

Reg. ordinanze : 651/04

Reg. generale : 842/2004



REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia in sede giurisdizionale

composto dai Signori: Pres. Riccardo Virgilio
Cons. Pier Giorgio Trovato
Cons. Ermanno De Francisco Est.
Cons. Antonino Corsaro
Cons. Francesco Teresi

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

nella Camera di Consiglio del 28 Luglio 2004

Visti gli art.21 u.c. e 23 bis comma 3 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034;

Visto l'appello proposto da:

SOC. GRUPPO SAMIR GLOBAL SERVICE s.r.l.

rappresentata e difesa dagli avv.ti Lorenzo Lentini e Michele Ali, con domicilio in
Palermo, via F. Cordova 76, presso il Consiglio di Giustizia Amministrativa

contro

SOC. LA PARTENOPE s.r.l., rappresentata e difesa dall'avo.
*E. Giustanella*REGIONE CAMPANIA - GIUNTA REGIONALE DELLA CAMPANIA, rappresentata
e difesa dall'avo. *M. D'Elia*

per l'annullamento

dell'ordinanza del TAR Sicilia - Catania, Sezione II, n. 1093/2004, resa tra le parti, concernente: Aggiudicazione servizio di pulizia triennale dei locali sedi di uffici regionali;

Visti gli atti e documenti depositati con l'appello;

Vista l'ordinanza di ACCOGLIMENTO della domanda cautelare proposta in primo grado;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di:

*Soc. La Pertusella
Regione Campania*

Udito il relatore Cons. Ermanno De Francisco e uditi, altresì, per la parte appellante *L'esp. M. Ali*

Viste le ordinanze collegiali di rimessione alla Corte costituzionale di questo Consiglio del 13 maggio 2003 n. 185 e 9 settembre 2003 n. 303;

Visto il decreto legislativo 24 dicembre 2003, n. 373;

Visti i decreti presidenziali di rimessione alla Corte Costituzionale n. 77, in data 13 febbraio 2004 e n. 81, in data 26 febbraio 2004;

Considerato che nelle camere di consiglio del 9 - 10 marzo 2004 è stata altresì collegialmente sollevata questione di costituzionalità del predetto decreto legislativo;

Ritenuto che, nelle more della decisione della Corte costituzionale è possibile provvedere in via interinale sulle domande di sospensiva (Corte cost. 444/1990; 367/1991; 4/2000) dal momento che la fase di merito non è ancora incardinata presso questo Consiglio;

Ritenuto che risulta fondato il primo - e dirimente - motivo di appello, con cui si sostiene il difetto di *potestas decidendi* della II Sezione di Catania del T.A.R. Sicilia ad emettere il provvedimento cautelare relativamente agli atti impugnati (emanati dalla Regione Campania), dopo l'avvenuta proposizione di un regolamento di competenza, non deliberato dal T.A.R. ai sensi del V comma dell'art. 31 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, per come modificato dall'art. 9, comma 4, della legge 21 luglio 2000, n. 205 (nel caso di specie, dopo la proposizione del regolamento di competenza il T.A.R. ha trattato il ricorso cautelare in due successive camere di consiglio a distanza di circa un mese, senza però procedere in alcuna di esse alla necessaria deliberazione di cui al comma V dell'art. 31 legge n. 1034/71 e disponendo invece, all'esito della seconda di esse, specifiche misure cautelari sospensive dell'efficacia dei provvedimenti impugnati in prime cure, epperò senza neppure fissare l'udienza per la discussione nel merito del ricorso, così come invece prescrive il comma 3 dell'art. 23-bis legge ult. cit.);

Ritenuto che, in effetti, deve rilevarsi che la legge n. 205 del 2000 ha apportato alcuni significativi elementi di novità - essenzialmente, per quanto viene in rilievo a questi fini, con l'art. 9, comma 4, che ha novellato il comma V dell'art. 31 della legge n. 1034 del 1971, nonché con l'art. 4, comma 1, che ha inserito, nella stessa legge n. 1034/71, il nuovo art. 23-bis - che sono idonei ad incidere in modo significativo sul tradizionale arresto giurisprudenziale per cui il giudice adito, seppure incompetente, sarebbe comunque legittimato ad emettere i provvedimenti cautelari ritenuti opportuni;

