

Consiglio di giustizia amministrativa regione Sicilia 4 novembre 2005, n. 726

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in sede giurisdizionale, ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello n. 624/2005, proposto da R.C.P., rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Beatrice Miceli, Ester Daina e Lucia Alfieri, ed elettivamente domiciliato in Palermo, Via Nunzio Morello, 40, presso lo studio del primo;

c o n t r o

l'AZIENDA OSPEDALIERA UNIVERSITARIA POLICLINICO "PAOLO GIACCONE" DI PALERMO, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - sede di Palermo (sez. I) - n. 1035/2004, del 14 giugno 2004.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla Camera di Consiglio del 28 giugno 2005 il Consigliere Antonino Corsaro, e udito, altresì, l'avv. Seminara, su delega dell'avv. M. B. Miceli, per l'appellante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

F A T T O

Con ricorso presentato innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - sede di Palermo, portante il n. 945/2004, il dott. C.P.R. chiedeva l'esecuzione della sentenza del T.A.R. Palermo n. 1516/2002 del 10.6.2002, con la quale, in accoglimento del ricorso, presentato ai sensi dell'art. 2 della L. n. 205/2000, avverso il silenzio rifiuto formatosi sull'istanza notificata all'Azienda in data 8.11.2001 ai fini dell'adeguamento del proprio trattamento contrattuale, era stato ordinato all'amministrazione di dare riscontro espresso alla predetta istanza nel termine di 30 giorni con contestuale nomina del commissario ad acta nella persona del Prefetto di Palermo con facoltà di delega ad altro funzionario dell'ufficio, in caso di perdurante inerzia.

Con decreto del Prefetto di Palermo n. 20020019912 del 26.6.2002, era stato nominato il delegato del Prefetto, il quale, insediatosi il 29.7.2002, a seguito dell'accertamento della perdurante inerzia dell'Azienda, con delibera n. 235 del 13.8.2002 aveva dato espressamente riscontro all'istanza del ricorrente, riconoscendone il diritto al trattamento economico complessivo determinato ai sensi dell'art. 2, co. 5, del D.P.C.M. n. 502/1995 per il periodo 1.2.1998-31.7.2001.

Quindi con nota n. prot. 3586 del 21.8.2001 l'Azienda quantificava l'ammontare esatto

del debito, esortando l'emanazione del provvedimento di liquidazione da parte del commissario ad acta, il quale, con la nota del 22.8.2002 ha comunicato di ritenere di avere adempiuto compiutamente al proprio obbligo con l'adozione della richiamata delibera del 13.8.2002, avendo dato espresso riscontro all'istanza del ricorrente.

Quindi, con la successiva nota del 26.8.2002, il commissario delegato specificava di ritenere che la determinazione delle differenze dovute sulla base di quanto statuito nella delibera rientrasse nella competenza dell'azienda, comunque invitata a rivedere i calcoli in precedenza comunicati in ordine agli accessori di legge e con la successiva nota del 9.9.2002 ribadiva che la quantificazione ed il pagamento delle differenze dovute ricade nell'ambito delle attribuzioni del responsabile dell'area economica finanziaria dell'Azienda, in quanto attività successiva e conseguente alla predetta delibera.

Il ricorrente non ha condiviso dette conclusioni, atteso che il Direttore generale dell'Azienda, legale rappresentante della stessa e competente all'adozione degli atti che la impegnano verso l'esterno e dunque del provvedimento di liquidazione delle somme dovute al ricorrente, in quanto si trovava in una situazione di conflitto di interessi, avendo proposto analogo ricorso e trovandosi nella medesima posizione del ricorrente, non avrebbe potuto in concreto procedere all'adozione dei predetti atti, essendosi nella sostanza astenuto, né potendo lo stesso essere sostituito dal Direttore amministrativo o dal Direttore sanitario, che si trovavano anche questi nella medesima situazione del Direttore generale.

Con la conseguenza che il compito del commissario ad acta non si sarebbe potuto concludere con la sola adozione della delibera di riscontro all'istanza del ricorrente, dovendo questi provvedere altresì alla sottoscrizione del mandato di pagamento.

L'Azienda Policlinico, sebbene regolarmente evocata in giudizio, non si costituiva.

Con sentenza n. 1035/2004 l'adito TARs Palermo respingeva il ricorso, ritenendolo infondato.

