



ingiuntivo n. 950/2020, emesso in data 27.05.2020 e notificato il successivo 29.05.2020, con il quale ha ingiunto a [REDACTED] titolare dell'omonima impresa individuale, il pagamento della somma di € 14.080,33 (oltre interessi e spese di procedura) a titolo di corrispettivo concordato per la gestione dei locali in uso per l'esercizio dell'attività di bar e somministrazione di alimenti e bevande presso il dipendente ospedale [REDACTED] in specie dovuto per il periodo successivo alla cessazione dell'efficacia del contratto (periodo 1.08.2017 – 31.10.2017), oltre che al rimborso delle spese relative alle utenze dell'anno 2016, rispettivamente pari ad € 10.786,33 ed € 3.294,00, come da fatture allegate. Con atto di citazione notificato a mezzo PEC il 30.06.2020, l'ingiunta ha promosso tempestiva opposizione avverso il decreto ingiuntivo, chiedendone l'annullamento e/o la revoca, premettendo in sintesi e per quanto di interesse:

- di avere gestito ininterrottamente, a far data dal 5 febbraio 2009, il bar collocato all'interno dell'Ospedale [REDACTED] in forza di un "contratto di sub-locazione per uso di spazi per apertura e gestione, nell'ambito del dipendente Ospedale di [REDACTED] di bar interno per la distribuzione e somministrazione di generi alimentari e bevande", stipulato con il [REDACTED] opposto (doc. 2), dietro versamento di un corrispettivo annuo di € 33.400,00 (oltre IVA);
- di avere ricevuto, in data 21 febbraio 2017, raccomandata con cui il Circolo Ricreativo comunicava formalmente la "disdetta del contratto sottoscritto in data 5.02.2009" (doc. 4), prontamente contestata (doc. 5);
- di avere appreso, in seguito ad accesso agli atti amministrativi (doc. 6), non soltanto della serie di delibere adottate dai dirigenti p.t. dell'Ente pubblico volte a rinnovare e prorogare ai [REDACTED] del territorio (tra cui l'opposto) l'affidamento degli spazi pubblici presenti presso gli Ospedali della Provincia concessi sin dalla deliberazione n. 431/c del 13.05.1989 senza l'indizione di alcuna procedura ad evidenza pubblica per la scelta del concessionario, ma anche della "abnorme sproporzione" tra il canone dalla stessa pattuito e corrisposto al [REDACTED] (€ 33.400,00) e quello che quest'ultimo versava all'Ente (€ 3.145,00) per il medesimo godimento;
- di avere raggiunto un accordo con l'Azienda Socio-Sanitaria Territoriale di [REDACTED] - nelle more della procedura di gara aperta, bandita nel 2018, per affidamento in concessione dell'attività commerciale di bar presso i presidi ospedalieri interessati (doc. 11) – formalizzato con la stipula di un contratto di transazione in data 24.06.2019 (doc. 16), al quale è rimasta estranea [REDACTED] al fine di regolarizzare la posizione con l'Ente per l'occupazione dei locali dal 1.11.2017 al 31.05.2019, pattuendo una somma complessiva (€ 36.296,43) a titolo di indennità di occupazione.

A fronte di tali premesse in fatto, l'opponente ha eccepito e dedotto:



1) il difetto di giurisdizione del G.O. e la sussistenza della giurisdizione esclusiva del G.A., trattandosi di controversia non limitata al rapporto da cui è sorto il credito ingiunto, ma estesa e involgente l'esistenza stessa della concessione al [REDACTED] del pubblico servizio (gestione del servizio di bar all'interno di un ospedale pubblico), nullo *ab origine* per omesso espletamento da parte della P.A. delle procedure ad evidenza pubblica per l'individuazione del concessionario;

2) infondatezza nel merito della pretesa creditoria per invalidità del sub-contratto/subconcessione, affetto da:

- nullità derivata per inesistenza/nullità della concessione in capo a [REDACTED] non avendo essa alcun (valido) titolo per lo sfruttamento commerciale dello spazio pubblico;

- nullità assoluta per violazione di norma imperativa ex art. 7 del D.P.R. n. 41/2001 (*ratione temporis* vigente), che vieta la subconcessione totale o parziale dei beni immobili demaniali e patrimoniali dello Stato;

- nullità derivata per violazione del divieto di cessione della concessione, valorizzando i riflessi pubblicistici ed il principio dell'*intuitus personae* nel rapporto con la P.A. (desunti dall'art. 30 D.lgs n. 163/2006 e, oggi, dal D.lgs n. 50/2016), in mancanza di qualsiasi autorizzazione alla cessione del contratto;

3) infondatezza nel merito della pretesa creditoria, ove ricondotta nello schema della locazione tra privati e insussistenza di accordo sull'*an* e prova del *quantum* delle spese per consumi e utenze (riscaldamento e acqua), essendo l'esercizio commerciale privo di contatori dell'acqua.

In ragione dell'eccepta nullità (diretta o derivata) della convenzione di "sub-locazione", l'opponente ha domandato, in via riconvenzionale, la ripetizione delle somme indebitamente corrisposte a [REDACTED] nel corso del rapporto per complessivi € 280.916,66 (oltre IVA) e chiesto la condanna dell'opposto al risarcimento del danno per perdita dell'avviamento, quantificato in 18 mensilità dell'ultimo canone corrisposto (€ 62.100,00), ai sensi dell'art. 34 L. n. 392/1978.

Il fascicolo è stato iscritto a ruolo in data 3.07.2020 e assegnato alla Sezione II per materia/codice oggetto. Il giudice designato, con decreto del 20.07.2020, "letto il ricorso", ha fissato ex art. 415 c.p.c. la discussione della causa per l'udienza del 4.07.2021 con gli avvertimenti di rito.

Con memoria di costituzione e risposta depositata il 18.02.2021, si è costituito il [REDACTED] di [REDACTED] [REDACTED] avanzando, in via preliminare, istanza di autorizzazione alla chiamata in causa di ASST di [REDACTED] al fine di essere manlevata e tenuta indenne dall'Ente in caso di condanna alla restituzione di qualsivoglia importo in ordine alla domanda riconvenzionale dell'opponente.

Ha, quindi, preso specifica posizione sulle questioni eccepite e rilevate dalla difesa avversa, evidenziando in fatto che:



- l'atto di concessione stipulato in data 1.09.1989 in forza della Deliberazione n. 431/C del 19.05.1989 del dirigente p.t. dell'U.S.S.L. di ██████████ (PV), per la durata di anni sei, perseguiva lo scopo di fornire, a parità di standard qualitativi, un servizio di *"ristoro agli associati a prezzi vantaggiosi rispetto ad analoghe attività esterne"* e autorizzava il ██████████ ad avvalersi in via esclusiva di un sub-concessionario, riservata ogni facoltà di *"revoca senza indennizzo alcuno per motivi di pubblico interesse e ove la concessione divenisse pregiudizievole alle finalità pubbliche cui l'Ente è tenuto"* (doc. 2);
- l'atto di concessione è stato di volta in volta rinnovato/prorogato dai direttori generali p.t. delle Aziende Sanitarie Locali (nelle denominazioni *medio tempore* assunte) in forza delle delibere n. 418/DGI del 26.04.1995 (doc. 3), n. 672 del 2.12.2003 (doc. 4), n. 141 del 29.02.2008 (doc. 7 e 8), n. 809 del 16.12.2010 (doc. 10), n. 652 del 27.10.2011 (doc. 11) e n. 666 del 15.12.2015 (doc. 12), fino alla raccomandata del 16.02.2017 (doc. 13) con cui l'ASST di ██████████ comunicava al concessionario la conclusione del rapporto a far data dal 31 ottobre 2017.

In diritto, la difesa di parte opposta ha rilevato, in sintesi, la ricorrenza di un litisconsorzio necessario con la P.A. e il difetto di giurisdizione del G.O. in luogo del G.A. sulla domanda riconvenzionale avanzata dall'opponente, non potendosi ravvisare i presupposti per l'esercizio del potere di disapplicazione degli atti asseritamente illegittimi da parte del G.O. e, quanto al titolo fondante la domanda principale, l'infondatezza dell'asserita invalidità derivata o viziante del contratto di subconcessione/sublocazione, per le ragioni articolate come in atti. Ha, inoltre, rappresentato che pure ove fosse nullo, il contratto del 5.02.2009 sarebbe convertibile ex art. 1424 c.c. in quello voluto dalle parti, accostabile alla locazione di immobile ad uso commerciale, avendone i requisiti di forma e sostanza, giacché regolarmente registrato.