Ritenuto che la giurisprudenza, già anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 205 del 2000, aveva riconosciuto al T.A.R. adito, incompetente a decidere il merito (del quale però, in base alla legislazione all'epoca vigente, non poteva dubitarsi della legittimazione a provvedere sulla domanda cautelare), la possibilità di non decidere in via definitiva sull'istanza cautelare proposta dal ricorrente, potendo anche limitarsi ad accoglierla solo "in via interinale e provvisoria", sino alla pronuncia definitiva che, pure in materia cautelare, poteva essere demandata al T.A.R., od alla relativa Sezione, competente a decidere il merito del ricorso: cfr., in tal senso, C.d.S., IV, 19 gennaio 1999, ord. nn. 66, 68, 70, 72, 74, 76 e 78, che hanno parzialmente riconsiderato la questione dell'irilevanza dell'incompetenza nella decisione cautelare, tralattivamente affermata rispetto al giudice adito (e cioè, a ben vedere, ad un giudice individuato per il mero fatto di essere stato unilateralmente prescelto dal ricorrente);

Ritenuto che l'odierno quadro di riferimento è radicalmente mutato, per effetto dell'entrata in vigore della legge n. 205/2000 e delle ricordate novelle da essa recate alla legge n. 1034/1971, in quanto è oggi normativamente previsto:

1) che, in luogo del mero obbligo di trasmissione degli atti al Consiglio di Stato gravante sulla segreteria del Tribunale, il T.A.R. adito proceda *immediatamente* ad una sommaria deliberazione in camera di consiglio del regolamento di competenza che sia stato tempestivamente proposto;

2) che lo stesso T.A.R., ove ritenga che il regolamento di competenza sia manifestamente infondato, lo respinga con decisione semplificata (la quale, secondo i principi ed ex art. 26, comma 6, legge n. 1034/71, è soggetta ad appello, il cui accoglimento - pena una palese violazione dell'art. 25, comma 1, della Costituzione -

deve necessariamente comportare, o almeno consentire, l'annullamento della decisione di merito *medio tempore* eventualmente resa dal T.A.R. erroneamente ritenutosi competente), ovvero in caso contrario disponga (ma in sede giurisdizionale ed all'esito della ricordata camera di consiglio, e dunque *re cognita*; non più la segreteria in via amministrativa, come invece avveniva prima del 10 agosto 2000) l'immediata trasmissione degli atti al Consiglio di Stato, affinché quest'ultimo decida definitivamente sul regolamento di competenza;

3) che – almeno nelle materie ritenute dal legislatore socialmente più rilevanti, di cui all'art. 23-bis, comma 1, della legge n. 1034 – il T.A.R. che in sede di esame della domanda cautelare ravvisi la contemporanea presenza delle due condizioni dell'azione cautelare (cioè il *funus boni iuris* ed il *periculum in mora*) deve fissare "con ordinanza la data di discussione nel merito alla prima udienza successiva al termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza" (in sostanza, la cautela consiste, ai sensi del comma 3 del citato art. 23-bis, in una potente accelerazione del processo, il cui primo grado si concluderà – ove l'azione cautelare risulti fondata – entro pochi mesi);

4) che solo "in caso di estrema gravità ed urgenza" – tali, cioè, da non consentire neppure il decorso di quel paio di mesi che, *ex lege*, possono al più separare il deposito dell'ordinanza cautelare dalla pubblicazione del dispositivo della sentenza di merito (da depositarsi in segreteria "entro sette giorni dalla data dell'udienza" ai sensi del comma 6 dello stesso art. 23-bis) – il comma 5 del medesimo art. 23-bis consente al T.A.R. di "disporre le opportune misure cautelari", le quali, però, possono essere concesse solo "con le ordinanze di cui al comma 3", frase, quest'ultima, cui, in corretta esegesi del precetto legislativo, non può attribuirsi altro significato che il seguente: le misure cautelari speciali, di cui al comma 5 dell'art. 23-bis, sono misure necessariamente ulteriori a quella, generale, del comma 3 dello stesso articolo, sicché la sospensione degli effetti dell'atto impugnato (o altra misura cautelare idonea ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso) può essere disposta solo contestualmente alla fissazione dell'udienza di merito di cui al comma 3;