Osserva il TAR, che "il giudizio sul silenzio della p.a., di cui all'art. 21 bis l. TAR, ha natura di accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere con atto espresso, ma non di verifica della fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente, nemmeno nel caso di atti vincolati o di atti a discrezionalità limitata: in tal senso depone l'oggetto del giudizio, individuato dall'art. 21 bis nel "silenzio", e la previsione che il giudice non si sostituisce all'amministrazione, ma si limita ad ordinare a questa di provvedere, ovvero a nominare, in caso di perdurante inerzia, un commissario "ad acta"; nè tale meccanismo processuale appare poco soddisfacente, in quanto il vantaggio è da ravvisare nei tempi veloci della tutela processuale e nella possibilità di ottenere la nomina di commissario "ad acta" nello stesso giudizio, senza necessità di promuovere ulteriore giudizio di ottemperanza, pur non essendovi il vantaggio.

Il rito speciale relativo all'obbligo di provvedere introdotto dall'art. 2 l. n. 205 del 2000 cumula, dunque, tre tipi di procedimenti: la fase cautelare o accelerata, senza escludere in assoluto la tutela cautelare urgente di cui all'art. 21 l. n. 1034 del 1971; la fase della condanna ad adempiere all'obbligo di provvedere in seguito al silenzio della amministrazione; la fase

della ottemperanza, come si desume dalla possibilità di nominare un commissario che provveda in luogo della amministrazione pervicacemente inadempiente, pur a seguito della condanna a provvedere. Pertanto, all'obbligo di provvedere che è precedente alla sentenza, e che deriva dagli obblighi di legge nel procedimento (art. 2 l. n. 241 del 1990), si somma e affianca l'obbligo di provvedere nel processo, che trova la sua fonte nel titolo giudiziale costituito dalla sentenza.

Inoltre "il rito dell'ottemperanza, nel contesto dell'istituto delineato dall'art. 21. del 2000 non è pienamente sovrapponibile al tradizionale giudizio dell'ottemperanza dal momento che non vi è un vero e proprio "dictum" giurisdizionale da portare ad esecuzione attraverso la "longa manus" del commissario, ma vi è solo da elidere una illegittima inattività della p.a. rispetto ad un'istanza del privato. Ne consegue che il commissario, non avendo come paradigma per la sua attività provvedimentale la pronuncia del giudice, la quale si limita ad accertare l'obbligo di provvedere, dovrà sostituirsi all'amministrazione, direttamente vagliando la domanda del privato rimasta inevasa, e che gli atti da lui adottati sono veri e propri atti amministrativi aggredibili solo con rimedi impugnatori ordinari".

Conseguentemente, atteso l'oggetto del giudizio ai sensi dell'art. 2 della L. n. 205/2000, nonché le caratteristiche del suddetto rito, come in precedenza richiamate, il compito del commissario ad acta si esaurisce nel riscontro espresso all'istanza del privato, rientrando, invece, l'adozione dei provvedimenti successivi, con i quali viene data materiale esecuzione al provvedimento amministrativo adottato in via sostitutiva dell'originaria amministrazione del commissario ad acta, nella competenza della suddetta amministrazione.

Ad avviso del TAR, non rileva, nel caso di specie, in senso contrario, la dedotta incompatibilità dell'organo competente all'adozione del mandato di pagamento per il conflitto di interessi asseritamente sussistente, atteso che, in particolare, trattasi di mera esecuzione di un provvedimento già adottato, relativamente al quale, peraltro, non residua alcuna discrezionalità da parte della stessa amministrazione, trattandosi di un provvedimento immediatamente e direttamente esecutivo ed in quanto tale vincolante ai fini della sua esecuzione per l'azienda cui lo stesso è nella sostanza riferibile.

Appella la citata decisione la parte soccombente, deducendo che ai sensi dell'art. 21-bis, L. 1034/1971, i ricorsi avverso il silenzio dell'amministrazione, volti ad accertare l'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione, sono decisi in camera di consiglio, con sentenza succintamente motivata, entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso, uditi i difensori delle parti che ne facciano richiesta. Nel caso che il collegio abbia disposto un'istruttoria, il ricorso è deciso in camera di consiglio entro trenta giorni dalla data fissata per gli adempimenti istruttori.

La decisione è appellabile entro trenta giorni dalla notificazione o, in mancanza, entro novanta giorni dalla comunicazione della pubblicazione. Nel giudizio d'appello si seguono le stesse regole.

