legge, la giurisdizione *in subiecta materia* appartiene all'A.G.O., e attrae a sé anche la nota recante il diniego di rimborso, la quale non è un atto autoritativo bensì paritetico, che non incide in nessun modo su interessi legittimi.

1.2 Infine, con riferimento alla domanda di accertamento delle competenze circa il servizio di trasporto a favore di studenti con

disabilità frequentanti gli istituti di istruzione secondaria di secondo grado, il Consiglio di Stato ha rilevato che *“tale domanda assume una valenza, in concreto, meramente strumentale rispetto alla domanda ex art. 2041 c.c., poiché tale accertamento è servente all’individuazione di un arricchimento della Provincia privo di giusta causa, ipotizzandosi, come detto, che sia la Provincia ad avere la relativa competenza e non il Comune; dunque, essa è servente rispetto all’individuazione di un elemento costitutivo della fattispecie dell’ingiustificato arricchimento (l’assenza di giusta causa) e, come tale, non può che essere attratto alla cognizione del giudice che ha la cognizione sulla relativa domanda, ovvero, per quanto detto, il Giudice Ordinario”*.

2. L’indirizzo che nega la giurisdizione amministrativa è stato condiviso anche dai giudici di primo grado. In particolare, T.A.R. Lombardia Milano, sez. III – 5/1/2016 n. 11 ha aderito al medesimo percorso argomentativo della sentenza del Consiglio di Stato appena evocata.

2.1 Il T.A.R. Piemonte, sez. II – 26/6/2015 n. 1064, è pervenuto alle stesse conclusioni. Dopo aver rammentato che *“... la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 204/04 ha ribadito il principio secondo il quale il riparto di giurisdizione tra Giudice Ordinario e Giudice Amministrativo è, dalla Costituzione, fondato sulla natura delle situazioni soggettive fatte valere in giudizio, dovendosi conseguentemente ritenere che la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo si giustifichi – e sia come tale conforme a Costituzione – solo laddove si ravvisi una profonda compenetrazione tra situazioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo e, nel caso in cui si faccia questione di meri comportamenti della Pubblica Amministrazione, questi risultino mediati dall’esercizio di un pubblico potere”*, ha statuito che *«Come noto l’art. 133 comma 1 lett. c), c.p.a., pur riconfermando la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo in materia di pubblici servizi,*

ha solo parzialmente recepito l'art. 33 comma 2 D. L.vo 80/98: nella formulazione della nuova norma, difatti, è scomparso sia il riferimento specifico alle controversie riguardanti la pubblica istruzione sia il riferimento alle "attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale": tali modifiche si spiegano, evidentemente, con la genericità di tale locuzione, di per sé idonea a inglobare situazioni di diritto soggettivo, e con la necessità di adeguare le previsioni del nuovo codice alle indicazioni impartite dalla Corte Costituzionale nella ricordata celebre sentenza: il Collegio rileva, in particolare, che (non a caso) l'art. 133 comma 1 lett. c) devolve oggi al Giudice Amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi solo se: a) abbiano ad oggetto concessioni di pubblici servizi; ovvero se b) siano "relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore del pubblico servizio; ovvero ancora se c) siano "relative all'affidamento di un pubblico servizio". Dall'art. 133 comma 1 lett. c) e' invece totalmente scomparso ogni riferimento alle mere attività ed alle prestazioni di carattere patrimoniale>>. Alla luce di ciò, il T.A.R. ha rilevato <<che nel caso di specie il Comune di Busca non impugna alcun atto o determinazione della Provincia di Cuneo, né invoca alcun atto di natura autoritativa a fondamento dell'esborso di danaro di cui pretende il rimborso: il Comune ricorrente si limita a dedurre di aver sostenuto, in luogo della Provincia di Cuneo, delle spese che ad essa Provincia competevano e che pertanto ora debbono essere rimborsate al Comune, e ciò per una causale che il Collegio ritiene di dover qualificare (in mancanza di specificazione da parte del Comune) come di indebito oggettivo: il presente giudizio, dunque, in definitiva ha ad oggetto una pretesa di natura economica in relazione alla quale non si deduce che trovi origine in un provvedimento autoritativo (cioè nell'esercizio di potestà pubbliche). ... Oltre a ciò si aggiunga la considerazione che con le domande formulate nel presente giudizio il Comune di Busca chiede l'integrale rimborso delle somme anticipate, come se detto rimborso fosse dovuto e costituisse pertanto un obbligo

incondizionato a carico della Provincia di Cuneo ed un correlativo diritto soggettivo perfetto in capo al Comune di Busca. Essendo noto che la giurisdizione deve essere determinata in base al c.d. petitum sostanziale (ex multis: C.d.S. Sez. V, n. 2059/2015), cioè in base alla natura della situazione fatta valere in giudizio, ed essendo evidente, per le ragioni già esplicitate al punto che precede, che la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo in materia di pubblici servizi sussiste solo laddove sia ravvisabile l'esercizio - anche illegittimo - di potestà pubbliche, esercizio che invece nel caso di specie non si coglie, dovendosi a tal fine avere riguardo ai rapporti interni tra il Comune di Busca e la Provincia di Cuneo, e non certo alle determinazioni assunte dal Comune di Busca verso gli alunni beneficiati; per tutte le dianzi esposte ragioni il Collegio ritiene che questo Tribunale difetti di giurisdizione in ordine alle domande introdotte nell'ambito del presente giudizio>>.