Ritenuto che risulta agevole comprendere la *ratio* di siffatto indissolubile legame che sussiste, nell'ambito dell'art. 23-bis cit., tra (necessaria) fissazione dell'udienza di merito e concessione (eventuale) di ulteriori misure cautelari, e che è normativamente espresso dalle prime otto parole del comma 5: in effetti, almeno nelle materie di cui al comma 1 dell'art. 23-bis, il legislatore ha vietato in radice l'adozione di provvedimenti cautelari potenzialmente destinati a dispiegare i propri effetti per un tempo indefinito, ed ha perciò statuito che l'adozione di misure cautelari specifiche possa eventualmente aggiungersi, ma giammai sostituirsi, alla misura cautelare generale di cui al comma 3, consistente nella fissazione entro un brevissimo termine dell'udienza di merito;

Ritenuto che la complessiva valutazione dei richiamati elementi introdotti dalla legge n. 205/2000 induce a ritenere che il sistema normativo entro cui il giudice amministrativo di primo grado è chiamato ad esercitare le proprie attribuzioni giurisdizionali in materia cautelare (in altre parole: la competenza in materia cautelare del giudice amministrativo di primo grado) deve essere organicamente ricostruito nei seguenti termini:

A) se, fino al momento in cui viene decisa la domanda cautelare, non sia stato proposto alcun regolamento di competenza, il giudice adito è senz'altro competente a decidere sull'istanza cautelare, anche se successivamente potrebbe risultare incompetente a definire la causa nel merito, dato che il termine per la proposizione del regolamento scade normalmente in data successiva a quella in cui viene fissata la camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare: in questo caso, in effetti, le parti intimare non manifestano una specifica volontà di contrastare, sin dalla fase cautelare, la scelta del giudice compiuta dalla parte ricorrente;

B) a quanto sopra fanno ovviamente eccezione quelle ipotesi in cui la legge consente il rilievo d'ufficio dell'incompetenza, anche in riferimento alla fase cautelare del processo amministrativo: è il caso, ad esempio, del decreto-legge 19 agosto 2003, n. 220, il cui articolo 3, comma 2, dispone, per le materie di cui al comma 1 dello stesso articolo, che "la competenza di primo grado spetta in via esclusiva, anche per l'emanazione di misure cautelari, al tribunale amministrativo regionale del Lazio con sede in Roma. Le questioni di competenza di cui al presente comma sono rilevabili d'ufficio": tale norma costituisce altresì un significativo indice normativo del fatto che il legislatore presta una crescente attenzione ai profili di costituzionalità connessi col rispetto del già citato art. 25, comma 1, della Costituzione, e che, proprio per l'essenzialità che è propria della tutela cautelare, ritiene costituzionalmente legittimo ed anzi più corretto (almeno in determinati ambiti) non consentire al ricorrente, neppure a fronte dell'inerzia delle parti intimare, di scegliere unilateralmente il giudice della fase cautelare del processo amministrativo, perché si tratterebbe di un giudice che, anche se precostituito per legge, non sarebbe però quello "naturale", cioè legato secondo modalità oggettive e normativamente tipizzate - non già, dunque, per la mera opzione di una parte che altrimenti, oltre ai tempi, finirebbe con lo scegliersi anche il luogo ed i soggetti dell'azione proposta - alla controversia che è chiamato a dirimere;