Sostiene l'appellante che in caso di totale o parziale accoglimento del ricorso di primo

grado, il giudice amministrativo "*ordina all'amministrazione di provvedere*" di norma entro un termine non superiore a trenta giorni.

Qualora l'amministrazione resti inadempiente oltre il detto termine, il giudice amministrativo, su richiesta di parte, nomina un commissario che provveda in luogo della stessa.

All'atto dell'insediamento il commissario, preliminarmente all'emanazione del provvedimento da adottare in via sostitutiva, accerta se anteriormente alla data dell'insediamento medesimo l'amministrazione abbia provveduto, ancorché in data successiva al termine assegnato dal giudice amministrativo con la decisione prevista dal comma 2.

Sostiene quindi l'appellante, che esistono due fasi nel medesimo processo: nella prima il giudice accerta l'esistenza e la violazione dell'obbligo di provvedere; nella seconda, il commissario, nominato dallo stesso giudice, adotta il provvedimento in sostituzione dell'organo amministrativo rimasto eventualmente inadempiente.

Detto organo, secondo l'appellante, si inserirà funzionalmente nella struttura amministrativa sostituita e tutta l'attività sarà direttamente imputabile soggettivamente e sul piano degli effetti, direttamente all'ente sostituito.

Il contenuto ed i limiti della potestà che il commissario ad acta è tenuto ad esercitare, proprio perchè non sono definiti dalla sentenza resa in accoglimento del ricorso avverso il silenzio-rifiuto, sono necessariamente definiti dalla potestà che avrebbe dovuto esercitare in via ordinaria l'amministrazione sostituita e che in via sussidiaria deve essere esercitata dal commissario ad acta.

In questo caso, la regola di azione dell'organo sussidiario è di fonte autonoma, nel senso che il commissario deve svolgere tutti i poteri che ordinariamente avrebbe dovuto svolgere l'amministrazione, atteso che con il suo insediamento, l'amministrazione perde il potere di provvedere.

Nel caso, il commissario ad acta doveva adottare tutti i provvedimenti consequenziali.

L'amministrazione intimata non si è costituita in giudizio.

D I R I T T O

Il TAR ha ritenuto che "il giudizio sul silenzio della p.a., di cui all'art. 21 bis l. 1034/1971, ha natura di accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere con atto espresso, ma non di verifica della fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente, nemmeno nel caso di atti vincolati o di atti di discrezionalità limitata", e conseguentemente, il giudice non può sostituirsi all'amministrazione ma può solo ordinare alla stessa di provvedere o nominare in caso di inerzia un commissario "ad acta".

Il TAR ha deciso applicando le norme vigenti, prima delle modifiche apportate al giudizio sul silenzio della amministrazione dall'art. 3, comma 6 bis, d.l. 14.3.2005, n. 35, nel testo integrato dalla legge di conversione, in piena sintonia con la decisione dell'Adunanza Plenaria 9 gennaio 2002, n. 1. Tale pronuncia aveva affermato che il giudizio disciplinato dal citato art. 21 bis era diretto esclusivamente ad accertare se il silenzio serbato da una pubblica

amministrazione sull'istanza del privato violi o no l'obbligo di adottare il provvedimento esplicito richiesto con l'istanza stessa, onde il giudice, anche nei casi in cui il provvedimento di cui trattasi avesse natura vincolata, non poteva sostituirsi all'amministrazione in alcuna fase del giudizio, dovendosi limitare, in caso di accoglimento del ricorso, ad imporre alla stessa l'obbligo di provvedere sull'istanza entro il termine assegnato.

Era stato osservato che "proprio perché, con il rito in parola, non è possibile compiere un accertamento sulla fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente, indicando all'amministrazione il contenuto del provvedimento da adottare, lo stesso non può ritenersi compatibile con quelle controversie che solo apparentemente hanno ad oggetto una situazione di inerzia, come nella presente fattispecie, in cui, invece, il giudizio è incentrato sull'accertamento di una pretesa avente consistenza di diritto soggettivo".