Nel merito, rilevando la sussistenza di un credito certo, liquido ed esigibile e fondato su prova scritta, ha insistito per la concessione della provvisoria esecutorietà ex art. 648 c.p.c. e per il rigetto dell'opposizione e delle domande riconvenzionali.

In subordine ha svolto una serie di domande ed eccezioni, riconvenzionali e/o in senso stretto, tra cui:

- la prescrizione del credito restitutorio per le diciotto mensilità scadute con decorrenza dal 1.02.2009;
- la compensazione del credito restitutorio con quanto dovuto dall'*accipiens* a titolo di indebito arricchimento ex art. 2041 c.c.;
- la condanna della P.A. terza chiamata *"affinché, nella denegata ipotesi di condanna dell'associazione convenuta alla restituzione di qualsivoglia importo, l'Ente garantisca l'associazione stessa dalle conseguenze patrimoniali pregiudizievoli che ne deriverebbero"*.



In ogni caso, con condanna dell'opponente al risarcimento del danno per responsabilità processuale aggravata, ex art. 96 c.p.c.

Autorizzata la chiamata in causa del terzo e disposto il differimento della prima udienza al 26.05.2022, si è costituita la ASST di [REDACTED] con memoria di risposta dell'11.05.2022, eccependo:

- in via pregiudiziale, il difetto di legittimazione passiva sulla chiamata in garanzia o manleva di [REDACTED] e il difetto di giurisdizione dell'A.G.O. in favore del G.A. sulla domanda riconvenzionale dell'opponente;
- nel merito, in via preliminare, ha eccepito la prescrizione del diritto al risarcimento del danno di [REDACTED]
- nel merito, in senso stretto, aderendo alla posizione del chiamato, ha dedotto l'infondatezza della domanda riconvenzionale per insussistenza del vizio di nullità degli affidamenti (per i motivi articolati in atti) e comunque per la carenza di interesse dell'opponente a far valere la nullità degli atti di concessione, avendone beneficiato nel corso del rapporto.

Ha comunque domandato, in ulteriore subordine ed in via riconvenzionale, la condanna dell'opponente a manlevare e tenere indenne l'ASST di [REDACTED] *“rispetto a crediti/pretese, anche di tipo risarcitorio, nascenti dai rapporti contrattuali intercorsi tra la stessa e il [REDACTED] invocando la pattuizione contenuta nell'accordo transattivo intercorso tra le parti.*

Con decreto del 12.05.2022 il giudice designato ha, quindi, differito la prima udienza al 22.09.2022 ai sensi dell'art. 418 c.p.c., disponendo la notificazione della memoria di risposta del terzo chiamato alle parti costituite a cura della cancelleria.

Nelle more della celebrazione della prima udienza, a seguito di variazione tabellare urgente con trasferimento delle materie soggette al rito ex art. 447 bis c.p.c. alla Sezione III civile, il fascicolo è pervenuto sul ruolo dello scrivente quale nuovo giudice titolare.

Sciolta la riserva assunta alla prima udienza del 22.09.2022, sono stati adottati i provvedimenti ritenuti opportuni volti a “regolarizzare” il rito effettivamente seguito, disponendone formalmente la conversione ex art. 426 c.p.c., con termine perentorio alle parti fino al 23.12.2022 per provvedere all'eventuale integrazione degli atti introduttivi mediante deposito di memorie e documenti in cancelleria.

Ciascuna delle parti ha depositato memoria integrativa difensiva.

Quindi, le parti hanno precisato le conclusioni e la causa è stata discussa oralmente all'udienza del 19.01.2023, con ritiro in camera di consiglio per la decisione.

In coda di udienza, all'esito della camera di consiglio, è stata data lettura del dispositivo a verbale alla presenza dei procuratori delle parti, riservando il termine di giorni quindici per il deposito della sentenza.



**Ragioni giuridiche della decisione**

1§. Si impongono preliminarmente alcune osservazioni di ordine processuale, data la peculiarità delle vicende attinenti allo svolgimento del processo.

Questo giudizio trae origine dal decreto ingiuntivo avente ad oggetto il pagamento del canone di godimento di locali in uso all'opponente e per il rimborso delle spese relative alle utenze presso i medesimi locali asseritamente dovuti in forza di un contratto di "subconcessione" (così espressamente qualificato nel ricorso ex art. 633 c.p.c.), già cessato al momento della proposizione della domanda.

L'opposizione al decreto ingiuntivo è stata, quindi, introdotta con la forma dell'atto di citazione ad "udienza fissa", inizialmente indicata dall'attore per il 18.10.2020. L'atto è stato ritualmente notificato alla controparte a mezzo PEC in data 30.06.2020 e depositato in cancelleria per l'iscrizione a ruolo il successivo 3.07.2020.

Come si è avuto modo di evidenziare, nonostante la forma prescelta, il fascicolo è stato iscritto con il codice oggetto delle locazioni (e affini) e assegnato alla Sezione tabellarmente competente per materia.

Il giudice designato ha, di fatto, provveduto a fissare con decreto l'udienza di discussione ex art. 420 c.p.c. e a differire la prima udienza, a fronte delle memorie di costituzione e risposta con chiamata in causa di terzo e/o domande riconvenzionali cd. trasversali, depositate entro i dieci giorni antecedenti, richiamando espressamente l'art. 418 c.p.c.

In tal modo si è implicitamente disposto il mutamento del rito da ordinario a speciale, ex art. 447-bis c.p.c.

Al di là dei motivi sottesi a tale scelta di esclusivo appannaggio del giudice designato (probabilmente indotti dai plurimi richiami, nell'atto di citazione, al "*nomen iuris*" del contratto di sub-locazione sotteso alla domanda di pagamento e dallo svolgimento del procedimento di mediazione "obbligatoria" in materia di "locazioni" ad iniziativa della parte "ricorrente", v. doc. 23 fasc.opp.), le controparti hanno fatto affidamento sul mutamento del rito, regolando di conseguenza la forma e i termini per costituirsi tempestivamente in giudizio.

Ciò posto, come già questo giudice ha avuto modo di rilevare in sede di prima udienza, la peculiare situazione non ha determinato alcuna decadenza o preclusione, tenuto conto altresì che, anche a voler ritenere implicita la qualificazione del rapporto, l'opposizione introdotta nelle forme della citazione anziché del ricorso, comunque depositato entro i quaranta giorni dalla notifica del decreto ingiuntivo, vale come tale, in ossequio ai principi di diritto (i.e. conversione dell'atto processuale e raggiungimento dello scopo) elaborati dalla giurisprudenza di legittimità e recentemente confermati dalla Suprema Corte a Sezioni Unite, secondo cui: *"laddove come atto introduttivo del giudizio sia utilizzata la citazione anziché il ricorso come previsto dalla legge, la stessa può valere come ricorso, ma solo nel momento in*



cui, con il suo deposito nella cancelleria del giudice adito nel termine perentorio, abbia raggiunto lo scopo proprio di quell'atto, consistente nel portare a conoscenza del giudice la manifestazione di volontà di opporsi all'ingiunzione" (cfr. Cass., Sez. Un., 12/01/2022 n. 758; richiama, tra le meno recenti, in motiv. Cass. n. 194/1981; Cass., Sez. Un., n. 2714/1991; più recentemente, Cass., Sez. Un., n. 21675/2013).

Si è dunque adottata, nel pieno contraddittorio tra le parti, l'ordinanza di mutamento del rito ex art. 426 c.p.c. al fine di regolarizzare quanto già disposto, in modo da consentire a tutte le parti e principalmente all'attore di prendere posizione sulle domande ed eccezioni "nuove" e svolgere pienamente il diritto di difesa, in virtù dei principi di immediatezza, oralità e concentrazione che caratterizzano il processo del lavoro.