C) se, invece, anteriormente al momento in cui viene esaminata in camera di consiglio la domanda cautelare, sia stato depositato un regolamento di competenza previamente notificato a tutte le altre parti in causa, il comma 5 dell'art. 31 della legge n. 1034 impone che il (Presidente del) T.A.R. fissi immediatamente la camera di consiglio per la sommaria deliberazione: quest'ultima, perciò, dovrà essere celebrata, al più tardi, insieme a quella fissata per l'esame della domanda cautelare (in pratica, il Presidente potrà eventualmente anche limitarsi ad avvertire le parti presenti, all'inizio della camera di consiglio già fissata ai sensi dell'art. 21 legge cit., che le due deliberazioni - quella sull'istanza cautelare e quella ex art. 31, comma 5, cit. - si svolgeranno contestualmente, essendo il diritto di difesa comunque assicurato dalla previa notifica del regolamento di competenza a tutte le parti interessate);

D) in ogni caso, l'esito della deliberazione del T.A.R. sulla ammissibilità e sulla fondatezza del regolamento di competenza pare doversi in qualche modo correlare con la perdurante competenza, o meno, del giudice adito a decidere sulla domanda cautelare: nel senso che - anche al di fuori dello specifico ambito di applicazione del citato art. 23-bis, che invece risulta applicabile al caso odieramente in esame, con i più incisivi effetti che saranno fra breve analizzati - andrà comunque affermata l'esigenza che la deliberazione sommaria del regolamento di competenza già proposto preceda quella sull'istanza cautelare, con i corollari che si ritenga di trarne (esemplificando: preclusione dell'esame dell'istanza cautelare almeno quando il

regolamento di competenza si appalesi manifestamente fondato; preventiva necessità di disporre l'immediata trasmissione degli atti al Consiglio di Stato, prima di esaminare l'istanza cautelare, quando, pur non emergendo la "manifesta infondatezza del regolamento di competenza", la sua fondatezza appaia però incerta; etc.), avendosi comunque sempre di mira l'esigenza di un'esegesi costituzionalmente orientata della competenza per territorio del giudice amministrativo di primo grado nella fase cautelare, all'uopo individuando in ciascun caso il giusto punto di equilibrio e contemperamento tra i due principi, entrambi costituzionalmente rilevanti, da una parte di non sottrarre l'intera fase cautelare, per esclusiva scelta del ricorrente, al giudice naturale di cui all'art. 25 Cost. e, dall'altra parte, di continuità della tutela cautelare (principi costituzionali tra i quali, peraltro, il primo appare tendenzialmente prevalente sul secondo, ove non ne sia concretamente possibile un contemperamento, sia perché quello espresso dall'art. 669-bis cod. proc. civ. è un principio di diritto tendenzialmente estensibile ad ogni procedimento cautelare, sia perché l'eventuale temporanea interruzione della continuità della tutela cautelare, che potrebbe semmai verificarsi, conseguirebbe ad un atto processuale imputabile esclusivamente al ricorrente sul quale, per il principio di autoresponsabilità, devono ricadere interamente le conseguenze);

E) comunque sia, in termini specificamente riferiti ai soli casi nei quali risulti altresì applicabile il citato art. 23-bis - tra i quali senz'altro si annovera quello odiernamente in esame da parte di questo Consiglio - ed anche a prescindere dalle più generali considerazioni cui si è testè fatto cenno, la già rilevata correlazione tra competenza del giudice per la decisione della causa nel merito e sua capacità ad emanare misure cautelari si appalesa sicuramente inscindibile; infatti, quando il giudizio ricade sotto la disciplina del citato art. 23-bis, assume carattere dirimente ed insuperabile il rilievo che il relativo comma 5, già esaminato, non consente l'adozione di misure cautelari che non sia accompagnata dalla fissazione della data dell'udienza di discussione della causa nel merito: è superfluo aggiungere che la fissazione della data per l'udienza di merito postula ovviamente che il T.A.R. abbia esaminato il regolamento e concluso la sua deliberazione necessariamente nel senso di ritenerlo manifestamente inammissibile o infondato;