Si era ritenuto che il giudizio speciale sul silenzio previsto dall'art. 21 bis della l. n. 1034/1971, non potesse neppure essere convertito, per conseguire la finalità di cui sopra, in rito ordinario, in considerazione della ratio sottostante alla scelta legislativa, volta ad attribuire tale strumento processuale solo per accelerare e semplificare la definizione delle controversie nella suddetta materia in ragione della relativa semplicità degli inerenti accertamenti di fatto e di diritto (Cons. Stato, Sez. VI, n. 4632 del 2004; Cons. Giust. Amm. 16 ottobre 2002, n. 593).

Il TAR ha condiviso l'orientamento secondo cui il procedimento speciale sul silenzio, introdotto dall'art. 2 della l. n. 205/2000, non poteva essere utilizzato per promuovere un'azione rivolta all'accertamento di un comportamento di inadempimento ad un obbligo patrimoniale e diretta ad ottenere una pronuncia di condanna dell'amministrazione intimata al pagamento di una somma di denaro, essendo detto procedimento speciale preordinato solo alla declaratoria dell'obbligo di provvedere, con esclusione di una delibazione del merito della controversia, che doveva essere riservata al normale giudizio di cognizione.

L'art. 2 della L. 21.7.2000, n. 205 prima delle modifiche, prevedeva un rito che si caratterizzava per pervenire in tempi brevi ad una sentenza succintamente motivata che ordina all'amministrazione di provvedere. Il giudice si doveva limitare ad accertare se il silenzio fosse legittimo o meno e imponeva all'amministrazione di provvedere sull'istanza. Si riteneva che oggetto del giudizio fosse il silenzio senza che si facesse riferimento alla pretesa sostanziale del ricorrente.

L'affermazione non appare più condivisibile sotto diversi profili, alla luce delle novelle sul giudizio del silenzio della amministrazione.

Neppure possono trarsi argomenti dalla natura camerale del rito per escludere la cognizione piena.

Ove infatti, si voglia fare riferimento al procedimento inteso come camerale, va ricordato come l'attività giurisdizionale secondo l'art. 101 della Costituzione, è una attività posta in essere da un giudice terzo rispetto agli interessi delle parti, ed indipendente. Gli artt. 24 e 113 della Costituzione riconoscono una unica area di giurisdizione, concedendo il diritto di azione e la relativa adeguata tutela al titolare di situazioni giuridiche non rispettate per la

mancata cooperazione di soggetti estranei alla sua sfera giudica.

E' ovviamente scelta del legislatore nell'attuare tale tutela, fare ricorso a un processo a cognizione piena che si conclude con un provvedimento che ha caratteristiche di giudicato formale e sostanziale, o ad un processo sommario o semplificato in cui l'accertamento, privo di efficacia di giudicato formale e sostanziale può essere messo in discussione in un successivo processo a cognizione piena, o attraverso un procedimento camerale detto di giurisdizione volontaria che risulta semplificato non solo nel rito, ma anche nella mancanza di stabilità del provvedimento finale.

Nel giudizio a cognizione piena si ha una predeterminazione legale della forma degli atti, dei poteri procedurali del giudice e delle attività e facoltà processuali delle parti.

Alla luce di tali considerazioni, si deve concludere che il procedimento di cui all'art. 2, seppur detto camerale, in realtà risponde ai requisiti di un processo a cognizione piena e quindi, il problema del rito, finisce per essere un non problema.

L'art. 2 della L. 241/90 già conteneva una importante novità nell'affermare che il procedimento andava comunque concluso e quindi affermava il relativo obbligo della p.a. di provvedere.

Secondo l'impostazione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2002 (pronuncia emessa nella vigenza del precedente testo dell'art. 21-bis L. 1034/1971 e della L. 241/90), la limitazione del giudice amministrativo ad accertare solo l'inerzia della p.a. era data dall'art. 21 bis, che identificava l'oggetto del ricorso nel silenzio, senza fare riferimento alla pretesa sostanziale dedotta che non poteva costituire oggetto di giudizio. Il ricorrente, pertanto, poteva ottenere soltanto una sentenza di puro accertamento, dichiarativa dell'obbligo di provvedere e di fronte all'inadempimento della p.a. poteva chiedere la nomina di un commissario ad acta.

Il silenzio, quale comportamento omissivo della p.a. deve rispondere ai criteri di legittimità, e quindi sindacabile da giudice amministrativo. La p.a. ha obbligo istituzionale di agire su istanza.

Il silenzio, quale diniego tacito, in quanto provvedimento illegittimo, può essere valutato dal giudice amministrativo (art. 21 septies L. 15/2005).

