

sabato 3 ottobre 2009

AMMINISTRATIVO/ giurisdizioni  
di meritoArticoli - Quotidiano del:  
28/02/2007

Opere pubbliche, l'interesse collettivo prevale su quello privato se finalizzato alla celere realizzazione

(Tar Calabria, sezione terza, ordinanza n. 86/2007; depositata l'8 febbraio)

di  
Antonella Mascaro e Luigi Ciabrone

Opere pubbliche : l'interesse collettivo prevale su quello privato quando è finalizzato alla celere realizzazione dell'opera. A chiarirlo è stato il Tar Calabria con l'ordinanza 86/2007 (qui leggibile nei documenti correlati)

## LA VICENDA

L'Asl 8 di Vibo Valentia nella persona dei nuovi vertici aziendali, in relazione alla costruzione del nuovo presidio Ospedaliero (per un valore di circa 47 milioni di euro), provvedeva a revocare l'incarico al Rup (Responsabile unico del procedimento) coinvolto in un maxi procedimento penale unitamente all'*ex management* dell'Azienda sanitaria.

La "Sanitopoli Vibonese" evidenziava il pagamento, secondo l'assunto accusatorio, di tangenti per oltre Euro 1.765.000 legate alla costruzione del nuovo ospedale. Oltre a costituirsi parte civile nell'udienza preliminare, in corso di celebrazione innanzi il Gup presso il Tribunale penale di Vibo Valentia, l'Asl n. 8 provvedeva ad emanare due delibere. L'una di revoca dell'incarico al Rup e l'altra tendente all'emanazione di un bando di selezione Pubblica per la scelta del nuovo Rup (figura essenziale per il riavvio dell'*iter* amministrativo).

L'*ex* Rup impugnava entrambe le delibere, innanzi al Tar Calabria – sede di Catanzaro -, e chiedeva, previa sospensione degli atti impugnati, un risarcimento del danno per euro 250 mila con reintegra nelle sue funzioni.

L'Asl 8 di Vibo Valentia resisteva al ricorso con memoria e con il deposito di oltre 6 mila copie di documentazione e atti.

All'udienza dell'8 febbraio 2007, dopo la discussione, il Tar calabrese riservava la decisione.

Sciolta la riserva si apprendeva che il Tar Calabria respingeva la sospensiva invocata accogliendo appieno la tesi defensionale dell'Asl 8 vibonese.

L'ordinanza, disponibile nei documenti correlati, sancisce il principio che nella realizzazione delle opere pubbliche prevale l'interesse pubblico su quello privato quando l'attività amministrativa è finalizzata «alla celere realizzazione dell'opera pubblica».

L'Ordinanza in esame si segnala, anche, per i dubbi espressi sulla giurisdizione del Ga e per la tematica del risarcimento del danno e dell'emissione dell'ordinanza ingiunzione (alla luce dei motivi del ricorso e della memoria di resistenza).

## LA DECISIONE

Sul riparto della giurisdizione, fra gli altri, interessanti interventi erano stati già sviluppati da Marco Rossetti («D&G» sui primi effetti della riduzione di competenze del Ga), da Roberto Proietti («D&G» sullo Stop alla pregiudiziale) nonché da Ugo di Benedetto («D&G» nel resoconto del Convegno trentennale dell'istituzione dei Tar). Interventi a cui rimandiamo per la loro organicità e completezza.

Il Tar Calabria, sostanzialmente, ha dovuto affrontare quattro questioni di diritto : *a)* la giurisdizione; *b)* la funzione del Rup e sua legittimazione ad agire; *c)* il bilanciamento fra interesse pubblico e privato; *d)* il risarcimento dei danni con relativa ordinanza ingiunzione.

Nel commento all'ordinanza in esame, che non può non tenere conto dei motivi sviluppati dalle parti nel giudizio, viene in rilievo la natura giuridica delle Aziende sanitarie.