I principi dell'affidamento e di ultrattività del rito, anche in grado di appello (su cui, tra le altre, Cass n. 682/2005; Cass. n. 13918/2000; Cass. n. 7173/1997; v. pure Corte App. Milano, 4.02.2006) debbono quindi poter prevalere – nel caso di specie - anche sulle ragioni di connessione tra cause eventualmente soggette a riti diversi (cfr. Cass. n. 27297/2021).

Non si ravvisa, invece, alcuna ragione di unitarietà del processo legata alla sussistenza di un "litisconsorzio necessario" con la P.A., evocato dall'opposto, per la ragione (che si svilupperà più avanti, ma già evincibile) che il rapporto controverso non è "unico e comune a più parti" e, pertanto, non necessita di una pronuncia inscindibile.

Anche sull'azione restitutoria e risarcitoria avanzata, in via riconvenzionale, dall'opponente (arg. ex art. 167 c.p.c.), seguita dalla chiamata in causa del terzo da parte dell'opposto ai fini di garanzia (cfr. Cass. n. 25499/2021), trova applicazione il principio per cui: *"Nel caso in cui il convenuto in azione risarcitoria prospetti l'esistenza di una situazione che identifica un terzo come vero responsabile sul piano passivo della pretesa fatta valere dall'attore ma, senza postulare di sottrarsi, in forza di essa, alla responsabilità evocata dall'attore, chieda soltanto di essere manlevato dal terzo dalle conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'accoglimento della pretesa attorea, il giudizio sulla domanda principale e quello sulla domanda di garanzia restano, in tal caso, distinti e sono suscettibili di separazione ai sensi del secondo comma dell' articolo 103 del codice di procedura civile , ove di tale norma ricorrano i presupposti."* (cfr. Cass. n. 39691/2018).

È infine doveroso osservare che, in linea con la dottrina più autorevole, nel nostro ordinamento processuale la correttezza del rito non costituisce condizione per la pronuncia nel merito e, quindi, non si caratterizza come presupposto processuale. Da ciò si ricava anche il principio per cui nelle cause indicate nell'art. 447-bis c.p.c., parificate "quoad processum" al rito del lavoro, il giudice ha l'obbligo di provvedere al mutamento del rito solo quando la controversia si presenti, sin dall'atto introduttivo del



giudizio, estranea alla materia locatizia e non quando l'estraneità si desuma al momento della decisione di merito, come conseguenza dell'accertamento e dell'istruzione probatoria effettuata per pervenire alla decisione medesima.

Sempre in via preliminare, fermo che sulle domande principali la mediazione si è comunque svolta (v. doc. 23 fasc.opp e verb. neg. del 22.01.2021) sulla supposta inerenza della causa alla materia delle locazioni, va respinta ogni altra eccezione di improcedibilità della(e) domanda(e) svolte in via riconvenzionale.

L'indirizzo giurisprudenziale maggioritario e preferibile (v. Trib., Prato sez. I, 31/12/2021, n. 880; Trib. Taranto 02.05.2019; Trib. Roma 18.01.2017; Trib. Palermo 27.02.2016 ed altri), specie dopo il pronunciamento della S.C. a Sezioni Unite (cfr. Cass. n. 19596/2020), non ravvisa l'obbligo di esperire la mediazione obbligatoria anche a seguito della formulazione di una domanda riconvenzionale (alla quale va accostata anche la domanda cd. trasversale, rivolta verso chi è già parte del giudizio), ciò sulla base di plurimi e convincenti argomenti di carattere testuale (*"chi intende esercitare in giudizio un'azione"*, vale a dire chi intende instaurare un giudizio), logico e di interpretazione restrittiva e costituzionalmente orientata, finendo altrimenti per rimanere frustrata – senza un reale beneficio, in termini di deflazione del contenzioso – l'economicità delle risorse e la ragionevole durata del processo. È fatta salva la possibilità per il giudice, tenuto conto della natura della controversia e delle circostanze del caso, di disporre la mediazione delegata, ai sensi dell'art. 5, co. 2 D.lgs n. 28/2010 s.m.i.

Ad ogni modo, anche per l'indirizzo che aveva sposato la soluzione minoritaria (v. Trib. Roma 27.11.2014; Trib. Como, Sez. Cantù, 02.12.2012), l'obbligo di mediazione non sussiste per le domande proposte dal convenuto verso il terzo chiamato.

Oltre a tutto quanto detto, infine, neppure rientra in alcuna delle materie per le quali sarebbe prevista la mediazione obbligatoria ex art. 5, co. 1 bis D.lgs n. 28/2010 e s.m.i., la domanda riconvenzionale trasversale di manleva avanzata dal terzo chiamato verso l'opponente.

2§. Occorre, prima di tutto, evidenziare che è incontestato tra le parti ed è documentato dallo Statuto prodotto in atti (doc. 1 fasc.opp.) come il Circolo Ricreativo Aziendale dei Lavoratori dell'Ospedale di [REDACTED] non sia un ente pubblico (né un'impresa pubblica od organismo soggetto a controllo della P.A.), bensì un'associazione di fatto, non riconosciuta, senza scopo di lucro, soggetta alla disciplina codicistica di diritto privato (art. 36 ss c.c.), espressione della più ampia libertà associazione dei rappresentanti dei lavoratori (arg. ex art. 11 dello Statuto dei lavoratori) avente quale scopo sociale – tra gli altri - la gestione e la promozione di attività culturali, ricreative e assistenziali, in favore del personale dipendente del SSN (comparto ospedaliero).

È altresì indubbio che in tale veste di soggetto privato, il [REDACTED] dell'Ospedale di [REDACTED] abbia



stipulato in data 1.09.1989 con l'Associazione dei Comuni dell'Oltrepò Pavese (in qualità di Ente responsabile dell'USSL n. 79 di [REDACTED] in esecuzione della deliberazione n. 431/C del 19.05.1989 (doc. 2 fasc. opp.), un "atto di concessione" per l'apertura e gestione, nell'ambito del dipendente ospedale, di uno "spaccio aziendale interno per la distribuzione e somministrazione di generi, alimenti e bevande", in forza del quale (con specifico richiamo, all'art. 3, alla "locazione di che trattasi" e alle disposizioni di cui alla Legge 392/1978 sugli immobili urbani) è stato concesso al [REDACTED] l'uso dei locali e degli spazi dietro pagamento di un "canone" fissato in L. 100.000 mensili, oltre al rimborso delle spese inerenti all'utilizzo dei relativi servizi (luce, acqua, elettricità, riscaldamento, ecc.), "da desumersi a consuntivo a cura del Settore tecnico dell'Ente e da pagarsi presso il domicilio del locatore in due rate semestrali scadenti il 30/6 e il 31/12 di ogni anno". La durata della concessione era fissata in anni sei con decorrenza dal 1° giugno 1989 (scadenza il 31.05.1995), ferma la facoltà dell'USSL di "revocare senza indennizzo alcuno per motivi di pubblico interesse e ove la concessione divenisse pregiudizievole alle finalità pubbliche cui l'Ente è tenuto" (art. 5).

In forza di successive deliberazioni adottate dall'Azienda Sanitaria Locale, il rapporto di cui sopra è stato, di volta in volta, rinnovato alle stesse condizioni originariamente pattuite, con la sola sostanziale rideterminazione e/o aggiornamento del canone d'uso in € 3.145,00 annui.

Ciò è quanto risulta dagli atti di concessione, prodotti dall'opposto in progressione cronologica (v. doc. 4, 6, 7, 8, 10, 11, 12), i quali coprono il periodo che va dal primo rinnovo del 22.05.1995 (rep. [REDACTED] 32, doc. 3) fino al 31.10.2017 (doc. 13), allo scopo - espresso in ogni deliberazione - di garantire continuità nell'esercizio della funzione istituzionale propria del [REDACTED]

L'ingiunzione di pagamento avanzata dal [REDACTED] nei confronti dell'opponente si fonda invece - in modo altrettanto pacifico e documentato - sul "contratto di sub-locazione per uso di spazi", stipulato tra le parti in data 5.02.2009 (doc. 2 fasc. oppon., doc. 5 fasc. opp.), con cui il primo - richiamati nelle "premesse" le delibere e gli atti di concessione *medio tempore* adottati dall'Ente pubblico - ha concesso "in locazione" all'impresa individuale dell'omonima titolare [REDACTED] i locali nell'ambito del detto ospedale per l'apertura e gestione del bar, con durata di anni sei (salvo tacito rinnovo per eguale periodo e alle medesime condizioni, in mancanza di disdetta) e per un canone annuo pattuito in € 33.400,00 (oltre Iva). Pure a carico del "sub-conduttore" sono state poste le spese relative al servizio di pulizia e alla fornitura dell'acqua, energia elettrica e di altri servizi comuni, salva la facoltà del "sub-locatore" di installare un contatore per misurare il consumo dell'acqua (nel qual caso, oltre al rimborso del prezzo "a consumo" dell'acqua, sarebbero stati a carico del sub-conduttore anche il costo del noleggio, lettura e manutenzione; art. 12). Inoltre, ripetendo, anche numericamente (art. 5), lo schema degli atti di concessione del 1989 e 1995, il [REDACTED] ha espressamente riservato a sé la "facoltà di revoca senza



indennizzo alcuno e per motivi di pubblico interesse e ove la sub-concessione venisse ad essere pregiudizievole alle finalità pubbliche”.