3. Recentemente, anche la Corte di Cassazione (sez. unite civili – 29/8/2017 n. 20494) si è pronunciata, in una causa dove un'Azienda Sanitaria pugliese proponeva domanda di rivalsa nei confronti di alcuni Comuni. Il *petitum* sostanziale è stato individuato “nella domanda di ripetizione delle somme pagate dall'azienda USL di Bari nei confronti dei Comuni coinvolti dal servizio di trasporto disabili a fini di riabilitazione, organizzato e apprestato dalla predetta azienda concludendo un contratto di appalto di pubblici servizi con un consorzio”. La Corte ha statuito che “Nella specie ... la domanda non è proposta dal concessionario del pubblico servizio ne' vi è alcuna verifica dell'esercizio dei poteri discrezionali della P.A., dal momento che il servizio è stato eseguito da parte dell'autorità amministrativa funzionalmente competente in via esclusiva ad organizzarlo ... ed il fatto impeditivo del pagamento riguarda soltanto la negazione della titolarità passiva dell'obbligo e non anche l'esercizio in concreto del servizio pubblico svolto La domanda che coinvolge la questione di giurisdizione non riguarda infatti ne' la

titolarità del diritto o dell'interesse legittimo all'erogazione del servizio ne' il rapporto con il soggetto che è tenuto a svolgere il servizio in concessione o in virtù di un contratto d'appalto pubblico". Ha quindi affermato, dopo aver ripercorso il quadro normativo in materia, che <<i Comuni interessati al servizio di trasporto handicap a fini riabilitativi, organizzato ed eseguito direttamente dalle AUSL, siano tenuti ex lege a concorrere alla spesa per tale servizio pur non essendo tenuti in via esclusiva all'onere economico del servizio stesso. Tale obbligazione concorrente dà luogo ad un diritto di credito di cui è titolare la AUSL che ha eseguito il servizio, assoggettato alla giurisdizione del giudice ordinario in quanto fondato sia in ordine all'an che al quantum esclusivamente su norme di legge. Come già osservato nel § 7, oggetto del presente giudizio non è né il diritto dei portatori di handicap al servizio socio sanitario integrato né la verifica dell'esercizio del potere amministrativo di ripartizione delle funzioni o degli oneri economici connessi al trasporto handicap a fini riabilitativi tra AUSL e Comuni coinvolti. La definizione delle attribuzioni e delle competenze è predeterminata dalla legge ed è espressamente indicato, con previsione legislativa vincolante, che i costi del trasporto costituiscono un'obbligazione concorrente in capo ai due soggetti pubblici interessati>>.

4. Da ultimo, merita di essere sottolineato come il Tribunale di Bergamo abbia deciso cause di contenuto analogo a quella in esame, proposte da Comuni nei confronti della Provincia di Bergamo per accertare l'obbligo della convenuta di garantire il servizio di assistenza e trasporto gratuito agli alunni disabili delle scuole secondarie, e la condanna al pagamento di quanto corrisposto dall'Ente locale attore ex art. 2043 o 2041 c.c. In proposito, il Collegio richiama la sentenza della sez. III civile – 18/4/2017 n. 1007 e la sentenza della sez. IV civile – 9/12/2015 n. 2830 (cfr. deposito regionale del 20/10/2017): la seconda, in particolare, ha

affrontato il tema della giurisdizione, riconoscendo come pacifico il fatto che *“non sia in questione la valutazione dell’esercizio del potere autoritativo delle pubbliche amministrazioni coinvolte nella controversia, ravvisandosi la causa petendi nella pretesa restitutoria azionata dal Comune di Clusone, la quale rinviene il proprio presupposto nel rapporto paritario sussistente tra le amministrazioni coinvolte nella vicenda”*.

5. Conclusivamente, il ricorso all’esame va dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, con contestuale declaratoria della giurisdizione del giudice ordinario, dinanzi al quale il giudizio potrà essere riassunto, nei termini e per gli effetti di cui all'art. 11 cod. proc. amm..

6. In considerazione dei precedenti di segno opposto di questo T.A.R., le spese di lite devono essere integralmente compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla presente controversia, rientrando essa nell’ambito di giurisdizione del giudice ordinario.

Termini di legge per la riassunzione dinanzi all’A.G.O.

Spese compensate.

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione, che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Stefano Tenca

IL PRESIDENTE
Roberto Politi

IL SEGRETARIO