In verità, la esegesi della disposizione si prestava anche ad una conclusione diversa, considerando un giudizio unitario con duplice natura di accertamento e di condanna.

"Il nuovo modello consente non solo di pronunciare sull'inadempimento della amministrazione, ma anche di ordinarle di provvedere sull'istanza, e di nominare un commissario ad acta alla scadenza del termine all'uopo assegnatole" (C.d.S., comm. Speciale, parere 17 gennaio 2001, n. 1242/2000).

Si era quindi anche affermato che l'obbligo di provvedere doveva tradursi nel potere del commissario ad acta di adottare l'atto della p.a..

L'impugnazione del silenzio richiedeva comunque la legittimazione del soggetto in relazione alla situazione dedotta e poteva valutarsi coerente con la norma di cui all'art. 24

Cost. ritenere che essa non si esaurisse nella mera impugnazione del silenzio formale, ma dovesse riferirsi alla sottostante situazione dedotta.

Il ricorso quindi avverso il silenzio, presupponeva l'esistenza di una situazione legittimante che poteva essere compresa nell'accertamento del giudice.

L'interesse del ricorrente non è soddisfatto dall'ottenimento di un accertamento della violazione dell'obbligo di provvedere (silenzio), ma dall'accertamento della legittimità della situazione di diritto posta a fondamento del ricorso e della domanda.

L'interesse sostanziale del ricorrente che si rivolge al giudice amministrativo è un interesse sostanziale di tutela e non può ritenersi soddisfatto attraverso un accertamento di natura formale.

L'inerzia contro cui si ricorre non è il titolo legittimante l'azione, ma è la tutela dedotta in senso sostanziale nei suoi profili di illegittimità e di lesione dell'interesse del ricorrente.

Tali conclusioni oggi trovano puntuale riscontro normativo.

L'art. 2 della L. 7 agosto 1990, n. 241, comma 5, modificato dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15, e successivamente sostituito dall'art. 3, comma 6 bis d.l. 14 marzo 2005, n. 35 nel testo integrato dalla legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80 recita: *"Salvi i casi di silenzio assenso, decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai predetti commi 2 o 3. Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza. E' fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti"*.

La nuova norma, recependo sia gli orientamenti giurisprudenziali minoritari che alcune posizioni dottrinarie, realizza una tutela piena. La nuova disciplina stabilisce che il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza, e tale espressione non può essere interpretata se non come attribuzione al giudice di provvedere sull'oggetto del giudizio che non può essere ridotto al silenzio, ma comprende anche la fondatezza della domanda. Si tratta quindi di una giurisdizione di merito.

La disposizione, che si rivolge al giudice ed è di immediata applicazione, così ricostruita, prevede l'obbligo del giudice di provvedere sostituendosi alla amministrazione inadempiente su istanza della parte.

Nel caso la stessa P.A. inadempiente ha tenuto un comportamento processuale di non contestazione della pretesa dell'appellante, anzi, di ammissione della fondatezza della pretesa stessa, come emerge dalla documentazione prodotta.

Conclusivamente l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata decisione, va affermato l'obbligo del commissario ad acta di porre in essere tutti gli atti necessari ai fini dell'adeguamento del trattamento economico determinato, per il periodo 1.2.1998 - 31.7.2001, ai sensi dell'art. 2, comma 5 del D.P.C.M. n. 502/1995, dalla somma

dello stipendio iniziale lordo, dell'indennità integrativa speciale, della tredicesima mensilità e dell'indennità di direzione spettanti, nel medesimo periodo ai dirigenti apicali del servizio sanitario nazionale.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata decisione, dichiara l'obbligo del commissario ad acta di porre in essere tutti gli atti necessari ai fini dell'adeguamento del trattamento economico determinato, per il periodo 1.2.1998 - 31.7.2001, ai sensi dell'art. 2, comma 5 del D.P.C.M. n. 502/1995, dalla somma dello stipendio iniziale lordo, dell'indennità integrativa speciale, della tredicesima mensilità e dell'indennità di direzione spettanti, nel medesimo periodo ai dirigenti apicali del servizio sanitario nazionale, assegnando al predetto commissario già nominato, dott. Antonio Farina, il termine di giorni sessanta dalla comunicazione in via amministrativa della presente pronuncia

Spese compensate.

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