La predetta scrittura privata si colloca, in realtà, in un momento temporale successivo ad altro contratto di analogo tenore (salvo che per il canone, fissato in diecimila euro annuali, oltre IVA), stipulato tra le stesse parti il 27.01.2005 per la durata di anni sei, ma con decorrenza retroattiva al 1.02.2002 (doc. 5 fasc.opp.), il quale non rileva ai fini della decisione.

È agevole osservare, comunque, che il rapporto tra le parti – prettamente privatistico – si sia protratto, quantomeno dal 1.02.2009, senza soluzione di continuità, in forza del tacito rinnovo alla prima scadenza, fino a tutto il 31.10.2017. A quel momento, infatti, deve riferirsi la scadenza del rapporto di concessione tra l’Azienda sanitaria e il [REDACTED] (doc. 13 fasc.opp.) e la susseguente comunicazione di cessazione del rapporto tra quest’ultimo e la [REDACTED] (doc. 14 fasc.opp.).

Da ciò consegue, come primo punto fermo, che il secondo richiamato contratto ha perciò esaurito i propri effetti a seguito dell’esaurimento degli effetti giuridici del primo.

Ad ulteriore riprova di ciò e per tale ragione, venuto meno il rapporto rispettivamente assunto con il [REDACTED] l’ASST di [REDACTED] e [REDACTED] hanno raggiunto direttamente tra loro un accordo, in via transattiva (doc. 16 fasc.oppon.; doc. 15 fasc.terzo), regolando lo stato di fatto determinatosi a seguito della cessazione del titolo di occupazione dei locali di proprietà esclusiva dell’Ente, riconoscendo alla stessa di permanere nella gestione del bar, per il tempo determinato e alle stesse condizioni economiche pattuite con il [REDACTED] nelle more dello svolgimento della gara aperta indetta con delib. 28 del 26.01.2018 per l’individuazione del concessionario, secondo le procedure dell’evidenza pubblica di cui agli artt. 35, 60 e 164 del D.lgs n. 50/2016.

Non è necessario soffermarsi sulla qualificazione di tale ultimo accordo, ma non va trascurato il dato che il richiamo – contenuto nelle premesse testuali dell’accordo - alla natura giuridica della transazione “novativa” risulta fuorviante, allorché - prima di allora - è pacifico che alcun rapporto preesistente, riconducibile alla concessione-contratto, è intercorso direttamente tra le due parti.

**3§.** Sebbene la questione del difetto di giurisdizione del giudice adito sia la pregiudiziale per eccellenza, la stessa non può essere affrontata in modo compiuto, senza la previa qualificazione dei rapporti intercorsi tra le parti, come sopra ripassati.

Come noto, a differenza dell’attività di interpretazione del contratto, che è diretta alla ricerca della comune volontà dei contraenti e integra un tipico accertamento di fatto riservato al giudice di merito, l’attività di qualificazione giuridica è finalizzata a individuare la disciplina applicabile alla fattispecie e, affidandosi al metodo della sussunzione, è suscettibile di verifica in sede di legittimità non solo per ciò che attiene alla descrizione del modello tipico di riferimento, ma anche per quanto riguarda la rilevanza



qualificante attribuita agli elementi di fatto accertati e le implicazioni effettuali conseguenti (cfr. Cass. n. 15603/2021).

Quanto al primo (U.S.S.L. – ██████████ non vi sono dubbi che si tratti di un contratto di diritto pubblico, vale a dire di una concessione amministrativa.

Se la mera formulazione letterale appare travestirlo di un diverso contenuto, il principio dell'interpretazione sostanziale degli atti giuridici svela, piuttosto, trattarsi di concessione su beni pubblici (locali e spaccio interno aziendale del dipendente ospedale), strumentale a servizi complementari e non di una concessione "di servizi".

A ben vedere, infatti, l'esercizio di ristoro e bar nei locali attrezzati dell'ospedale non è l'attività dapprima svolta dall'amministrazione, ma viene rimessa al concessionario, al quale è stata appunto viene concesso il diritto di uso esclusivo del bene pubblico per finalità di pubblico interesse.

Nell'atto di concessione al ██████████ di ██████████ del 1989 (così nei successivi rinnovi) domina, infatti, l'uso sul "bene" di proprietà esclusiva dell'Ente pubblico e non l'attività (intrapresa e svolta dal concessionario o, se del caso, da un subconcessionario), rimanendo essa pur sempre vincolata ad una destinazione di pubblico interesse. È in tal senso, quindi, che devono intendersi i riferimenti letterali e normativi alla "locazione" di immobili urbani (i.e. prevalenza del bene, quale oggetto del godimento), senza che tali richiami siano capaci di incidere sotto il profilo causale della concessione, atteso che le finalità perseguite con il contratto non sono quelle tipiche della locazione (mero godimento temporaneo del bene, dietro versamento di un canone), bensì la realizzazione, attraverso il bene, di un'attività o servizio di pubblico interesse.

Tale interpretazione è quella che trova costante conferma nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui: *"La disponibilità dei beni demaniali (e similmente quella dei beni patrimoniali indisponibili dello Stato e di altre pubbliche amministrazioni), attesa la loro destinazione alla diretta realizzazione di interessi pubblici, può essere legittimamente attribuita ad un soggetto diverso dall'ente titolare del bene - entro certi limiti e per alcune utilità - solo mediante concessione amministrativa (che usualmente assume la concreta configurazione di concessione-contratto) e non anche mediante locazione e tale principio assume rilievo essenziale nella qualificazione giuridica dell'atto con cui in concreto una p.a. abbia concesso in uso uno di tali"* (cfr. Cass. n. 5346/2000, con richiami in motiv. a Cass., Sez. Un., n. 50/1999; ma v. già Cass. n. 2844/1998; conf. Cass. n.2852/2005; Cass. n. 972/2007 e, più di recente, Cass. n. 20984/2018; v. anche Cons. Stato n. 3350/2022). In casi analoghi a quello di cui si discute, la S.C. ha espressamente riconosciuto come *"Al rapporto instaurato con il contratto del (...) tra la s.n.c. (OMISSIS) e l'Unità sanitaria locale di (OMISSIS), cui è poi subentrata l'Azienda sanitaria locale n. (OMISSIS), deve essere riconosciuta senz'altro la natura di concessione amministrativa, stante il*



carattere pubblico sia del bene, sia del servizio che ne hanno costituito l'oggetto: i locali di un centro ospedaliero, destinati alla ristorazione dei frequentatori del nosocomio. In tali ipotesi, l'immobile e la mansione vengono attribuiti al privato mediante un atto da ritenere di carattere concessorio, indipendentemente dall'eventuale forma "convenzionale" di cui sia stato rivestito: v. Cass. 17 novembre 2004 n. 21713, 14 novembre 2003 n. 17295, 12 giugno 1999 n. 327, 21 luglio 1998 n. 7131, 29 marzo 1994 n. 3075, tutte relative proprio a casi di affidamento a un privato della gestione di un bar all'interno di un ospedale." (cfr. Cass., Sez. Un., n.17937/2008 adita per regolamento di giurisdizione). Più di recente, ancora, la Corte di legittimità ha affermato che "nell'ipotesi in cui un'Azienda Unità Sanitaria Locale (AUSL) abbia affidato a un privato la gestione del servizio di bar all'interno di un ospedale pubblico, il rapporto tra la P.A. e il privato, avendo a oggetto un'attività da svolgersi all'interno di locali facenti parte della struttura immobiliare ospedaliera - come tale destinata a pubblico servizio e perciò rientrante tra i beni patrimoniali indisponibili ai sensi dell'art. 830 cod. civ. -, può trovare titolo solo in un atto concessorio, potendo tali beni essere trasferiti nella disponibilità di privati, per usi determinati, solo mediante concessioni amministrative" (cfr. Cass. n. 15602/2014; Cass. Sez. Un. n. 15980/2011).