Le Aziende sanitarie, com'è noto, per quanto sottoposte ai poteri regionali di indirizzo e controllo (articolo 2 D.Lgs 502 del 1992) sono «aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale» (articolo 3 D.Lgs 502 del 1992), dotate di autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica, sicché si configurano quali amministrazioni od enti aggiudicatori (Tar Liguria Genova, sezione II, 940/05).

Il ragionamento sottostante è il seguente: la Pa ha agito mediante atti di diritto privato, per cui il contratto di servizio della funzione di Rup (di valore inferiore alla soglia comunitaria) è stato stipulato con quest'ultimo direttamente, secondo le norme del diritto privato, senza ricorso all'evidenza pubblica. Conseguentemente, il mancato esercizio di pubbliche potestà esclude ogni

configurabilità di posizioni d'interesse legittimo, come pure della correlativa giurisdizione amministrativa di legittimità, nonché della giurisdizione amministrativa esclusiva (di cui all'articolo 6, legge 205/00), in assenza, nel caso che ci vede occupati, di vincoli normativi che impongano l'uso di strumenti contrattuali pubblicistici (Tar Emilia Romagna Parma 875/04).

Dobbiamo rimarcare l'assenza di inserimento organico del Rup nell'organizzazione dell'Ente, finalizzata alla sburocratizzazione, com'è noto, delle stesse strutture apicali delle Asl, e, non contenendo, il più volte citato

D.Lgs 502 del 1992, alcuna norma che contraddica alla definizione legislativa, deve escludersi la possibilità di costituzione di rapporto di lavoro subordinato che, se stipulato, sarebbe invalido (Cassazione civile, sezione lavoro, 16519/04). In relazione alla legittimazione ad impugnare, la teoria della legittimazione processuale tende appunto a definire quale situazione particolare rispetto alla lite debba verificarsi, affinché a taluno spetti di agire nel processo (*cf.* Francesco Carnelutti).

La risposta più semplice a questa domanda è la seguente: affinché a taluno spetti il potere di agire occorre che egli sia portatore di uno degli interessi in lite.

La semplicità della risposta non esclude, le notevoli difficoltà che si affacciano quando si tratta di determinare, in certi casi, se taluno sia o non sia uno dei soggetti titolari.

La norma *ex* articolo 100 Cpc, ha ben preciso significato, intendendo che, quando la legge pone come condizione dell'azione in giudizio il fatto di "avervi interesse", non considera solo la situazione di chi è titolare di uno degli interessi in lite, ma, più largamente, la situazione di chi si trovi rispetto alla lite (è perciò rispetto agli interessi che la costituiscono) in una certa relazione o contatto, che viene poi determinata da singole norme.

È di tutta evidenza che in relazione all'indizione del bando per la selezione del nuovo Responsabile unico, il Rup sollevato dal suo incarico, è terzo estraneo ai rapporti intercorrenti fra la Pa e gli aspiranti alla funzione.

Com'è noto l'interesse ad agire, nel processo amministrativo, è caratterizzato dagli stessi requisiti che qualificano l'omonimo istituto *ex* articolo 100 Cpc.

Il Tar calabrese è stato investito, dai "contendenti" in causa, delle questioni di diritto sopra evidenziate così come quelle inerenti il bilanciamento degli opposti interessi (pubblico e privato) e la tematica del risarcimento dei danni con la richiesta di ordinanza ingiunzione a carico della Pa.

È di tutta evidenza l'importanza a che la Pa possa perseguire l'interesse pubblico di costruzione del nuovo presidio ospedaliero e nel bilanciamento degli interessi in "gioco" deve prevalere quello pubblico in quanto sotteso alla continuità dell'attività amministrativa e alla celere realizzazione dell'opera pubblica.