F) siffatta deliberazione è esternata "con decisione semplificata", resa nelle forme di cui all'art. 26, commi IV, V e VI, della legge n. 1034/71: come si è visto, tale sentenza è deliberata, al più tardi, nella stessa udienza in cui il T.A.R. decide con ordinanza sulla domanda cautelare ed anteriormente a quest'ultima (a prescindere da quale tra i due provvedimenti, la sentenza o l'ordinanza, sia poi pubblicata per prima);

G) ove invece il T.A.R., all'esito della preventiva deliberazione, non rilevi la manifesta infondatezza (o anche inammissibilità) del regolamento di competenza, "dispone che gli atti siano immediatamente trasmessi al Consiglio di Stato" dovendosi però astenere, almeno nei casi in cui risulti applicabile l'art. 23-bis, dal provvedere sull'istanza cautelare: la quale ultima, evidentemente, dovrà essere decisa dal giudice che risulterà competente all'esito della decisione del regolamento da parte del Consiglio di Stato (ed a quello stesso giudice "la parte interessata può riproporre il ricorso e l'istanza cautelare entro il termine di cui all'articolo 31, comma undicesimo, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034", *ad exemplum* di quanto recita l'art. 3, comma 4, del citato D.L. n. 220/2003);

Ritenuto che, alla stregua di tutto quanto sin qui osservato, la II Sezione staccata di Catania del T.A.R. Sicilia, non avendo previamente deliberato nel senso della manifesta infondatezza del regolamento di competenza proposto (al più tardi entro la stessa data fissata per la decisione sull'istanza cautelare) e vertendosi in materia cui risulta applicabile l'art. 23-bis della legge n. 1034/71, non avrebbe potuto emanare l'ordinanza cautelare qui impugnata, che - in accoglimento del primo motivo dell'appello cautelare in esame - deve perciò essere annullata in questa sede di gravame, con conseguente declaratoria di inammissibilità, per incompetenza territoriale del giudice adito, dell'istanza cautelare proposta in primo grado;

Ritenuto che, ai sensi del combinato disposto dei commi 11 e 15 dell'art. 21 della citata legge n. 1034, questo Consiglio, dichiarando inammissibile, in riforma dell'appellata ordinanza, la domanda cautelare formulata in primo grado, può provvedere in via provvisoria sulle spese del doppio grado del procedimento cautelare;

Ritenuta l'opportunità di procedere a siffatto provvedimento sulle spese, anche in considerazione della circostanza che il ricorrente in primo grado ha impugnato davanti alla Sezione staccata di Catania del T.A.R. Sicilia soltanto provvedimenti emanati dalla Regione Campania;

Ritenuto di condannare ^{la Società} il Consorzio ricorrente in primo grado a rifondere le spese del doppio grado del procedimento cautelare alle controparti costituite, liquidate nella complessiva misura di € 1000,00 (Euro Mille) in favore di ciascuna di esse;

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale

ACCOGLIE

l'appello in epigrafe e per l'effetto, in riforma dell'appellata ordinanza, dichiara inammissibile, nei sensi di cui in motivazione, l'istanza cautelare formulata in primo grado;

CONDANNA

il ricorrente in primo grado a rifondere alle controparti le spese del doppio grado del procedimento cautelare, salva diversa determinazione in sede di decisione del merito, e liquida dette spese nella misura indicata in motivazione.

Rinvia per il prosieguo alla Camera di Consiglio da fissare su istanza di parte successiva alla decisione della Corte costituzionale sulle rimessioni di cui sopra ove,

nelle more, non sia intervenuta la decisione di I° grado ed il ricorso sia ancora pendente davanti al T.A.R. Sicilia.

La presente ordinanza sarà eseguita dalla Amministrazione ed è depositata presso la segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Palermo, 28 luglio 2004

L'ESTENSORE
[Signature]

IL PRESIDENTE
[Signature]

IL SEGRETARIO
[Signature]

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

IL 28 LUG. 2004

IL SEGRETARIO
[Signature]