Ad ogni buon conto, a prescindere cioè che si tratti di concessione di beni o di servizi (il cui accertamento va svolto caso per caso), diverso rimane il rapporto che si instaura tra il "sub-concedente" e il "sub-concessionario".

In linea di continuità con i principi sopra affermati, la giurisprudenza ha espressamente riconosciuto al concessionario, se autorizzato dall'amministrazione concedente, di concedere in uso a terzi la disponibilità di beni demaniali (e similmente quella dei beni patrimoniali indisponibili dello Stato e di altre pubbliche amministrazioni, arg. ex art. 828 c.c.), a titolo oneroso e dietro corrispettivo, sia ricorrendo alla locazione (ravvisandone l'astratta compatibilità con il regime pubblico dei beni locati, dalla previsione normativa contenuta nell'art. 35 ultima parte della L. n. 392/1978) sia attraverso la subconcessione (cfr. Cass. n. 5346/2000 cit.). Più in particolare, la Corte regolatrice ha evidenziato che: "Locazione e subconcessione di diritto privato di un locale demaniale per uso commerciale si differenziano, sotto il profilo causale, per il fatto che solo in quest'ultima la cessione in uso al terzo tende a perseguire l'interesse pubblico nel bene considerato, interesse che va desunto da tutte le clausole contrattuali, che impongano obblighi comportamentali al terzo subconcessionario. Detti obblighi, tra i quali rientra quello di attuazione di una specifica destinazione mediante un'attività indispensabile o comunque utile per l'impresa del cedente, non costituiscono meri motivi per la stipula del contratto, ma sono elementi essenziali della struttura contrattuale posta in essere dalle parti" (Cass. n. 972/2007).

La distinzione tra l'una e l'altra fattispecie dipende, quindi, dal criterio classificatorio del rapporto strumentale tra demanialità del bene (*et similia*) correlata alla sua funzione e tipo di attività in vista del



cui svolgimento il bene è stato concesso in godimento al concessionario.

Nel caso di specie, si chiarisce ogni dubbio in ordine alla corretta qualificazione del contratto stipulato in data 5 febbraio 2009 tra il [REDACTED] di [REDACTED] e l'impresa individuale [REDACTED] (doc. 5 fasc.opp.) come subconcessione di diritto privato, anziché di "sub-locazione": esso non ha ad oggetto il bene in sé considerato, ma implica il mero trasferimento al subconcessionario delle facoltà spettanti al concessionario ed atteggiandosi, nei rapporti tra privati, come diritti soggettivi perfetti (v. nello stesso senso Cass. n. 7532/2009; Cass. n. 22930/2009; Cass. n. 5346/2000; Cass. n. 3224/1982).

A tale contratto di sub-concessione è sempre rimasta estranea la Pubblica Amministrazione.

Invero, a tenore dell'art. 1 dell'atto di concessione del 1989 (e nei successivi rinnovi), al Circolo Ricreativo concessionario è stata sempre lasciata la libera facoltà di "avvalersi in via esclusiva (...) di un subconcessionario in possesso dei prescritti requisiti" per l'apertura e gestione del bar nello spaccio interno dell'ospedale. Ciò che è effettivamente avvenuto con [REDACTED] dato che di subconcessione (e non di sublocazione) si tratta.

Non per questo, tuttavia, l'Amministrazione può avere preso parte, finanche indirettamente, al rapporto di sub-concessione che si è instaurato e svolto, secondo schemi privatistici e involgenti diritti soggettivi perfetti, esclusivamente tra i privati. La volontà di rimanerne "fuori" si evince proprio dal richiamo alla facoltà per il concessionario di avvalersi, "in via esclusiva", di un sub-concessionario (imprecisato e non determinato), trattandosi di una mera autorizzazione; così come, in un certo senso, dalla previsione – contenuta nel solo contratto di subconcessione – di un rinnovo tacito, in mancanza di disdetta.

Il che significa slegare i due rapporti e intenderli come autonomi l'uno dall'altro, sebbene l'uno (concessione amministrativa) costituisca il presupposto dell'altro (subconcessione).

**4§.** Ferme tali considerazioni qualificatorie, può essere scrutinata la questione di giurisdizione.

*"Poiché l'odierna controversia, alla luce della opposizione" – assume l'opponente – "non può ritenersi limitata al mero accertamento della pretesa creditoria azionata, ma involge l'esistenza stessa di un valido atto concessorio, dalla cui potenziale nullità discendono rilevanti conseguenze sia sul piano restitutorio sia sul piano risarcitorio, dovrà trovare applicazione nel caso di specie quanto previsto dall'art. 133, comma 1, lett. c) D.Lgs. 104/10 (...)" e che "A prescindere dunque dalla scomposta parvenza di un accordo fra privati (...) appare evidente che la presente controversia involga un rapporto che attiene l'erogazione di un servizio, svolto all'interno di uno spazio pubblico, in favore di un'utenza qualificata, sicché il pregnante profilo pubblicistico che connota l'intera complessa vicenda impone al Giudice Ordinario di declinare la propria giurisdizione in favore del Tribunale Amministrativo per la Lombardia, innanzi al quale è interesse dell'odierna opponente dispiegare le eccezioni di nullità che interessano i rapporti in esame" (cfr. pag. 7 atto di cit.).*



A sua volta l'opposto, pur ritenendo sussistere la giurisdizione del G.O. sulla domanda principale sottesa al decreto ingiuntivo, arriva a sostenere che, per effetto dell'eccezione di nullità della concessione, le domande riconvenzionali avanzate nei suoi confronti debbano essere conosciute dal G.A. Ciò sul presupposto che il "sindacato di legittimità dell'affidamento" si inveri in una "domanda di accertamento della illegittimità dell'atto amministrativo" (cfr. pag. 22 e 23 mem.risp.). Nello stesso senso le difese della terza chiamata.

Ritiene questo giudice che, nel caso di specie, la giurisdizione appartenga al G.O.

Anzitutto, preme ricordare che il criterio in base a quale devono essere regolati i rapporti tra le diverse giurisdizioni è quello del "petitum sostanziale", cioè dello specifico oggetto e della reale natura della controversia, che prescinde dalla prospettazione di parte, per attingere alla "causa petendi", ossia ai fatti dedotti a fondamento della pretesa avanzata con l'atto introduttivo del giudizio e al rapporto giuridico di cui sono espressione (cfr. Cass. n. 1134/2007 e altre successive; di recente: Cass. Sez. Un. n. 25480/2021, Cass. Sez. Un. n. 20852/2022).

Ne consegue che la circostanza, in sé singolarmente considerata, che la causa abbia ad oggetto un rapporto concessorio non comporta, in via automatica, la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo. Ciò che assume rilievo decisivo, invece, è stabilire se la controversia pendente abbia o meno ad oggetto l'esercizio, da parte dell'Amministrazione concedente, di un potere pubblico (v. in tal senso Cass. Sez. Un. n. 20939/2011, Cass. Sez. Un. n. 18676/2019) ovvero che sia implicato l'esercizio di poteri discrezionali-valutativi nella previsione del complessivo assetto negoziale (cfr. Cass. Sez. Un. n. 13903/2001; Cass. Sez. Un. n. 20939/2011; Cass. Sez. Un. n. 21597/2018).

Nel caso di specie, la stessa parte opponente ha escluso (in sede di discussione orale) che la funzione dell'accertamento stimolato con l'*exceptio nullitatis* sia quella di accertare (con efficacia di giudicato) l'illegittimità dell'attività provvedimentale della P.A. (sui cui insiste, in motiv., Cass. Sez. Un. n. 23536/2019), come si desume anche dalle conclusioni rassegnate. Né tantomeno una tale "centralità" può essere recuperata attraverso la chiamata in garanzia (impropria) della P.A. da parte dell'opposto, per l'evidente ragione che la domanda di manleva dall'eventuale condanna restitutoria e/o risarcitoria in favore dell'opponente relega la Pubblica Amministrazione in un ruolo "subordinato" rispetto al rapporto principale e presuppone, per il suo scrutinio, la giurisdizione del giudice adito.