In tema di giurisdizione, per effetto della scelta diretta alla semplificazione e all'ammodernamento del sistema, il legislatore ha inteso, com'è noto, concentrare presso il giudice amministrativo la decisione relativa al risarcimento del danno e ai diritti patrimoniali conseguenti ad annullamento di atti amministrativi – anche attraverso la reintegrazione in forma specifica – nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva prevista dall'articolo 35 comma 1, D.Lgs 80 del 1998, come modificato dall'articolo 7, legge 205 del 2000, e a quella generale di legittimità *ex* articolo 7 comma 3, legge Tar, come modificato dall'articolo 7 legge 205 del 2000.

Peraltro, avendo tali norme carattere eccezionale, al di fuori dei casi e dei tempi in esse considerati, riprende vigore, ai sensi dell'articolo 14 delle disposizioni preliminari al codice civile, la norma generale di rango costituzionale di cui all'articolo 103 Costituzione: che attribuisce al giudice ordinario la giurisdizione sui diritti soggettivi.

In tema di Ordinanza ingiunzione il cittadino invoca, com'è noto, l'articolo 8, comma 2, della legge 205/00 che richiama i presupposti di cui agli articoli 186*bis* e 186*ter* del codice di procedura civile, che presuppongono la mancata contestazione delle somme dalle parti costituite circa il loro ammontare e la loro esigibilità.

Lo stesso Consiglio di Stato, sezione IV, nella sentenza 4067/01 ha chiarito come «[...] il pagamento della somma può essere ordinato quando non siano contestati né l'ammontare né l'esigibilità del credito. Pertanto non sussistendo i presupposti per l'ingiunzione, la domanda va rigettata». In altri termini, sul punto, la Pa gode di maggiori privilegi, rispetto al cittadino, in quanto gli basterà contestare la tenutezza delle somme per veder rigettata la richiesta di ingiunzione. Ciò si spiega, fra l'altro, con la lentezza dell'apparato burocratico (a cui nulla ha potuto la legge 400/88 sul riordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri) che – a volte – non mette in grado i propri difensori a poter usufruire della situazione aggiornata della contabilità sui pagamenti.

In ogni caso, tenendo presente la sentenza della Corte costituzionale 204/04 nonché la 191/06 e le ordinanze a Sezioni unite della Suprema corte di cassazione (13659/06, 13660/06 e 13911/06), che hanno sancito, com'è noto, lo stop alla pregiudiziale amministrativa, il cittadino potrebbe avanzare la sola richiesta risarcitoria senza dover, necessariamente, impugnare gli atti.

Tale tematica è stata affrontata, di recente, in una Tavola rotonda organizzata dal Tar Calabria (Presidente dr. Mastrocola), nella seduta del 10 febbraio 2007, innanzi il presidente emerito del Consiglio di Stato (S.E. il dr. Alberto de Roberto), il presidente del Tar Lazio (Pasquale De Lise) e altri magistrati del Consiglio di Stato che hanno discusso sul "braccio di ferro" fra la Suprema corte di cassazione e i giudici di piazza Capo di Ferro. In buona sostanza per il giudice ordinario è normale che il cittadino possa avanzare la pretesa risarcitoria senza dover, necessariamente, impugnare l'atto amministrativo lesivo della sua pretesa o del suo diritto, mentre per il Ga tale concetto non è facile da "deglutire" in quanto la pregiudiziale (l'impugnazione dell'atto nel termine decadenziale e poi la richiesta del risarcimento dei danni) rimane ancorata ai capisaldi dell'insegnamento di diritto amministrativo. Il problema sulla giurisdizione permane ma la

Cassazione, com'è noto, ha già dato l'avvertenza : se il Ga non si adeguerà al principio indicato i ricorsi, impugnati, torneranno alla Suprema corte (*ex* articolo 362 Cpc) con tutti gli effetti consequenziali.

L'ordinanza del Tar calabrese esprime legittimi dubbi sulla sua giurisdizione e lo anticipa nell'ordinanza in commento. Nessun dubbio, di contro, sulla prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato quando ciò serve per la continuità dell'attività amministrativa e per la celere realizzazione dell'opera pubblica.

**Indietro**