La confusione in ordine alle affermazioni contenute negli scritti difensivi si ingenera, allora, nel considerare (o trattare) la subconcessione tacciata di nullità (assoluta per violazione di norme imperative o derivata dalla inesistenza/nullità del contratto di concessione) alla stregua della concessione amministrativa, quando, come si è detto, si tratta di rapporti instaurati tra soggetti diversi e svolti su piani diversi.



L' "accertamento" stimolato con l'opposizione a decreto ingiuntivo sollecita, in altri termini, solo un sindacato incidentale sulla illegittimità delle delibere e dei provvedimenti amministrativi, ma non incide sull'oggetto delle domande, che rimangono per l'opposto (attore in senso sostanziale) quello di ottenere il "diritto" ai corrispettivi (canoni e spese) aventi titolo nella subconcessione e per l'opponente (attore in riconvenzionale) quello di sentire riconosciuto il "diritto" a ripetere i pagamenti divenuti indebiti a causa del negozio nullo.

Come è evidente, l'oggetto sostanziale attiene esclusivamente a diritti soggettivi a contenuto patrimoniale che trovano ragione nel rapporto di natura privatistica di subconcessione, rispetto al quale quello di concessione si presenta come un semplice presupposto, essendo l'Amministrazione rimasta estranea al rapporto tra il concessionario e il terzo.

Pertanto, trattandosi di due distinti e autonomi contratti (costituendo, invero, la concessione soltanto un presupposto del secondo), la controversia discendente dalla stipula della subconcessione e le sue vicende patologiche per l'asserita inesistenza o invalidità del primo contratto, affidato in via diretta da parte dell'USSL, senza cioè l'espletamento di una procedura di gara ritenuta in tesi necessaria, esulano dall'ambito sia della giurisdizione generale di legittimità che di quella amministrativa esclusiva in materia di concessione di beni e di servizi pubblici.

Di tale avviso è stata anche la giurisprudenza amministrativa, la quale con recenti pronunciamenti in tema di riparto di giurisdizione tra G.O. e G.A., ha ricordato che: *"il parametro normativo per la soluzione della questione di giurisdizione nel caso di specie è costituito dalla disposizione di cui all'art. 133, lett. c), cod. proc. amm., che risponde alle esigenze di razionalizzazione e semplificazione del precedente enunciato di cui all'art. 33 d.lgs. n. 80/1998 in considerazione degli interventi manipolativi della Corte costituzionale n. 204/2004 e n. 191/2006, avendo la Corte costituzionale prima (previa declaratoria d'illegittimità costituzionale del riparto di giurisdizione per 'blocchi di materia'), e il legislatore delegato poi, provveduto al riordino della normativa processuale e circoscritto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella materia che qui viene in rilievo alle sole ipotesi in cui l'amministrazione agisca attraverso la spendita di poteri autoritativi. Ed infatti, per ormai costante giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione, in materia di concessione di pubblici servizi - compresi i servizi espressamente contemplati dalla citata disposizione normativa (vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare; servizio farmaceutico; trasporti; telecomunicazioni) - la giurisdizione appartiene al giudice ordinario per le controversie relative a rapporti tra il concessionario e terzi ai quali l'amministrazione concedente resti totalmente estranea e non si possa ravvisare alcun collegamento tra l'atto autoritativo concessorio e il rapporto medesimo, essendo il primo un semplice presupposto del secondo e trovando le pretese tra concessionario e terzo la loro origine in un rapporto*



*secondario di natura oggettivamente e soggettivamente privatistica, mentre sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo ogni qualvolta occorra verificare l'azione autoritativa della pubblica amministrazione sul rapporto concessorio presupposto o sottostante la quale si rifletti sul rapporto derivato.” (cfr. Cons. Stato, n. 5260/2016; conf. Cons. Stato n. 3510/2014).*

**Proprio con riguardo alla attività negoziale della P.A. – applicabile, a fortiori, all’attività negoziale del concessionario – è stato altresì affermato il principio secondo cui:** *“rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto tutti gli atti della serie negoziale successiva alla stipulazione della convenzione, ovvero non solo quelle che attengono all’adempimento del contratto, concernenti, dunque, l’interpretazione dei diritti e degli obblighi delle parti, ma anche quelle finalizzate ad accertare le condizioni di validità, efficacia, nullità o annullabilità dell’atto di autonomia privata, siano esse inerenti o estranee, originarie o sopravvenute alla sua struttura e alla sua stipula, dovendovisi persino includere le controversie derivanti da irregolarità o illegittimità della procedura amministrativa a monte, nonché i casi di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica o di sussistenza di vizi che ne affliggano singoli atti, accertabili incidentalmente dal giudice ordinario, cui le parti possono rivolgersi senza necessità del previo annullamento da parte del giudice amministrativo (v. in tal senso, di recente, Cass. Sez. Un. Civ., 3 novembre 2016, n. 22233, con ulteriori richiami giurisprudenziali).” (cfr. Cons. Stato n. 5260/2016 cit.).*

**Anche con un recente arresto (avente ad oggetto un caso nel quale si trattava di un contratto di appalto per la gestione di un bar all’interno di un ospedale pubblico), la Suprema Corte di Cassazione ha dapprima affermato che** *“sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per ogni controversia relativa ai rapporti di concessione di beni e servizi pubblici qualora nella causa “rimanga coinvolta la verifica dell’azione autoritativa della P.A. sul rapporto concessorio sottostante, ovvero sia implicato l’esercizio di poteri discrezionali-valutativi nella previsione del complessivo assetto negoziale”, per poi evidenziare che, poiché in quel caso “la controversia riguardava soltanto la validità o meno di un contratto stipulato in difetto di gara”, la giurisdizione appartiene al giudice ordinario (cfr. Cass. Sez. Un. n. 9682/2019, richiamata da succ. Cass., Sez. Un., n. 18676/2019).*

**Nessun dubbio sul riparto di giurisdizione può aversi, infine, riguardo alla domanda di “risarcimento del danno” da perdita di avviamento commerciale, atteso che trattasi di pretesa basata sulla diversa qualificazione negoziale del rapporto come contratto di locazione di immobili urbani ad uso diverso, la cui cognizione è sempre rimessa al giudice ordinario.**

**5§.** **La sussistenza della giurisdizione del G.O. non significa negare che si è in presenza di atti amministrativi i quali, pur non formando oggetto della pretesa fatta valere in giudizio, sono tali da incidere sui diritti soggettivi su cui le reciproche pretese si ricollegano.**



Atti che, ricorrendo le condizioni di cui all'art. 5, all. E della L.A.C. (L. n. 2248/1865), nei giudizi tra privati, sono suscettibili di essere disapplicati dal giudice ordinario, senza che la relativa valutazione, appunto, esorbiti dalla competenza giurisdizionale del G.O., giacché *“la questione inerente alla disapplicazione di un atto amministrativo attiene ai limiti interni e non a quelli esterni della giurisdizione del giudice adito”* (cfr. Cass., Sez. Un. n. 19324/2005).

In ordine alla posizione dell'ASST di [REDACTED] terza chiamata a partecipare al presente giudizio, va inoltre evidenziato che *“la disapplicazione di un atto amministrativo illegittimo ad opera del giudice ordinario, come prevista dalla L. n. 2248 del 1865, art. 5 all. E, non presuppone affatto la necessità d'integrare il contraddittorio nei confronti dell'amministrazione da cui quell'atto proviene”* (cfr. Cass. Sez. Un. n. 21466/2009).

Ciò posto, la richiesta di *“disapplicazione della deliberazione del Presidente della U.S.S.L. di [REDACTED] n. 431/C del 13.05.1989 e successivi atti amministrativi di proroga/modifica della predetta deliberazione”* difetta anzitutto di autosufficienza, laddove si rivolge indistintamente a tutte le deliberazioni asserendone la nullità per violazione del generale divieto per la P.A. di contrarre con il privato, senza previa indicazione di una procedura ad evidenza pubblica.

Non sono specificamente indicati nell'atto introduttivo, né nella successiva memoria integrativa, alla luce delle difese avanzate dalle controparti, le specifiche deliberazioni attraverso cui la P.A., trasferendo e rinnovando il diritto d'uso sui beni in capo al concessionario (ugualmente sarebbe a dirsi in caso di concessione di servizi), avrebbe perciò violato la normativa pubblicistica *ratione temporis* vigente.

Risulta, comunque, sufficiente a smentire la doglianza il richiamo (operato dalle difese delle controparti) al disposto dell'art. 34 del DPR n. 270 del 1987, in vigore al momento dell'adozione della deliberazione n. 431/C del 19.05.1989 a cui accede la concessione del 1.09.1989 rep. [REDACTED] ex tra l'U.S.S.L. n. 79 di [REDACTED] e il [REDACTED] dell'Ospedale [REDACTED] (doc. 2 fasc. opp.). Dette disposizioni, invero, riguardano le attività culturali, ricreative ed assistenziali da promuoversi nelle unità sanitarie locali e per le stesse è previsto che la gestione possa essere affidata ad organismi formati dai rappresentanti dei dipendenti, in aderenza all'art. 11 dello Statuto dei lavoratori, sicché in assenza di una specifica previsione di nullità, non si ravvisa l'invalidità della concessione stipulata.

Quanto alle proroghe e/o successivi rinnovi, l'opponente nulla riferisce in ordine al fatto che si sia in presenza dell'una o dell'altra (su cui v. Cons. Stato n. 2295/2015) ovvero che la concessione sia venuta (o meno) a scadere e che, pertanto, più che di “rinnovo” dovrebbe parlarsi di “nuova” concessione, in tesi vietata.

La distinzione non è di poco momento, specie in relazione alla sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle norme, di natura imperativa, intervenute *medio tempore* nel vietare il rinnovo tacito



dei contratti delle pubbliche amministrazioni (per la fornitura di beni e servizi), comminandone la nullità, e nel consentirne (fino alla modificazione introdotta dall'art. 23, L. n. 62 del 2005, poi abrogato dall'art. 256 del D.lgs n. 163 del 2006 sul codice degli appalti) la rinnovazione espressa per ragioni di pubblico interesse.

Basti evidenziare, ad ogni modo, che la rinnovazione (espressa) della concessione al [REDACTED] del 22.05.1995 rep. 8/32 (doc. 3 fasc.opp.), a titolo oneroso, risulta conforme al dettato normativo di cui all'art. 9, co. 2 della L. n. 537/1993 (patrimonio pubblico) *ratione temporis* vigente («L'uso di beni pubblici può essere consentito ad associazioni e organizzazioni di dipendenti pubblici, se previsto dalla legge, solo previa corresponsione di un canone determinato sulla base dei valori di mercato»; su cui anche TAR Lazio, sede di Roma, n. 11519/2004), ma anche ove la si volesse intendere come concessione di servizi, non si porrebbe in contrasto con l'art. 6, co. 2 della L. cit. (che vietava solo il rinnovo tacito dei contratti pubblici per la fornitura dei beni e servizi, a pena di nullità).

Inoltre, la concessione del 17.11.2003 rep. 139/ex per la durata di ulteriori anni sei (doc. 4 fasc.opp.), nella cui valenza si è inserita la prima subconcessione del 27.01.2005 tra il [REDACTED] e l'opponente (doc. 5 fasc.opp.), esclude che la stessa astrattamente ricada nel generale divieto di rinnovo dei contratti delle P.A. «già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi all'entrata in vigore della presente legge» (con efficacia decorrente dal 12 maggio 2005) previsto dall'art. 23 della L. 18 aprile 2005, n. 62 (pur sempre riferito ai contratti per acquisti e forniture di beni e servizi e non alle concessioni dei beni o sui beni della P.A.).

Quanto alla generale violazione dell'art. 30 del D.lgs n. 163/2006 (codice degli appalti) è sufficiente il richiamo al principio di diritto per il quale: «Le disposizioni previste dall'art. 30, comma 1, del d.lg. n. 163/2006 non possono essere applicate alle concessioni di beni e servizi, queste infatti si differenziano dall'affidamento di pubblici lavori o forniture cui la suindicata normativa si riferisce» (cfr. Cons. Stato n. 4795/2019, che in motiv. invoca il precedente deciso con sent. 28.5.2015, n. 2679, apprezzabile anche nel caso di specie, secondo cui: «La controversia in esame non ha ad oggetto l'affidamento di pubblici lavori, servizi o forniture, ma riguarda l'affidamento di una concessione in uso di immobile in area demaniale marittima (e dunque, tra l'altro, un rapporto contrattuale attivo per la P. A. che percepisce un canone annuo ... con conseguente applicabilità solo dei principi generali, dettati in materia di contratti pubblici (trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, ex art. 30, commi 1 e 3 del citato d. lgs. n. 163/2006). Ne consegue che all'amministrazione nella specie spettava soltanto valutare se concedere o meno l'uso del bene all'unico richiedente, in relazione alla sua affidabilità come concessionario.»).

Con riferimento, invece, all'art. 7 del d.P.R. n. 41 del 2001 recante il «Regolamento di semplificazione



del procedimento relativo alle concessioni e locazioni di beni immobili demaniali e patrimoniali dello Stato a favore di enti o istituti culturali, enti pubblici territoriali, aziende sanitarie locali, ordini religiosi ed enti ecclesiastici” (in vigore dal 24.03.2001 fino al 2.02.2006, poi abrogato dal d.P.R. n. 296/2005), circa l’asserita operatività del comma 4 sul “divieto” di subconcessione totale o parziale del bene oggetto della concessione, si osserva che al di là del fatto che - in questo caso - non si tratta di nemmeno di una concessione su bene demaniale, non è comunque ricavabile l’effetto voluto dall’opponente, ossia quello della nullità del contratto, prevedendo la legge unicamente la “decadenza” del concessionario, a discrezione della P.A., senza alcun effetto invalidante sul rapporto subconcessorio.

È peraltro orientamento pacifico e consolidato nella giurisprudenza di legittimità che anche “la subconcessione di fatto a terzi di beni demaniali da parte del concessionario, mentre vincola il concessionario ed il subconcessionario, è inopponibile all’amministrazione concedente” (cfr. Cass. n. 7532/2009), la quale “può pretendere dal terzo l’indennizzo per l’occupazione “sine titolo” (cfr. Cass. 20984/2018). Cosa che, preme evidenziare, è proprio quello che è accaduto nel caso di specie e fatto oggetto della transazione stipulata, a seguito del venir meno del rapporto subconcessorio tra il [REDACTED] e la [REDACTED] tra quest’ultima (occupante “sine titolo”) e l’Ente proprietario dei locali (doc. 16 fasc.oppon.); segno evidente, ancora una volta di più, dell’estraneità della P.A. dal rapporto subconcessorio cessato.

Secondo la giurisprudenza della S.C., quindi, “tale contratto è valido ed efficace tra le parti stipulanti anche in assenza di autorizzazione da parte della P.A. concedente, ferma restando in questo caso la sua inopponibilità nei confronti dell’Amministrazione concedente, che può dichiarare la decadenza dalla concessione o revocarla” (cfr. Cass. n. 22930/2009; Cass. n. n. 5346/2000).

Cadono, così, tutte le censure mosse dall’opponente, comprese quelle che denunciano una asserita illiceità per contrarietà a norme imperative dalla “abnorme sproporzione” tra le somme dovute dal concessionario al concedente e quelle versate dal subconcessionario per il medesimo godimento, posto che non si vede come tale sproporzione possa rendere illecita la causa del negozio di diritto privato. Peraltro e per inciso, dopo avere beneficiato quale unica subconcessionaria del godimento del bene pubblico in via esclusiva, anche una volta cessato il rapporto con il subconcedente (31.10.2017), l’opponente ricorrendo al medesimo “meccanismo” che taccia di illiceità (senza gara), ha dapprima proposto all’Ente pubblico e poi formalizzato il suo “subentro” al [REDACTED] invariate le condizioni economiche più onerose (canone e spese rimborso utenze), nel rapporto con la P.A.

Ne consegue che le censure all’operato della ASST di [REDACTED] appaiono destituite di ogni fondamento e di un meritevole interesse.

6§. La validità del titolo posto a fondamento della pretesa creditoria vantata da [REDACTED] depone per



l'infondatezza e il rigetto dell'azione di ripetizione dell'indebitato ex art. 2033 c.c., avanzata in via riconvenzionale.

Come anche è infondata la domanda riconvenzionale volta ad ottenere una indennità per perdita dell'avviamento commerciale, pari a diciotto mensilità dell'ultimo canone corrisposto, ai sensi dell'art. 34 della L. 392/1978, non tanto e non solo perché, secondo la preferibile giurisprudenza, non si tratta di un risarcimento del danno per inadempimento contrattuale, avendo natura di indennizzo per le difficoltà dovute al trasferimento dell'attività commerciale in seguito alla cessazione del rapporto di locazione, ma soprattutto perché: 1. non si è trattato di sublocazione, bensì di subconcessione; 2. quand'anche si trattasse di sublocazione, avente ad oggetto un bene appartenente al patrimonio della P.A., non è predicabile l'applicazione dell'art. 34, giacché esclusa dall'espressa previsione normativa contenuta nel successivo art. 35 L. n. 392/1978; 3. l'opponente non ha perduto la disponibilità dei locali, anche in seguito alla cessazione del rapporto con il [REDACTED]; 4. la cessazione della subconcessione è stata comunicata dal [REDACTED] attraverso l'esercizio dei poteri di "revoca" per ragioni di pubblico interesse trasferiti, in forza della concessione, dalla P.A. al privato ed esercitabili nei confronti del subconcessionario alla stregua dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, dinanzi al quale l'art. 34 L. cit. non trova applicazione per effetto dell'intervento della Corte Costituzionale n. 542/1989 (che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente articolo, nella parte in cui non prevede i provvedimenti della pubblica amministrazione tra le cause di cessazione del rapporto di locazione che escludono il diritto del conduttore alla indennità per la perdita dell'avviamento).

7§. Da quanto sopra discende, invece, la fondatezza della domanda sottesa al decreto ingiuntivo opposto e del diritto del creditore al pagamento del canone concordato e al rimborso delle spese per i consumi (riscaldamento ed acqua) nei periodi indicati nelle fatture allegate.

Quanto al canone (v. fatt. n. 3/2017; doc. 18 fasc.opp.), lo stesso è dovuto per il periodo dal 1.08.2017 al 31.10.2017 in cui, perdurante l'efficacia della subconcessione (racc. a/r del 21.02.2017; doc. 14 fasc.opp.), l'opponente ha pacificamente mantenuto la disponibilità del locale bar.

Il corrispettivo quantificato in € 8.841,25 oltre IVA deve ritenersi calcolato in misura proporzionale al canone annuo pattuito (da pagarsi in via trimestrale anticipata, ex art. 3 del contratto del 5.02.2009), non essendovi alcuna contestazione sul punto, né prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa (avvenuto pagamento).

Quanto al rimborso delle spese per fornitura di acqua e riscaldamento dei locali in uso all'opponente (fatt. 4/2017, ma riferiti all'anno 2016), la pretesa creditoria è dovuta per l'intero importo di € 3.294,00 (IVA incl.), in conformità all'art. 9 del contratto del 5.02.2009 ed essendo data prova documentale dell'esborso sostenuto, a tale titolo, dal [REDACTED] (v. doc. 24 fasc.opp., pag. 48); a nulla rileva la contestata



manca del contatore dell'acqua presso il locale bar (ricavata, indirettamente, dall'art. 12 del contratto), non essendo la contestazione accompagnata da eventuali e presunte anomalie di rendicontazione o palesi sproporzioni del costo fatturato per l'anno 2016 rispetto a quelli fatturati, per i medesimi consumi e senza notizia di analoghe contestazioni, negli anni precedenti (v. ad es. fatt. anno 2014 per utenze riscaldamento e acqua pari ad € 3.900,00; a pag. 35 del doc. 24 fasc.opp.).

8§. In definitiva, il decreto ingiuntivo opposto va confermato e dichiarato definitivamente esecutivo, ai sensi dell'art. 654 c.p.c.

9§. Con il rigetto delle domande riconvenzionali, rimane assorbita la domanda svolta dall'opposto nei confronti della ASST terza chiamata, come anche quella riconvenzionale trasversale rivolta dal terzo chiamato nei confronti dell'opponente, giacché promosse in via subordinata e, per così dire, "condizionata" all'accoglimento di almeno una delle domande riconvenzionali dell'opponente.

10§. Lo scrutinio delle stesse è comunque consentito ai fini del rimborso delle spese processuali (v. Cass. n. 30189/2018).

Entrambe le domande sono e rimangono chiamate in garanzia (art. 106 c.p.c.): la prima (ASST) è chiaramente una garanzia cd. impropria, giacché con essa l'opposto (convenuto, in senso sostanziale, sulla riconvenzionale dell'opponente) ha inteso riversare sul terzo le conseguenze della lite in cui è stato coinvolto, in base ad un titolo diverso (come nella specie) da quello dedotto con la domanda principale; la seconda (ASST) invece, assume i connotati di una garanzia propria, in quanto fondata sul "contratto di transazione" (doc. 16 fasc.terza, punto 3) che, pur non riguardando il medesimo titolo, innesta una connessione obiettiva tra i titoli delle due domande (cfr. Cass. n. 4475/2021).

Orbene, si mostrano (non inconsapevolmente) inconferenti le difese mosse dal terzo chiamato sulla presunta azione risarcitoria sottesa alla chiamata in causa e sovrabbondante l'eccezione di prescrizione del danno, non avendo l'opposto/chiamante negato la sua "legittimazione passiva" sulla domanda riconvenzionale.

Allo stesso tempo, l'eccezione di improcedibilità della riconvenzionale trasversale per mancato esperimento della mediazione si è mostrata infondata, mentre, nel merito, la difesa dell'opponente è estremamente concisa e piuttosto debole nel ritenere non operativa la clausola di manleva/garanzia assunta in favore di ASST e pattuita nel punto 3 del contratto di transazione che, anzi, alla luce di una prima interpretazione letterale, risulta sovrapponibile a quanto accaduto nel caso di specie (la sua portata, infatti, non pare possa essere limitata ai "crediti/pretese anche di tipo risarcitorio" da parte solo di uno nei confronti dell'altro, bensì semplicemente per quelli - quindi tutti - purché "nascenti dai rapporti contrattuali intercorsi tra la stessa ed il" doc. 16 fasc.terza, pag. 3).

In punto di spese processuali, quindi, si realizza una situazione di reciproca soccombenza virtuale per i



rapporti processuali sulle domande rimaste assorbite, che ne giustifica la compensazione integrale, ai sensi dell'art. 92, co. 2 c.p.c. Quanto al rapporto principale, invece, si ritiene opportuno disporre la compensazione delle spese del giudizio di opposizione per "altre gravi ed eccezionali ragioni", tra cui i particolari aspetti problematici della controversia e la complessità della questione giuridica dirimente con situazione di obiettiva incertezza sul diritto controverso.

Non ricorrono i presupposti per la condanna ex art. 96 c.p.c. (su cui v. Cass. n. 4212/2022).

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale in composizione monocratica, definitivamente pronunciando, ogni altra domanda disattesa o assorbita, così dispone:

- rigetta l'opposizione e le domande riconvenzionali in quanto infondate, per le ragioni di cui in motivazione;
- per l'effetto, conferma il decreto ingiuntivo n. 950/2020 emesso da questo Tribunale in data 28.05.2020 (R.G. n. 1998/2020), che dichiara definitivamente esecutivo, ai sensi dell'art. 654 c.p.c.;
- compensa integralmente tra tutte le parti le spese del giudizio, per le ragioni di cui in motivazione;
- visti gli artt. 429, co. 1 e 430 c.p.c., fissa il termine di giorni 15 per il deposito della sentenza.

Sentenza pronunciata ex art. 429 c.p.c. a verbale di udienza mediante lettura del dispositivo alle parti presenti in aula con contestuale deposito in cancelleria.

**Così è deciso in Pavia, li 19 gennaio 2023**

**Il Giudice**

*dott. Giacomo Rocchetti*

